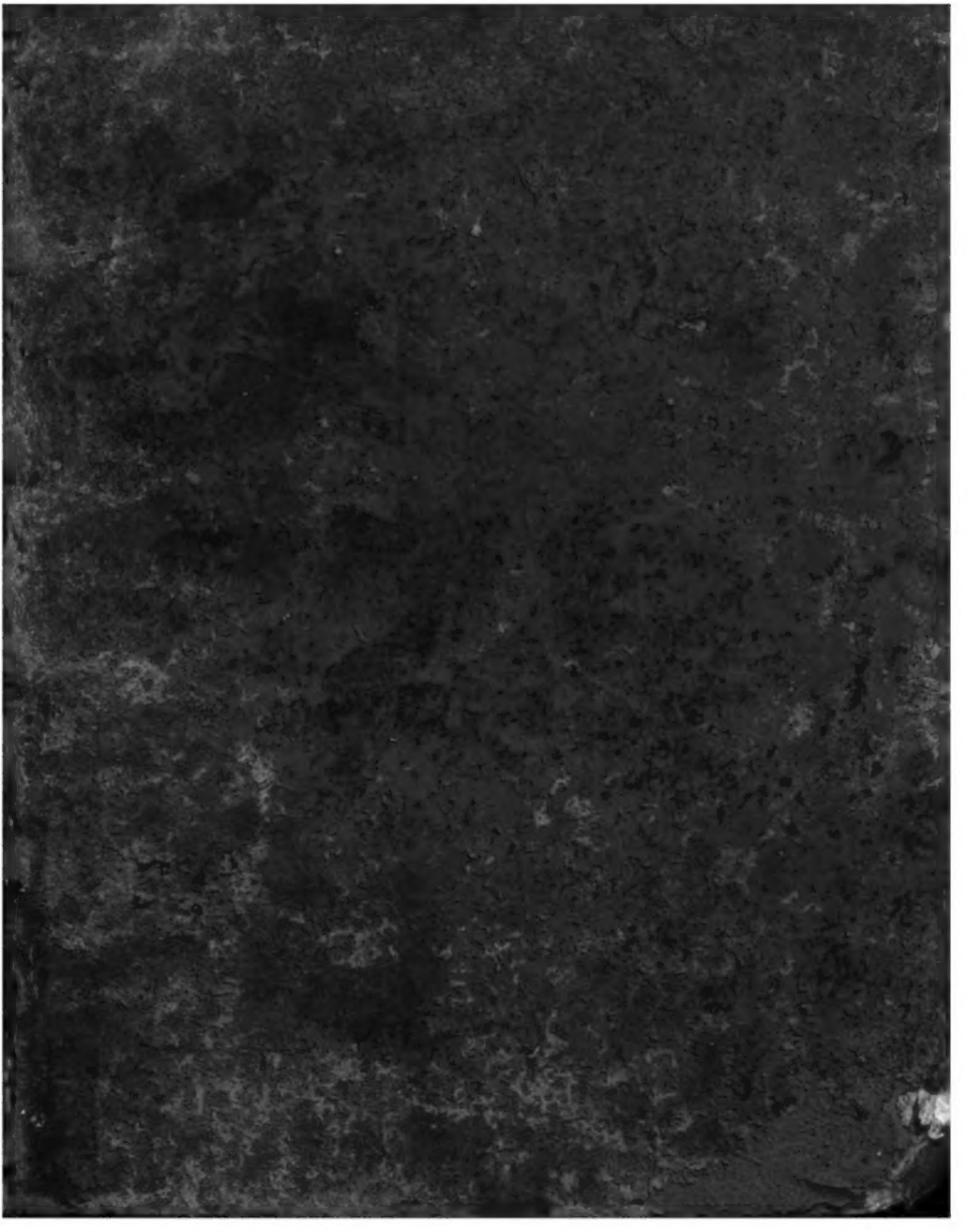
Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXII
C
19
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

IVRISPRVDENTIÆ PAPINIANEAE SCIENTIA,

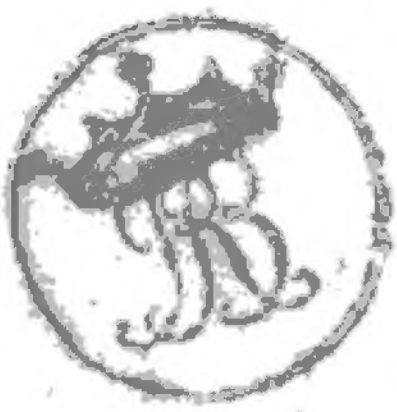
AD ORDINEM INSTITVTIONVM IMPERIALIVM EFFORMATA,

In qua vniuersum ius ciuile noua methodo ad propria indubitata sua Principia refertur, & ex iis clarissimè ac certissimè demonstratur.

OPVS

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII IN SABAVDIENSI Curia Senatoris, & in Gebennensis Ducatus auditorio Præsidis,

Ad Illustriss. & Excellentiss. Principem Henricum à Sabaudia Gebennensium & Nemorosij Ducem.



COLONIAE ALLOBROGVM, Apud Petrum & Iacobum Chouët. 1612.

M. DC. XIV.

Digitized by Google

Digitized by Google

ILLVSTRISS. ET EXCELLENTISS.

PRINCIPI HENRICO A SABAVDIA GEBENNENSIVM

& Nemorosij Duci &c. Antonius Faber

S. & F. P.

I tam verum esset, quàm eleganter olim dictum illud est, Princeps illustrissime, Eousque grata esse lætáque beneficia dum videntur exsolui posse, Infeliciter vtique mecum ageretur, qui tot tantisque iampridem abs te ornatus & cumulatus beneficiis non solùm reddendæ gratiæ nunc impar essem, Sed etiam voluptate posthac illa carendum haberem; quam ex liberalitatis, & munificentiæ tuæ memoria contractam, sicuti sentire semper dulcissimum fuerit, ita etiam perhonorificum retinere. Nam vt quod primum est in quaque re, idem fermè censetur esse maximum, Quantum obsecro illud fuit, quòd decimo propè iam ab hinc anno sedenti mihi inter Senatores nostros, nihilque tale suspicanti nedum ambienti, præcipua ista dignitas per te vltrò, nisi quod subditorum tuorum vniuersis gradibus id enixè flagitantibus, delata est, quæ vix alios ante me possessores vllos habuerat, quàm qui vel ex supremarum

Digitized by Google

Curiarum Præsidibus adsciti fuissent, vel à tanti honoris fastigio in supremas Curias assumpti, subinde amplissimis Ordinibus præfuissent: vt quod minimè petenti datum esse constaret, hoc ipso non immerenti, quæ tua laus non minus quàm mea foret, dedisse videreris. Prætermitto cætera, quæ singula recensere pergratum quidem mihi, sed fortassis importunum tibi esset, Minora planè, quia sunt secuta, sed ob hoc ipsum tantò plura, eóque suauiora, quò difficilius plerumque est, summorum Principum beneuolentiam ac liberalitatem tueri quàm promereri. Est enim nescio quid in gratia vel prudentissimi & optimi cuiusque Principis occupanda, quod sibi fortuna suo quodāmodo iure vindicet: At vt feliciter occupata retineatur diutiùs, & noua in singulas occasiones benefactorum accessione amplificetur, fieri certè vix potest, quin & iudicii & constantiæ laudem agnoscere liceat in donante, Obsequii verò & meriti quoque in accipiente. Quamquam autem nihil paruum videri potest præsertim verò in æstimanda muneris magnitudine, quod à tāto Principe profectum sit, Nihil tamen est quod beneficentiæ tuæ meam gratitudinem magis deuinxerit, quàm quòd tuam in me amando & ornando constantiam, mihi nunquam sanè suspectam, iis quoque perspectam fecisti, qui huic meæ siue felicitati, siue quod minùs credo, virtuti non obscurè inuidentes, nihil non mouerunt vt singularis perpetuæque tuæ erga me voluntatis tibi laudem, mihi verò fructum eriperent, Rati non meliùs assequi se posse vt tot me accepisse beneficia puderet, quàm si facere possent, vt dedisse te pœniteret. Tu verò, Princeps illustrissime, cùm ad tuā maximè dignitatem pertinere intelligeres, vt neque sine iudicio amasse credereris eum quē sine modo amasses, neque amandi eius finē faceres qui assiduis, ma-

iori-

ioribúſque in dies officiis ac obſequiis tuam erga ſe benevolentiã prouocare non deſineret, Tantò magis ad fauendũ incitatus, vix quicquam tibi reliquum feciſti quod addignationẽ meam conferri potuerit, Præter eam gloriam & oblectationem quæ magnificis omnibus, ſed potiſſimùm Principibus eo maior ſupereſſe ſolet ex beneficiorum liberaliter collatorum memoria, quo plura ſunt illa, quæ benè collocarunt. Hinc, quaſi iam nihil eſſet quod indulgere mihi amplius poſſes, Cœpiſti, quæ tua fuit mira humanitas, de meis quoque liberis eâdem munificentia deuinciendis cogitare, Præfecturámque totius Gebennenſis huius prouinciæ ampliſſimam quæ tam multos támque auidos per ambitum habuit candidatos, Renato meo decretam eſſe voluiſti, ne dubitari poſſet ea tibi viſa eſſe à patre præſtita obſequia, quæ in filio remuneranda iudicares, vt hoc veluti ſtimulo concitatiùs incenderetur filius ad illa ipſa quãdoque iure propemodum hereditario repetenda, quæ prior pater præſtitiſſet. Nec tuo iudicio contentus, quod tamen inſtar omnium eſſe poterat, Adhibuiſti etiam liberalitatis tuæ teſtes conſcios & velut correos debendi Reuerendiſſ. D. Franciſcum De Sales Epiſcopum Gebennenſem, & Præilluſtrem Carolum de Simiane Albignium, Sereniſſimi Ducis in tota Sabaudia vices gerentem, Vtrumque tibi chariſſimum, mihi fauentiſſimum, vt iſta liberalitate quam in me vnum profundebas illos quoque obſtringeres ad reddendam, & mecum & pro me tibi gratiam, tantò digniorem, quantò preclarius ſcirent eſſe beneficium, cuius tu magnitudinem non tam in re ipſa quæ dabatur, licèt per ſe maxima, quàm in dandi cauſa poſuiſſes. Cùm autem in tanta meritorũ erga me tuorum frequentia, ne dicam æmulatione, illud vnum malè me haberet, quod

ſciebam, Acceptorum beneficiorum omnium eam eſſe rationem, vt parum ſit, ni potiùs indecorum ea promeruiſſe priuſquàm acciperentur, ſi non poſtquàm accepta fuerint, vel nouis officiis, vel ſaltem aliquo grati animi monumento retineantur, Accidit peropportunè vt eodem tempore quo noſtram vtriuſque modeſtiam, ac penè dixerim verecundiam tot ornamentis in patrem filiúmque ſimul collatis onerabas, haberem in manibus hanc meam Iuriſprudentiæ Papinianeæ ſcientiam, quæ, quòd in eo eſſet vt iam tùm de ipſa in publicum edenda decernerem, digna mihi viſa eſt cuius fidem & operam in eam rem implorarem. Quid enim à me præſtantius in hoc præſertim nouo ſcribendi genere aut expectare potuiſſes, aut ego præſtare? Itaque oblatam exinde tibi, conceptiſque verbis dictatam non ſolùm benignè ac humaniter excepiſti, verùm etiam, quod in egregiis quibuſque beneficiis æſtimandis caput eſt, ſic mecum egiſti, quaſi accepiſſes tu, qui potiùs accipiendo dediſſes. Nec enim diſſimulabam, cùm tibi qualecumque hoc opus quaſi meum dicarem, Eiuſmodi tamen illud eſſe vt tuum potiùs dici deberet; Siue quòd mea omnia non tantùm imperio, ſed etiam dominio tua poſſis verè dicere, Siue proprio quodam ac peculiari iure, quòd maxima ex parte compoſitum à me fuerit & elaboratum Romæ, quo anno inſignis illa, quam editioni paro, de hereditate Sereniſſ. Alfonſi ſecundi Ferrariæ Ducis controuerſia pro matre tua illuſtriſſ. D. Annia Eſtenſi cõtra Sereniſſ. D. Cæſarem Eſtenſem Mutinæ Ducem in Rota tractabatur, Cùm in tanta ocij copia quanta plerumque per longiores, ſed tamen ſolitas iudiciorũ ambages & moras inuiti abundabamus, negotium aliquod quærereṃus, nec honeſtius vllum aliud inueniremus. Præſtaret fateor, quod ille dicebat, ocioſum fuiſſe

Digitized by Google

fuiſſe quàm nihil egiſſe. Sed non priùs admittam nihil à me actum fuiſſe, quàm cognouero his meis lucubrationibus aſſecutum me non eſſe quod & volui, & quanta potui contentione ingenij ſum enixus, vt veram nec minùs veterem edocendæ addiſcendæque Iuriſprudentiæ noſtræ rationem à tam multis hactenus parum feliciter indagatam primus crederer adumbraſſe ſaltem, & delineaſſe. Id ſi doctiores ita eſſe mecum reputabunt, non pudebit tanti operis tantum quoque Mecœnatem habere te voluiſſe, vt conſtantis meæ in te obſeruantiæ perinde ac nominis mei, ſi quod vnquã erit, memoria eodẽ tramite ad poſteros tranſmittatur. Sin, quod abominor, ſecus res cadet, Tuæ tamen erit humanitatis & magnificentiæ tanti meam gratitudinem facere quanti fuiſſet munus hoc nouum, ſi & votis & conatibus meis euentus reſpondere potuiſſet: Quantíque eſſe deceret, non vti ne plus dediſſe mihi videreris, quàm ego reddidiſſe, id enim neque mihi vtile foret, neque tibi decorum: Sed ne quid à me vel factum eſſe vel prætermiſſum crederes, quod facere deberet, vt incredibilem voluntatis erga me tuæ propenſionem meruiſſe feliciùs aut faciliùs quàm conſeruaſſe viderer. Bene vale, Princeps illuſtriſſime, & mihi meíſque omnibus etiam tuis quàm diutiſsimè felix viue. Ex Necio tuo Gebennenſium Cal. Ianuar. 1607.

LECTORI MEO.

NVALVIT *iampridem illa multorum animis radicitùs infixa opinio, Iuris noſtri neque ſcientiam, neque artem vllam eſſe, magisq; vana & fortuita hominum exiſtimatione, quàm reipſa, certáque ratione aliqua totum ius conſtare. Quæ res mirum eſt, quantum de Iuriſprudentiæ precio apud pleroſque, de dignitate verò apud omnes detraxerit. Quotus enim quiſque eſt, qui genus illud ſtudij velit eligere in quo poſteaquàm ſenuerit, nihil tandem aliud aſſecutum ſe gloriari poſſit, quàm vt multa didiciſſe, nec quicquam tamen ſcire videatur? Eſt hoc diſſimile inter habitus voluntatis, & intellectus, quòd reflexionem iſti in ſeipſos aliquã habent, illi verò nullam Nec enim prudentiſſimus aut iuſtiſſimus hominum vel prudentem ſe vel iuſtum poſſit adfirmare, quin hoc ipſo & imprudenter faciat, & impudenter. Eóque fortaſſis reſpexerunt, qui iam olim tantopere laudarunt ſolitum dicere Socratem Hoc vnum ſe ſcire quòd nihil ſciret. Eleganter ſanè non minùs quàm modeſtè, ac vt eum decebat Philoſophum, qui ſolam moralem philoſophiam profitebatur, quam primus mortalium è cælo in terras euocaſſe, delapſámque excepiſſe credebatur. At quis non rideret Platonem & Ariſtotelem ſi ſe Logicos illi, aut Phyſicos eſſe neſcirent, Gorgiam, Lyſiam, Iſocratem & Demoſthenem, ſi Oratores, Hyppocratem ſi medicum, Archimedem, ſi Mathematicum, Euclidem, ſi Geometram ſe dicere non auderet? Vulgaris equidem & frequens, ſed non eò minùs præpoſtera, ſtulticáque multorum ambitio iſta eſt, qui falſæ humilitatis oſtentatione vanam gloriam aucupantes, vt Socraticæ modeſtiæ imitatores exiſtimentur, hoc vnum ſe ſcire iactitant quod omnium*

nium maximè ignorant, Scire se nihil. Et verò, quid obsecro prodesset ingenitum fuisse à natura hominibus omnibus etiam imperitioribus appetitum sciendi, qui vel numquam expleri posset, vel ita expleretur, vt nullus ex eo voluptatis sensus foret? Habent omnes in ore probántque Horatianum illud

Scire tuum nihil est, nisi te scire hoc sciat alter,

Sed magis placeret mihi versus si Horatiano quoque retento more in hunc modum conceptus esset

Scire tuum nihil est, nisi te scire ipse scias tu.

Non quòd sibi quemquam adeò blandiri velim, vt quod scioli plerique faciunt, vbi scire aliquid priùs quàm sapere vel tantillum inceperit, magnum quiddam & mirabile consecutum se arbitretur, (inanis enim, planéque sui nescia est, quæ sciolos istos tam prodigiosè inflat scientia, nec maior aut certior eruditissimi cuiusque laus esse potest, quàm si omnibus præterquàm sibi ipsi doctus videatur.) Sed vt cùm multa didicerit quæ scire se certò sciat, tanto vehementiùs excitetur ad ambiendam & capessendam cæterorum quæ ignorat, scientiam: planè sibi persuadens verum esse quod olim benè quidam dixit, Maximam partem eorum quæ sciuntur, minimam esse illorum, quæ ignorantur. Hinc Mathematicarum præcipua commendatio, & gloria disciplinarum, quæ licèt minus vtilitatis conferant ad ea cõparanda, quæ societati humanæ tuendæ magis necessaria existimantur si Arithmeticam vnam excipias, Solæ tamen solis Principibus dignæ creduntur, quòd præcipuè deceat Principes ea scire quorum fructus non tam in vtilitate aliqua positus sit, quàm in oblectatione illa quæ ex pulcherrimarum scientiarum certissimè longóque studio adquisitarum conscientia, & fruitione percipitur. At quanto praclarior magísque Principibus ipsis digna crederetur Iurisprudentia, si vulgò persuasum esse posset, non minùs illam habere certitudinis & voluptatis, quàm habeant Mathematicæ: Dignitatis verò tanto plus quanto dignius subiectum tractat, quantóque maioris illam esse constat, & apud omnes in confesso est, vtilitatis. Mirari verò persæpè mihi contigit, mecũmq;

Digitized by Google

reputare diligentiùs, vnde tam crassus illorum error profluxerit qui adeò perniciosam istam futilémque de Iurisprudentia opinionem in vulgi animis primi excitarunt. Cõperi autẽ ex eo sõlo profluxisse, q interpretũ vetustissimi, nec satis feliciter ad tantã scientiã eruditi, nec in cæteris disciplinis vllo fere modo versati, nõ alia Iurisprudẽtiæ nostræ Principia esse crediderunt, quàm quas passim iuris Regulas appellamus. Quarũ fermè omniũ cùm ea sit condicio vt singulæ suas exceptiones, ne cum nostris dicam fallentias & limitationes, eásque non paucas patiantur, Inde nimirũ fieri putarunt vt nihil tã certum sit & exploratum in iure nostro, de quo dubitari probabiliter, ac in vtrãque partẽ velut problematicè disceptari non possit. In eámque rẽ abuti solent Iauoleno, qui de Regulis tractans nõ de Principiis scripsit, Definitionem omnem in iure ciuili periculosam esse, quod vix sit vt non aliquo casu subuertatur. Atqui non ius ex Regula sumitur, sed vt bene Paulus noster ait, Ex iure quod est, fit Regula, id est, ex iuris Principiis ex quibus solis tota vtique iuris substantia æstimatur. Principia porrò illa vt nos fallant magis fieri certè potest, quàm vt seipsam veritas fallat. Eo siquidem nomine non alias Propositiones intelligo quàm quæ vt primo rationis intuitu plausibiles, ita semper verissimæ ac certissimæ sint, & sine vlla penitus exceptione. Quæ potissima, vel potiùs vnica est inter iuris Principia & Regulas differentia. Principiũ enim quodlibet Regula est, sed eiusmodi quæ nullam exceptionem admittat. Non autem æquè viciſsim omnis Regula Principium est nisi si qua talis proponatur, quam & necessariò & perpetuò veram esse, negare ausit nemo. Denique sic statuo, Principium non tam esse regulam quàm rationem regulæ, & vt ita dixerim regulam regulæ. Quod eò pertinet vt si quo casu ob facti vel personæ vel loci circunstantiã aliquam ratio illa locum non habeat, hoc ipso appareat nullũ regulæ locum esse posse, Ne alioqui Rationem omnimodo viciari oporteret, si non regula ipsa viciaretur. Summa rei hæc est, Regulas plerunque fallere, sed Rationẽ nunquam, ex qua scilicet non minùs exceptiones, & limitationes Regularum, quàm Regulæ ipsæ proficiscuntur. Neque de hoc dubi-

tarent

carent interpretes, si eò vsq; progrederentur vt Regularũ quoque rationes inquirerent: Sed ne inquirere aut possint aut velint, ex eo impediuntur, quod & Regulas pro Principiis habent vt dixi, & Principiorũ rationes non nisi absurdè ineptéque inquiri posse arbitrãtur, Quasi contradictionẽ implicet, vt Principia dicãtur, quæ ex altiore ac superiore aliqua ratione dependeant. In quo rursum falluntur. Nã vt in cæteris scientiis omnibus, ita & in Iurisprudẽtia nostra duo sunt Principiorũ genera: Vnũ eorũ quæ prima Principia dicũtur, & independentia, atq; vt Philosophi loquuntur, primò prima: Cuiusmodi tamẽ sunt apud nos perpauca, nec alia ferè vlla, quàm quæ partẽ faciunt iuris constituti, quorũ licèt plerũque etiã alia, nulla tamen melior vnquã ratio est quàm quòd sic fuerint constituta. Alterum est eorum quæ subordinata sunt & vt aiunt secundaria, quorũ rationẽ si alterius inuestiges facilè reperias pendere illa ex aliis superioribus, quæ vel ad Iurisprudentiã ipsam vel ad Philosophiã aut naturalẽ, aut moralẽ, aut politicã, aut œconomicã ommino referantur: Omnibus tamen istis cõmune illud est, quod rationẽ habent pro causa, suamq; ostentant & præferunt veritatẽ non ex sensu solo, vt Mathematica, & ex Physicis pleraq;, Sed ex Ratiocinatione: quæ cùm solius hominis propria sit, tanto excellentiorẽ fatendũ est Iurisprudentiã nostrã esse Mathematicis disciplinis, quanto præstãtior ratio est, & dignior sensu. Etsi verò naturalis pronaq; hominũ ad dissentiendũ facilitas sæpenumero efficit, vt in vera & recta cuiusq; rei ratione indaganda, & constituenda pauci consentiant. Quis tamen neget abundare Iurisprudentiã iis Principiis, quorum, neque ratio, neq; fides in dubium vocari possit ab eo qui Iureconsulti nomen laudemque sibi ausit adrogare? Cùm enim omniũ quæ vniuerso iure nostro continentur summa diuisio illa sit, quod alia constituti iuris, alia recepti esse dicuntur, Quid certius esse potest iis quæ cõstituta sunt à legũlatoribus qui constituendi potestatẽ habuerũt? Quid rationabilius iis quæ nullo nisi cogente imperio recepta inueniũtur? Nec quod tã multa sint ista Principia facere debet, vt scientia infinita, & quod consequens esset, hoc ipso incerta esse videatur: Vastã enim facit ea

Digitized by Google

res non infinitã nec incertã: Nihilque verius dici potest quàm quod iã olim à Neratio dictũ fuit, Et finitũ & proinde certũ ius nostrũ esse: quorũ tamen neutrũ verè diceretur, si neque certis, neque finitis Principiis constaret. Quidni ergo erit nostra etiã Iurisprudẽtia verè scientia? Quidni certas quoque ex tã certis Principiis habebit illationes & consequẽtias? Hinc verò prima mihi occasio cogitandi de toto iure nostro in artis aut potiùs scientiæ methodũ redigendo, sperãdiq; non fore rẽ admodũ difficilẽ si eũ Doctorẽ haberemus, qui & vniuersa Principia calleret optimè, & omnia quæ ex iis inferri possunt diligenter atque ex ordine subnotaret. Scio nõ defuisse qui ante nos scripserint ex professo De Principiis iuris, Itẽ qui totã Iurisprudentiã Romanã noua methodo, nec sine magno ingenio, summaq; erudi tionis gloria efformarint. Sed qui Iurisprudentiã vniuersam legẽsq. omnes quæ in libris nostris extant, per Principia explicauerit, nemo ex omnibus quorũ scripta legere, vel nomina audire cõtigit, hucusq. fuit, Cùm autẽ tanto in opere adgrediendo illa primùm hæsitatio incurreret, à quibus Principiis initium sumere magis expediret [nec enim sic omnia inuicẽ connexa contextáq. sunt, vt à quibusdã ideo incipere sit necesse quod ab iis cætera omnia pendeant, sed habent suos tractatus singula, nec proinde multũ interesse videtur, quo demũ ordine proponantur] Visum tandẽ est factu optimũ, vt eam Titulorum & materiarum seriẽ retinerẽ, quã Iustinianus noster in Institutionibus secutus esset, quòd eruditiorum omnium iudicio sit illa longè optima, si cũ eo ordine qui in Pãdectis & Codice seruatus est, conferatur. Itaque vt ab Institutionibus, sic & à primo Institutionũ libro inchoandum opus existimaui, Non quòd in aliis libris idem facere non multò iucundius, & vtilius videretur, Sed vt in noua methodo proponenda, ex vetere aliquid retineremus, nec ab eodocendi, discendique more in totum recederemus qui sicut aliis pleriſque ita & nobis expeditior breuiórque videri solet, vt à difficilioribus & perplexioribus incipiatur, quò cætera subinde appareant planiora: Sic affectis ferè humanis ingeniis, vt rerum omnium agẽdarum quæ magno animo conatúque instituuntur, acriora sint, eoque validiora

initia

Digitized by Google

initia, finis verò aut minùs diligens aut planè incuriosus. At vix operi manũ admouerã, cũ animaduerti q̃ foret laboriosum, quod tamẽ vtiq; præstandum erat, adeò diligẽter ad Principia singula referre leges omnes quarũ interpretatio ex iis ipsis pendêret, vt nihil penitus esset in Pandectis, nihil in Codice, nihil deniq; in Nouellis quod vel prætermissum, vel neglectũ videri posset: cùm eueniat plerumque vt leges etiam sub remotissimis titulis nec peregrino loco constitutæ, ex iis tamen Principiis explicari debeant quæ sub alio Titulo & collocata sint & collocanda. Inde nouũ consiliũ solo ausu planè temerarium, si non excusaret temeritatẽ necessitas, quasi per digressionẽ & παρεκβασιν Rationalia instituẽdi, vt vniuerso iuris corpore nõ solùm lecto, relectoq; sed etiã accuratè satis ac diligenter explicato, facile esset vniuersa iuris Principia colligere primũ, deinde suo ordine disponere quæ ex dubitandi, decidendiq; rationibus elicerentur. Quamquã autẽ instituti ratio suadebat vt non priùs de Iurisprudentiæ scientia vel absoluẽda vel edenda cogitarẽ, quàm Rationalia peregissem, Perculit tamen animũ quẽ omnino deijcere non potuit, tanti laboris suscepti magnitudo, Non equidẽ ne in eo quod cœpissem absoluendo perstarẽ [sum enim vt vides, mi Lector, inscribendi, & maxima quæque audendi proposito constantissimè retinẽdo pertinacior sanè quàm oporteret] Sed vt post editam primam Rationalium partem, dum secundam paro, Audirem quid iuris studiosi omnes, quid docti præcipuè de consilij nostri nouitate sentirent, quid à nobis aut aliud aut maius cuperent, quid denique expectarent. Primùm vt quoniam

Vitæ summa breuis me spem vetat inchoare longam

nec aut ætatis meæ iam ingrauescentis, aut labantis valetudinis ratio patitur, vt operis vtriusq; absoluendi spẽ vel animi sola cogitatione ausim præcipere, deliberandi materia ex ambiguitate omnibus nasceretur, in vtrã partẽ procliuior esse deberẽ, an vt Rationalia, an vt Iurisprudentiã potiùs absoluerẽ, Id est, An vt leges singulas sub suis Titulis, quod fit in Rationalibus, An vt potiùs sub suis quasque Principiis, quod hæc nostra præstat Iurisprudentia, ex-

Digitized by

plicarẽ. Deinde vt si quid humani inter deliberandũ, aut ante alterutrũ opus absolutũ accideret, haberent studiosi qualecũque hoc ingenij & instituti nostri monumentũ, cuius imitatione moueri aliquando quis posset, vt in reliquos Institutionũ libros idipsum præstaret facilius, quod nos audacter fortasse magis quàm feliciter in primũ facere tentassemus. Nec enim dissimulare possim quàm fuerit mihi permolestũ futurũ si tot meæ periissent lucubrationes, vtinùs quidem laudis habituræ quàm si opus integrũ, & vndequaq; absolutũ ederetur, Sed tamen non indignæ prorsus quas auidis oculis manibusq; excipias, quisquis es, qui cætera quæ nos ante hũc diem scripsimus, aliquid esse arbitraris. Nã præter methodi nouitatẽ illã per se amabilẽ, multarũ & legũ emendationem, & materiarũ explicationẽ continent, Integros etiam aliquos tractatus, quales præcipui ac propemodũ absolutissimi occurrent tres illi De nuptiis, De adoptionibus, De tutelis. Ex quibus possis statim conijcere quàm vtile opus tuisq; studiis cõmodum futurum esset si quãdo tibi mihiq; indulgeret Deus Opt. Max. vt videre posses absolutũ. Statueram præterea, ne quid te consilij mei lateat, post allatas explanatásq; illationes & consequentias ad Principia singula etiã confutationes adferre omniũ eorum quæ aduersus Principia huiusmodi ab interpretibus disputantur: quod quemadmodũ dubitari non potest quin verissima sint quæcunque cũ Principijs nostris cõsentiunt, ita nec quin falsa sint omnia quæ ab iis dissentiũt. Neque certè pars illa operis minùs vtilis fore videbatur, cùm grauiores sint, multoq; periculosiores errores qui pertinaci adseuerationе mendacij, quàm qui sola veritatis ignoratione inducuntur. Enimuerò quod fuisset mihi difficile, nec tamẽ inuicũdũ præstare in prudentũ respõsis & rescriptis Imperatorũ, multo fuisset molestius exequi in Bartoli & aliorum Commentarijs, tantóque laborioſius quanto plura sunt, quæ apud eos falsa, quàm quæ vera. Igitur cõfutationes tantùm aliquas, eásque in operis initio ipso addidi vt instituti mei specimen quoddam exhiberem ac veluti delinearem potius quàm vt rem ipsam præstarem. Quis enim scribendi & cõfutandi

futandi finis esset, si errores omnes ac singulos interpretum sigillatim atque ex ordine persequi vellet, qui posset? Erit longè facilius, vbi omnia iuris Principia ex libris prudentum hauseris quid in Bartolo verum, quidve falsum sit statim ex sola Principiorũ applicatione agnoscere, Dummodò eam semper obseruationem tenendã esse memineris, vt de quacunque re interrogatus cõtinuò Principium inquiras diligenter, inuentumq; ad propositam quæstionẽ bene applices, quorum alterum scientiæ opus est, alterũ prudentiæ. Deniq; cùm boni Doctoris munus & officium illud sit si Aristoteli credimus, vt non tam scientiam doceat, quàm sciendi modum, Putauimus Tomum hunc primum ex quatuor sufficere in eã rem posse, vt si non scientiam ipsam totã, sciendi saltem, hoc est docendi discendiq; methodum & didicisse & docuisse crederemur. Cur autem Papinianeæ Iurisprudentiæ scientiam inscripserimus, si fortè miraris, & superbius tibi nomen videtur, quàm vt vsurpari à nobis debuerit, Causa hæc est, quòd non aliter Iurisprudentiam, aut à Papiniano didiscitã fuisse possum credere, aut à Iuliano vel Sabino cæterisque non tam præceptoribus, quàm auctoribus iuris edoctam. Inscripsissem libentissimè de meo nomine Fabrianã si non à me iam superiore anno habuisses Codicem de meo nomine Fabrianum. Quamquam vereri non debui vt displiceret cognomen ei cui nomen Fabri placeret. Vtcumque sit hoc scito, tibiq; persuade, mi Lector, nihil me aut melius habuisse aut præstantius quo assiduum, constánsque meum de te tuísque studiis bene merendi studium profiterer. Tuum erit aut inuentis nostris addere quod erit promptius, Aut quod tibi glorioſius, mihi optatius, meliora inuenire. Vnicum enim ambitionis meæ votum est, non vt maiorem mihi famam comparem, qui sat scio de tuenda potiùs tantùm ea cogitare me debere, quam priores vigiliæ nostræ, nobis quantulacũque illa sit, pepererunt, & quam superare velle periculosum fore video, sustinere vero etiam difficile, Sed vt tibi, vt posteris, vt meæ denique Iurisprudentiæ consulam, cuius dignitati ac splendori voueo libentissimè, vouebóque in perpetuum quicquid laborum meorum

est, eritque vt post cineres quoque meos, si eo vsque protendi nominis mei memoria poterit,

Me vixisse sciat, quisquis studuisse videbit.

Bene vale mi Lector, & qui Iurisprudentiam nostram sic amas, vt etiam Fabrum tuum ames propter Iurisprudentiam, Ama vno verbo Iuris-Fabrianam quoque si qua est, scientiam. Iterum vale & fruere. ac Deo opt. Max. si quid nostrum est quod tibi commodare possit, gratias habe, non mihi.

In Iurisprudentiæ Papinianeæ scientiam ad Papinianum.

Vera, vetúsque fuit Iurisprudentia *quondam,*
Quæ placuit viuo, Papiniane, tibi:
Vera eadem simul atque vetus non desiit esse,
Cùm cœpit vulgo falsa placere magis:
Nulla tamen nisi stulta dein, Nec tempore ab illo
Visi qui scirent, se nisi scire nihil.
Inde suum amisit veneranda Scientia nomen,
Cúmque suo proprium nomine, spreta, decus.
Quis poterat miseris adeò succurrere rebus?
Qui par, sed quis erit? Papiniane, tibi.
Præstitit at Faber ille tuus, quo doctior alter
Iudice te nequeat vice docere tua:
Quin patere vt maior per te sit gloria Fabro:
Vnum nam Fabrum tu facis, ille Fabros,
Quos dabit esse breui totidem tibi Papinianos:
Tu sine Fabro vnus, Papiniane, fores.

A. F. F.

In nomen authoris ἀνάγραμμα. ANTONIVS FABER I.C.
Ius fabricat omne. Ad Lectorem.

En tibi Doctorum Iurisprudentia tota
Quæ nasci à tanto Præside digna fuit,
Qui libros liberis miscens, Ius fabricat omne,
Quod natura dedit, lex quoque quæque tulit:
Sic Faber hic sterili, fœcundus parturit æuo,
Sic Ius stans cunctis nascitur omne viris.

Virtute tutus. C.D.

TIT. I. DE

Digitized by Google

TIT. I.

DE IVSTITIA ET IVRE.

PRINCIPIVM I.

Etymologia iuris.

IVS *à iustitia est appellatum l.1.in princ.D.hoc tit.* Ius, in- *L.1.D.de iu-*
quam, cui operam dant qui iurisprudentiam profiten- *stit. & iur.*
tur, & à quo ipsa etiã iurisprudentia appellatur, quódque Vlp. noster diffinit esse artem boni & æqui. Alioquin si *ius* intelligas id ipsum quod bonum & æquum est, aut vt generaliùs loquar, legibus consentaneum, non ius à iustitia est appellatum, sed iustitia potiùs à iure, si vera est iustitiæ diffinitio à Iustin. tradita initio huius tituli, in illis verbis *ius suum cuique tribuendi.* In summa, potest *ius* considerari dupliciter, In abstracto, vt ita dicam, quatenus causa est iustitiæ, In concreto quatenus est effectus iustitiæ, siue accipiatur pro ea ipsa re quæ iusta est, siue pro arte & scientia quæ doceat facere iusta. Concreta autem denominationẽ sumunt ab abstractis, non abstracta à cõcretis *l.1.§.1.D.de pact.* vbi non dissimiliter idem Vlp. pactum à pactione dictum scribit.

Interdum *ius* etiam accipitur pro eo loco in quo ius redditur *l.penult. ad* *L.pen. eod.*
fin.D. hoc tit. Quò pertinent Tituli *De in ius vocando, Si quis in ius vocat. non ier. In ius vocat. vt eant, Ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat. l. 4. §. vlt.* & *tot. tit. De interrog. in iur. faciend.* Nonnunquam ius etiam dicimus pro ne- *L.vlt. eod.*
cessitudine, vt *ius cognationis vel adfinitatis l.vlt. D. hoc tit.* Est igitur *iuris* nomen æquiuocum. Sed in hoc principio primo accipitur in concreto pro effectu iustitiæ, & tam pro re ipsa quæ iusta est, quàm pro arte ipsa boni & æqui. Debuerat tamen à Iustiniano itémque ab Vlp. distingui priùs quàm diffiniri, vt cætera æquiuoca omnia ex regula philosophorum.

ILLATIO I.

De præceptis iuris.

EX hoc principio illud primùm fit quod Vlp. scribit *in l. iustitia* 10. *D. hoc* *L. iustitia 10. eod. Tit. quod quisque iur.*
tit. iuris præcepta hæc esse, Honestè viuere, Alterum non lædere, Ius suũ cuique tribuere. Tria enim hæc sunt circa quæ omnis iustitia tam ciuilis & politica, quàm moralis versatur, vt pluribus tractat Aristot. lib. 5. Ethic. Indéque petenda est ratio *tit. D. quod quisque iur. in alium stat. l. cum hereditas* 59. *De admin. tutor.* Itémque ratio eius quod dici solet, Ea quæ facta lædunt pietatem, existimationem & verecundiam nostram, & vt generaliter dicam

quæ contra bonos mores & publicam honestatem fiunt, ea nec facere nos posse credi, vt eleganter Papin. scribit *in l. filius* 15. *D. de condic. instit.* Facit *l. a-uus* 79. *§.* 1. *D de iur. dot.* Nec rursus quicquam videri interesse si ex non honesta causa interfit *l.* [redacted] *is* 1. *D de furt. l. si venditor* 6. *§. vlt. vers. ceterum D. de seru. export. l. si extraneus* 33. *D de iur. dot.* Denique neminem ex improbitate sua consequi debere actionem *l. itaque* 12. *§.* 1. *De furt. l. si plures* 38. *§. vlt. D. de admin. tut.* Iunge quæ scripsi *Princ.* 4. *in fin infr. eod.*

ILLATIO II.

De iure iniquo.

L. pen. D. hoc tit. L. seruo 65. *§. cùm prætor D. ad SC. Trebel. L. res iudicata* 207. *de reg. iur.*

SEcundò ex eodem principio fit, vt *ius* dici non possit quod iniustum & iniquum est. Nam si ius à iustitia est appellatum prorsus consequens est vt vbi non est iustitia ibi nec ius sit. Nec est contrarium quod Paulus scribit in *l. pen hoc tit.* prætorem dici ius reddere tum etiam cùm iniquè decernit. Id enim dicimus relatione facta non ad illud quod ita prætor fecit, sed ad id quod prætorem facere conuenit, vt ibidem Paulus subiungit. Cui non est dissimile quod Mæcianus ait in *l. seruo* 65. *§. cùm prætor D. ad SC. Trebell.* cùm prætor causa cognita per errorem vel etiam ambitiosè iubet hereditatem restitui, publicè interesse vt restituatur, propter rerum iudicatarum autoritatem. Rerum namque iudicatarum autoritas non pendet ex iustitia iudicati, sed ex autoritate iudicantis, qui potrò iudicandi authoritatem à lege habet non vt hoc vel illud statuat, sed vt rectè iustéque iudicet, & ex iuris arte. Itaque cùm dicimus rem iudicatam ius facere & pro veritate accipi *l. ingenuum* 25. *De stat. hom. L res iudicata* 207. *De regul. iur.* non tam ad id respicimus quod iudicatum est, quàm ad id quod iudicandum fuit, quia fieri amplius nequit vt aliter & melius iudicetur, cùm iudex posteaquàm sententiam dixit siue bene siue malè officio semel functus sit *l. index posteaquam* 55. *D. de re iudic.* Sic dicimus non tam spectandum esse quid Romæ fiat, quàm quid fieri debeat. *l. sed licet* 12. *D. de offic. præsid.*

ILLATIO III.

De iure semper æstimando ex ratione.

TErtiò ex eodem principio fit, vt *ius* æstimandum semper sit ex ratione, ita vbi ratio non est ibi nec ius sit, cùm iustitia sit animi habitus & quidem bonus, qualis esse non potest nisi quatenus ratione perficitur. Et quemadmodum nemo dixerit iustitiam esse sine ratione, ita nec ius sine ratione esse potest. Vnde est quod bruta animantia quia sunt rationis expertia, non solùm iuris incapacia sint, sed etiam iniuriæ. Ideóque cùm damnum dant non iniuriam facere dicuntur sed pauperiem *l. 1. & tot. tit. Si quadrup. pauper. fecisse dicat.* Inde etiam, quod pupillus, demens, furiosus & cæteræ si quæ sunt huiusmodi personæ quæ rationis vsum non habent, non obligantur sine tutoris aut curatoris autoritate ne quidem iure naturali *l. pupillus* 59. *D. de oblig. & act.* nisi cùm ex re ipsa actio venit *l. furiosus* 46. *eo. l. si debitor* 16. *D. de dol. except.* quia obligatio est iuris vinculum *L nihil aliud* 51. *eod. & infr. Tit. De oblig. in princip.* Ratio autem non patitur, vt quis obligetur qui ratione ipse non vtatur. Inde quòd ea quę non ratione, sed errore primùm introducta, deinde consuetu-

L. 1. si quadr. paup. fecisse dicat.

L. pupillus 59. *De oblig. & action.*

gitized by Google

consuetudine obtenta sunt in similibus causis non obtinent *l. quod nõ ratione 39. D. de legi.* quia scilicet ius nõ faciunt. Denique inde est, quod si quid non tam certa ratione quàm ex occasione fiat, id non iure fieri dicatur *l. 2. D. de rebus.* E contrario vbi eadem ratio est ibi & idem ius *l. illud 32. D. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt.*

L. quod non ratione 39. D. de legib. L. 2. D. de rebus.

CONFVTATIO I.

De communi errore an ius faciat.

COntra hoc principium pugnat quod vulgo interpretibus placet ad *l. Barbarius 3. D. de offic. prætor.* Communem errorem ius facere. Quid enim iam contrarium rationi, quàm error? *d. l. quod non ratione.* Quid tam alienum à iustitia? Nam si iustitia est constans, & perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi *d. l. iustitia 10. hoc tit.* constat errantis nullam esse voluntatẽ, nullũ consensum *l. si per errorẽ 15. D. de iurisd.* Neque verò in specie *d. l. 3.* cõmunis error ius facit sed publica vtilitas, neq; in specie *l. 3. §. vlt. De supel. legat.* sed volũtas testatoris collecta ex ipsius loquendi consuetudine quãuis erronea, Tametsi verba illa vltima *& error ius facit* quæ multis nec immeritò suspecta sunt, quasi sint imperiti interpretis, putantis fortasse ex eo textu probari communem illum interpretum errorem, quòd communis error ius faciat, videntur mihi posse commodè sic accipi, vt Paulus pro mirabili & absurdo habeat potiùs quàm pro vero quod ait in *d. §. propter vsum imperitorum* (sic enim legendum est non vt ridiculè Accursius, imperatorum) recedi à propria significatione verborũ, vt proinde error ius faciat, quod adhuc est absurdius. Nam idem Paulus cuius ea lex est non dissimili locutione vtitur in *l. debitor 59. in fine princ. D. ad SC. Trebell.* Nec denique in specie *l. 3. in princip. D. de SC. Maced.* communis error ius facit, sed bona fides creditoris cui nihil potest imputari si cum eo contraxerit, qui communi hominum existimatione patersamilias credebatur, licèt re vera esset filius familias. Et ob id nimirum si ponas creditorem hunc sciuisse quod alij ignorabant, dubitandum non erit, quin ei obstaturum sit senatusconsultum Macedonianum. Facit *l. 7. §. 8. & l. pen. D. eod. l. quid sit 17. §. apud Labeonem de ædil. edict. l. si quis 17. §. si impubes de instit. act. l. fugitiuus 19. de solut. l. 4. C. de incest. nupt. l. 7 §. 2. de publicia.* Denique omnes ij loci loquũtur de errore facti nõ iuris. Porrò cùm ex facto ius oriatur, nec nouum nec mirum est errorem facti si sit iustus aut probabilis inducere iuris diuersitatem tam superioribus casibus quàm aliis similibus plerisque.

L. illud 32. ad leg. Aquil. L. Barbarius 3. D. de offic. prætor. L. 3. D. de supell. legat. L. 3. in prin. ad SC. Maced.

CONFVTATIO II.

De consuetudine iniusta.

PVgnat etiam contra hoc principiũ, quod plerisque casibus placet interpretibus, valere cõsuetudines contra rectã necessariámque iuris rationẽ siue interpretum errore, siue quo alio prætextu introductas. Etsi enim consuetudinis vsusque longæui non vilis est autoritas, non tamen vsque adeò sui valere potest momento vt aut rationem vincat, aut legem *l. 2. C. quæ sit long. consuet.* Nihil siquidem aliud est consuetudo, quàm ius non scriptum *l. de quibus 32. cum seqq. D. de legib.* ac proinde non potest valere si rationi iuris

L. 2. C. quæ sit long. consuet.

Digitized by Google

ex diametro repugnet,nisi publica vtilitate nitatur,quę præcipua semper ratio est & propter quam multa passim iure singulari recepta sunt contra ius commune *l.ita vulneratus* 51.*§.vlt.D.ad leg.Aquil.* Quò pertinet *l.in his* 15. *cum l.seq.D.de legib.*

L in his 15. cum seq. D. de legib.

CONFVTATIO III.

De iuris substantia an opinione consistat an re.

PVgnat quoque cum hoc principio quod plerique putant, *ius* opinione magis quàm re ipsa constitere.De quo pluribus Francisc.Connan.*lib. 1. Comment.iur.ciuil.cap.*1.Nam cùm ius æstimetur ex ratione, non magis fieri potest vt ius opinione tantùm sit quàm vt ratio nulla sit nisi opinione.Quod siquis diceret,eum fateri necesse esset ne quidem hominemvllum esse nisi opinione,cùm hominis differentia essentialis ex eo sumatur quòd sit rationis particeps.Nec ad rem pertinet quod in recta veráque cuiuslibet rei ratione inuestiganda toties & tantopere homines dissentiant propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem.*l.item si vnus* 17. *§. principaliter De recept.qui arbitr.* Id enim fit ignoratione veri iuris quod tamen non eo minùs in se certum est quamuis ignoretur ab imperitis *l.2.l.regula.*9.*§.sed iuris D. de iur.& fact.ignor.*Denique huc pertinet quod Pap.scribit *in l.ordine* 15. *D.ad municip.*facti quidem quæstionem in potestate iudicantium esse,At iuris autoritatem non esse.Facit *l.1.§.1.vers.quorum alterutrum D.ad SC. Turpill. l.si qua pœna* 244.*in fin.De verb.signific.*

L.2.l regula 9.§.sed iuris D.de iu. & fact. ignor.

L. ordine 15. D.ad munic ip.

PRINCIPIVM II.

Definitio iuris.

IVs est ars boni & æqui,vt ex Celso eleganter Vlp.diffinit *in d.l.1.hoc tit.*Nam cùm à iustitia sit appellatum vt proximo principio diximus, iustitia esse non potest,quæ à bono & æquo abhorreat.Iustus enim ille est, vt Poeta dicebat.

—iusto trutina qui examine pensat
Ne quid hiet, ne quid prætuberet,anguius æquis
Pœtubus ut cocat,nihil vt deliret amussis.

L.1.D. hoc tit.

ILLATIO I.

De æquitate & bona fide.

EX hoc principio primùm illud fit vt *ius* dici non possit quod est iniquũ, licèt alioqui summa stricti iuris ratione constituatur. Id enim est quod vulgo iactari solet *Summum ius,summa iniuria,Summũ ius,summa crux.* Quod Celsus adolescens sic efferebat vt diceret in quæstionibus quæ sunt de bono & æquo plerumque sub autoritate iuris scientiæ perniciosè errari *l. si seruum 91.§.sequitur De verb.obligat.* Quo etiam illud vulgare dictum pertinet *Ipsa etiam leges cupiunt vt iure regantur*, id est æquitate, quæ iuris regula est veluti Lesbia, quæ nunc erecta est si paries sit planus,nunc obliga si murus sit asper, vt eleganter Arist.tractat lib.5. ethi. Hinc illa iuris regula, In omnibus quidem sed maximè tamen in iure æquitatem spectandam esse *l. in omnibus*

L. si seruum 91. §. sequitur De ver. obligat.

Digitized by Google

omnibus 90. *De reg. iur.* id est præferendam summo & stricto iuri *l. placuit* 8. *C. de iudic.* Nam summo & stricto iuri opponitur æquitas: Imò & interdum iuri simpliciter, *l.* 25. *De legib. l.* 52. *§. vlt. De pact.* quia ius simpliciter cùm dicimus strictum intelligimus *l.* 1. *C. de legib. l. vnic. C. de prohib. sequestr. pecun. l.* 2. *§. item Varus in fin. D. de aqua & aqua pluu. arcend.* Non quia strictum sit nobilius aut potentius bono & æquo cui vt dixi postponitur, sed quoniam strictum semper certum & idem est, cùm ex scripto æstimetur, aut ex interpretatione quę subtiliter & necessariò ex scripto inducatur *l. prosp exit* 12. *D. qui & à quib. manu.* At è cõtrario æquitas in genere nulla est, cùm pro personarum, rerum, locorum & temporum differentiis varietur. Ob idque de iis quæ in sola æquitate consistunt dicimus neque in perpetuum, neque generaliter definiri quicquam posse *l. de accessionibus* 14. *De diuers. temp. præs. l. mora* 32. *in princip. de vsur.* vt nec de cæteris quæ in facto magis quàm in iure consistunt *d. l. mora l.* 3. *§. eiusdē D. de testi. l. si ex plagis* 52. *§ in clino D. ad leg. Aquil. l.* 1. *§. Diuus ad leg. Cor. de sicar.* Deniq; placet diffinitio illa æquitatis vt sit legis scriptæ æquamentũ ad hominum vtilitatem reductum, vel non scriptæ legis supplementum. Gothof. *ad d. l.* 90. *De regu. iur.* Quare mirũ non est Æquitatẽ & iustitiam pro synonimis accipi in *d. l. placuit*, & à Cicerone *verum ius* dici *germanámque iustitiam*, quomodo & naturalis iustitia dicitur in *l. scire* 13. *§. sufficit in fin. De excus. tut. l.* 3. *C. de admin. tut.* & bona fides quatenus opponitur apicibus iuris *in l. si fideiussor* 29. *§. quædam D. mandat.* Aliud enim reuera est bona fides, aliud æquitas vt vel ex eo apparet quod scriptũ est *in l. bona fides* 31. *D. depos.* bonam fidem desiderare summam æquitatem. Sed & interdum bona fides æquitati opponitur vt in eleganti specie *d. l.* 31. *vers. ic. incurrit.* Nam bona fides ex eo potissimum æstimatur vt quòd promissum est seruetur *d. §. incurrit vers. hac est bona fides l.* 1. *§. pen. naut. caup. stabul. l.* 1. *De const. pecun.* At æquitas ex totius causæ qualitate & constitutione æstimanda est *d. §. incurrit*, vbi eleganter Thryphoninus addit, hanc se in summa probare veram iustitiam quæ suum vnicuique ita tribuat vt non distrahatur ab vllius personæ iustiore repetitione. Est enim hoc proprium æquitatis vt suum vnicuique tribuat, nec alterum, cum alterius detrimento locupletiorem fieri patiatur *l. nam hoc natura* 14. *D. de cond. indeb.* Denique vt non tantùm iusta facere doceat, sed etiam iustè quod præcipuum est vt iustus quis videri possit.

L. in omnibus 90. de reg. iur. l. placuit & C. de iudic.

L. bona fides 31. D. depos.

ILLATIO II.

De æquitate ante oculos habenda.

SEcundò ex hoc eodem principio fit vt æquitatem ante oculos habere semper iudex debeat *l.* 4. *in fin. D. de eo quod cert. loc. l. vbicumque penult. D. de interr. in iur. faciend.* potiùs quàm nimiam iuris scrupulositatem & subtilitatem, aut vt testator ille loquitur apud Scæuolam *in l. pen. §. vlt. de leg.* 2. nimiã miserámque iuris diligentiam. Idémque in Principe obtinet, vt studio æquitatis omnia facere debeat *l. vt liberis* 17. *C. de collat.* & ad æquitatis rationem omnia corrigere *l. properandum* 13. *§. & hæc de alterutra C. de iudic. l. Titius* 54. *l. qui filiam* 74. *§. vlt. ad Trebell.* Itémque in omnibus legum conditoribus, vt æquitatis debeant esse fautores *l. hac lege* 8. *C. de pact. conuen. tam sup. dot.* Æquitatem verò ante oculos habere nihil aliud est quàm ex perso-

L. 4. in fin. De eo quod cert. loc.

Digitized

narum qualitate,ex causa,ex tempore & ex bona fide rē æstimare *l.& si quis 14.§ hac actio De relig.& sumpt.funer.* Nimirū quoties talis casus emergit qui æquitatis interpretationem recipiat. Alioqui si lex de eo casu ita scripta sit, vt æquitatis rationi prorsus aduersetur, nec possit iudex æquitatem sequi quin legem offendat, omnimodo lex quamuis dura seruanda est *d l. prospexit 12. D. qui & à quib. manum.* Nihil enim periculosius dici potest & pernicioſius, quàm si iudici cuilibet liceat æquitatem pro arbitrio sibi fingere, & legibus illudere prætextu huius æquitatis quam ideo non malè cerebrinam quidam vocarunt: Quid ergo? Ambiguas atque legum diuersis interpretationibus titubantes causas benignè, atque naturalis iuris moderamine temperare bonus iudex debet vt loquuntur Imperatores *in l. non sine ratione 5. C. de bon. quæ liber.* Idque demum est æquitatem sequi. Nam legem duram corrigere ex æquitate Principis est *l. 1. C. de legib.* Neque est contrarium quod iudiciorum alia bonæ fidei, alia stricti iuris appellamus, quorum illa præcipuè differentia est ex qua cæteræ omnes dependent, quòd in iudiciis bonæ fidei permittitur iudici ex bono & æquo iudicare non etiam in strictis quæ ideo nimirū stricta dicuntur, quia in iis non liceat iudici dato ne latum quidem vnguem à formula sibi præscripta recedere *§. in bonæ fidei infr. De action.* Descendit enim illa differentia ex natura negotiorum quæ non patitur vt æquum videri possit quod à stricto conuentionis & obligationis iure abhorreat, vt in stipulatione mutuo & similibus *l. quicquid adstringendæ 99. De ver. obligat.* Quemadmodum ex contrario in bonæ fidei iudiciis euenit, vt quamuis commune illud sit omnium quod in iis æquitatem præcipuè sequi & spectare iudex debet, in quibusdam tamen æquitatem largius æstimare debeat, quàm in aliis & solutiùs, Ita scilicet indulgente ipsa actionis natura vt Vlp. loquitur *in dd. & si quis 14. § idem Labeo ait 13. De relig & sumpt funer.* Negotiorum enim alia sunt bonæ fidei, alia non *l. in omnibus negotiis 57. De oblig. & act.*

L. prospexit 12 D. qui & à quib. manum.

L. 1. C. de legib.

§ in bonæ fidei De action.

L. in omnibus negotiis 57. D. de oblig. & act.

ILLATIO III.

De vtilibus actionibus.

TErtiò ex hoc eodē principio illud fit, vt plerisq; casib us deficiente iure actionis directæ necesse sit induci vtilem actionem. Omnes enim vtiles actiones inducuntur ex æquitate, nec contra ius, quod notandum est, sed præter ius, id est deficiente iure *l. si res tuas 8. C. ad exhib. l. 1. & 2. C. de oblig. & act. l. pen. D. de tutel. & ration. distr.* Aliud siquidem est fieri quid contra ius aut contra leges, aliud fieri præter ius & præter leges *l. necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior.* Tantæ autem potestatis sunt vtiles actiones vt eundem effectum habeant quem directę, nec quicquam interfit quod ad effectum an quis directa an vtili actione conueniatur *l. actio 47. De negot. gest.* Imò si habēs directam actionem concurrat cum habente vtilem præferendus est is qui vtilem habet *l. procuratore 55. D. de procur.* iunct. *l. si procuratori 79. De verb. obligat.* Non alia ratione quàm quod æquitas ex qua nascitur actio vtilis præferenda sit summo iuri ex quo directa æstimatur. Nam eorum omnium quorum causa nobilior est, nobiliorem quoque & potentiorem effectum esse conuenit. Inde etiam est quod actiones istæ vtiles competunt sine cessione, quia non facto aut voluntate alterius, sed sola iuris potestate ob æquitatem indu-

L si res tuas 8. C. ad exhib. l. 1. & 2. C. de oblig. & act. l. pē. De tutel. & ratio. distr.

L. procuratore 55. D. de procurat. l. si procuratori 79. De ver. oblig.

inducuntur, puta si nomen legatum sit *l. ex legato* 18. *C. de legat.* aut in dotem datum *l.l.* 2. *C. de oblig. & act.* aut in solutum *l. vlt. C. quãd. fisc. vel priuat.* vel vẽditum *l. postquam* 7. *C. de hered. vel act. vend.* vel cum hereditate vendita translatum *l. empter.* 5. *eod.* vel denique si pensio sit vendita *l. cùm conuenit* 20. *D. de pign.* Nam cùm æquitas ipsa nihil aliud sit quàm ius verum & præcipuum, vt diximus, quid opus est facto hominis vt actio vtilis inducatur? Cõstat siquidem actiones omnes induci sola iuris potestate in eóque differre ab obligationibus quas necesse est proficisci ex aliquo hominis facto, cùm descendãt omnes ex contractu vel quasi aut ex delicto vel quasi, vt dicemus *ad tit. De oblig. & act.* *tit. De action.* facit *l. quia* 11. *de præs. verb.*

ILLATIO IIII.

De inductis ex æquitate contra iuris rigorem ob publicam vtilitatem.

QVartò ex eodẽ principio fit, quod Iulianus scribit *in l. ita vulneratus* 15. §. *vlt. D. ad leg. Aquil.* multa iure ciuili contra rationem disputandi pro communi & publica vtilitate recepta esse, idque innumerabilibus exemplis probari posse, ex quibus non pauca ad eum locum cõgerit Gothofredus. Æquitatem enim semper æstimat ciuilis legislator ex populi sui vtilitate, legem illam primam duodecim tabularum semper & sine vlla exceptione ante oculos habens, *Salus populi suprema lex esto.* Vnde etiam fit vt ea præcipua & summa ratio esse existimetur quæ pro religione facit, vt eleganter Papin. ait in l *sunt personæ* 43. *De relig. & sumpt. funer.* propterea quòd nihil æquè ad populi salutem pertineat quã quod ad religionis causam & dignitatem pertinet, cùm vt Optatus Mileuitanus dicebat, & religionem in republica & rempublicam in religione esse oporteat. Hinc tot priuilegia dotium, militũ, creditorum prælationis ius habentium, & aliarum huiusmodi personarum, quarum causa publicæ vtilitatis causam adnexam habere intelligitur *l.* 1. *D. solut. matr. l. interest enim* 18. *de reb. auctor. iudic. possid. aliàs l.* 3. *De priuileg. credit.* Inde, quod leges publicè vtiles sunt adiuuandæ interpretatione *l hoc modo* 64. *De condic. & demonst.* quæ contrà inutiles sunt, aut tollendæ prorsus aut restringendæ. *l.* 2. *& vlt. C. de indict. viduit. & leg. Iul. Miscell. tollen.* Inde quòd in testamentis & aliis vltimis voluntatibus plenior fit interpretatio *l. in testamentis* 12. *De regul. iur.* quia publicè expedit suprema hominum iudicia exitũ habere *l. vel negare* 5. *D. testam. quemadm. aper. l.* 1. *C. de sacros. eccles.* Denique ne singula percurramus ad hoc principium referenda sunt quæcumque in libris nostris legimus contra iuris rationem constituta esse propter publicam vtilitatem. Nunquam enim publicæ vtilitatis fauorem pro ratione prudentes adferunt, nisi cùm stricti iuris ratio repugnat, quia nec vnquam fieri potest vt quod publicè vtile est, idipsum etiam æquum non existimetur. Vtilitas pro ratione est *l. in singulare* 16. *cum præced. D. de legib.*

L. ita vulneratus 51. §. *vlt. D. ad leg. Aquil.*

De æquitate verborum quos vocant.

APparet autem ex superioribus, Principium hoc de illa æquitate intelligendum esse quæ iuris scripti duritiem & asperitatem habita circumstantiarum ratione mitigat, quæ iuris scripti præduram & ab humanitatis re-

Digitized by Google

gula alienam interpretationem non admittit, quæ tota posita est *in religione* iudicantis, vt loquitur *l. quæsium* 13. D. *de testib.* quæ subtilitati verborum repugnat *l. si tibi* 20. *in fin. D. de reb. credit.* Quæ in summa opponitur stricto & summo iuri vt homini barbaro politicus & humanus, vt spiritus literæ, inquit Gothofred. *ad d. l. placuit* 8. *C. de iudic.* Denique de ea iuris æquitate quæ ipsa ius est, non merum sed verum. Sunt qui notent aliam quandam esse æquitatem quę dicatur *verborum* de qua *in l.* 4. *C. de obseq. patr. præst.* quę nihil nisi verborũ modestiam significat cùm id agitur vt quod alioqui per se durum & asperum est leniore & mitiore verbo exprimatur, vt si quis patrono & manumissori suo pro vi & audacia abiiciat impatientiam *d. l.* 4. Si maritus vel eius heres ei quæ vxor fuit furtum obiiciat, & res dicat amotas non furto subtractas *l.* 1. 2. 3. *& pass. D. rer. amot.* Si denique filius contra patrem aut libertus contra patronũ ob ipsius dolum agere velit. Non enim de dolo actionem habet sed in factum verbis temperandam ita vt bonæ fidei mentio fiat, quomodo Vlp. loquitur *in l. non debet* 11. *in fin. D. de dolo.* Sed non benè probatur hæc verborum æquitas ex *d. l.* 4. in qua scilicet agitur de atrocitate verborũ, æquitate autẽ petitionis non de verborum æquitate, vt ipsa legis verba probant. Habet tamẽ hęc quoq; verborũ æquitas, quam vocant, suam iuris & æquitatis, vt ita dicam, realis rationem. Quid enim æquius est, quàm sanctum & inuiolatum seruari honorem quẽ filius debet patri à quo vitam, libertus patrono à quo libertatem ipsa etiam vita pretiosiorem acceperit? *l. si superstite* 5. *in fin. C. eod. de dolo*, in illis verbis *propter paternam verecundiam. d. l.* 4. *& tot. tit. C. de obseq. patr. præst. l.* 2. 5. *& seqq. D. eod. l.* 2. 3. *&* 4. *C. de libert. & eor. liber. l. vnic. C. de ingrat. liber.* Quid etiam turpius quàm si turpis actio propter furtum daretur marito in eam quæ aliquando vxor fuisset, nec tantùm diuini & humani iuris socia *l.* 1. *C. de rit. nupt.* sed etiam quod ex illo societatis iure prorsus consequens est, quodammodo domina rerum amotarum *d. l.* 1. 2. *&* 3. in illis verbis *propter reuerẽtiam personarum D. rer. amot. & in l. vlt. ad fin. C. de furt. propter matrimonij pudorem.* Nemo enim nescit verbis quoque iniuriã fieri, adeóque interdum grauiorem quàm rebus & factis ipsis, etsi placet plerisque illud Comici *nunquam verbo satisfacies quod re malefeceris.*

Æquitas verborum in l. 4. C. de obseq. patr. præst.

ILLATIO V.

De Iurisprudentia vtrùm sit an scientia.

QVintò infertur ex hoc eodem principio, Iurisprudentiam propriè nec artem esse nec scientiam, si artem & scientiam accipias eo sensu quo philosophi cùm quærunt An logica, physica, rethorica, & aliæ huiusmodi artes sint an scientiæ. Nam cùm iurisprudentia circa æquitatem potissimum versetur, æquitas autem nullis certis regulis definiri possit, sed pro rerum ac circumstantiarum varietate alia atque alia sit vt supra diximus ex *d. l. de accessionibus* 14. D. *de diuers. temp. præscript.* apparet fieri nullomodo posse vt ius in certam artem redigatur, tantum abest vt quod scientiis omnibus quæ verè scientiæ sunt, proprium est, certis demonstrationibus concludatur. Ideóque nimirum prudentissimè maiores nostri *iurisprudentiam* non *scientiam* simpliciter dixerunt, quoniam in æstimandis rerum omnium quæ vel dicuntur vel aguntur circumstantiis prudentia potissimùm consistit. Ars tamen & scientia quoque dicitur non malè, quoniam habet etiam sua principia

pia ex quibus quid saltē mero & summo iuri consentaneum sit aut contrariū certò sciri potest. Quod summū ius licèt ab æquitate plerumque abhorreat non semper tamen, Et tùm etiam cùm abhorret, inuestigandum tamen est, vel ob hoc ipsum vt sciri possit an æquitati locus esse debeat necne. Non enim fieri potest vt quid æquum sit sciatur, quin priùs stricti iuris ratio intelligatur, non ob id solùm quòd contrariorum omnium natura illa sit vt vnius cognitio ex alterius cognitione pendeat §. 1. *infr. De his qui sunt sui vel alien. iur. leg.* 1. *D. eod.* Sed etiam quia iuris principia maiori ex parte naturalem habent & iustitiam & intellectum, ob idque nec ab æquitate abhorrēt, nec facere possunt aut admittere vt in iis quæ ex eiusmodi principiis pendent, vnquam eueniat quod Symmachus lib. 10. Epistolarum scribit, Causarum siue fortunā siue rationem illam esse persępe vt alius iure superior sit, alius ęquitate. Ex quo intelligimus quàm immeritò & indignè passim hodie Iurisconsulti, ne dicam prudentes, appellentur qui in iuris nostri principiis tam parum sunt versati vt ea ne supremis quidem labris degustasse aut digitis attigisse videātur. Nā si scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem vt Celsus dicebat *in l. scire leges* 17. *D. legib.* quis possit dicere se vim & potestatem tenere legis cuius ignoret rationem? Aut quænam legis ratio esse potest quæ non ex iuris principiis pendeat? Denique in iurisprudentia nostra non minùs quàm in philosophia verum est quod Aristot. *in lib. De demōstratione* scripsit, Scire nihil aliud esse quàm per causas cognoscere. Cúmque nihil è contrario vel stultius sit, vel miserius quàm quid quisque dixerit quærere & curare, fecit tamen seculi nostri infelicitas & imperitia vt Doctorum nostrorum vulgus laboret duntaxat in eo inuestigando quod ab aliis frequentiore calculo traditum & probatum est, negligat verò scire quid tradendum fuerit & probandum. Adeò vt misero litigatori parū hodie prosit quod pro se habeat expressam Papiniani sentētiā si frequētior imperitorum schola à Papiniano dissentiat: contrà quàm à Iustiniano sancitum sit in constitutione *De concept. Digest. §. sed neque ex multitudine.* Inde est quod si quis leguleios istos vel minimum vrgeat vt siue eorum, quæ summa iuris ratione à prudentibus constituta sunt rationem aliquam reddant, siue etiam errorum quos illi quotidie inuita iurisprudentia in praxim inuehunt, nihil habeant illi in ore frequentius, vt se expediant, quàm vt verbum illud Iuliāni vsurpent, Non omnium quæ à maioribus constituta sunt, reddi posse rationem *l. non omnium* 20. *De legibus*, quasi pertineat ea lex ad quaslibet iuris propositiones & sententias, ac non potiùs ad eas duntaxat quæ iuris sunt positiui & constituti, cuius alia nulla ratio est quàm quia sic constitutum fuit, nec tam à prudentibus, id enim est rarius, quàm à Principibus, & aliis qui iuris condendi autoritatem habuerunt, Vt puta si quis quærat, Cur legitima portio quam filio in bonis parentum defunctorum aut parentibus in bonis liberorum deberi placuit, quarta olim fuerit portio successionis ab intestato contingentis, potiùs quàm triens vel semis. Et è contrario cur hodie trientem aut semissem esse pro numero liberorum Iustinianus voluèrit *Nouell.* 18. *De trient. & semiss.* ac non potiùs indistinctè vel trientem vel semissem. Aut, quod videtur esse absurdius, Cur quinque liberis existentibus maior sit singulo-

L. scire leges 17. D. de legib.

L. non omnium 20. De legib.

Digitized by Google

rum legitimà, quàm si quatuor tantùm proponerentur. Habent enim quinque semissem, qui si quatuor tantùm essent, non nisi trientem haberent. Adde *l. cùm ità 94. in princ. & §. 1. De cond. & demonstr.* Iuri positiuo & constituto opponitur commentitiũ, de quo Paulus *in l. si pœna* 20. *De pœn.* sic dictum non quia sit falsum aut mendax vt quidam falsò & mendaciter comminiscuntur, nec quod sit fictitium vt malè Budæus interpretatus est, sed quia non lege aliqua aut à Principe constitutum sit, sed citra vllam constitutionem ab antiquo tempore receptum, cuius vix est vt non aliqua bona ratio reddi possit, quia nec facilè fit vt quod sine lege recipitur, etiam sine ratione recipiatur. Exemplúmque elegans illud est quod in *d. l. si pœna* proponitur. Nam si pœna alicui irrogata sit, ait Paulus receptum esse commentitio iure, ne ad heredes transeat, subindéque rationem reddit quod in emendationem hominum pœna constituatur, quæ mortuo eo in quem constitui videtur desinit. Húcque referri possunt exempla omnia iuris non scripti & consuetudinarij, licèt plerumque eueniat vt multa non solùm sine ratione, sed etiam contra rationem errore primùm inducta, postea longa & inueterata consuetudine inualescant, in quibus non malè vsurpari possit supradicta Iuliani sententia. Non enim ratio quærenda est eius iuris quod per errorem primùm fuerit inductum, neque tamen eo minùs dici ius potest si à tanto tempore receptum sit, fortassis etiam rebus sæpius iudicatis confirmatum, vt in dubium reuocari non possit, sed quod vnum bono iudici & iurisconsulto quasi solatium superest, id tantum caueri debet ne producatur ad consequentias néve in similibus causis obtineat *l. quod verò* 14. *l. quod non ratione* 39. *D. de legibus.* At iuris à prudentibus constituti ratio semper aliqua est, nec aliis quàm imprudentibus & ignaris incognita, adeò vt in hunc vsque diem vix vnum aut alterum exemplum adferre potuerint doctiores *ad d. leg. non omnium.* Inter quos Iacob. Cuia. *lib. 8. obser. cap. 12. vnum ex l. liberum* 9. *D. de relig. & sumpt. funer.* Parum accommodatè vt scripsimus *in Rationalibus ad d. l. non omnium.*

L. si pœna 20. D. de pœn.

ILLATIO VI.

De æquitate cerebrina.

SExtò infertur ex hoc eodem Principio quod in secunda illatione attigimus, non esse cuilibet permittendum vt æquitatem pro arbitrio sibi fingat, sed eam demum æquitatem dicendam esse quæ vel legibus informata sit, vel à principiis iuris minùs abhorreat. Etsi enim verum est, quod proximè disputauimus æquitatem nullis certis regulis concludi posse, Est tamen ars quædam boni & æqui, quæ non patitur æquitatem vagari prorsus in incerto, aut ex cuiusque cerebro pendére, sed eam semper aliquatenus coniungit cum iure, cuius illa temperamentum est, & quoddam veluti condimentum. Hinc est quod cùm multa iure ciuili constituta essent, quæ certè nimis dura & aspera videbantur, ne dicam apertè iniqua, nec prudentes quantumuis egregij æquitatis magistri & assertores æquitatem illam possent inducere quæ iuri scripto ex diametro repugnaret, necesse fuit Prætoribus permitti vt edictum proponerent, quo tantam

iuris

iuris asperitatem & scrupulositatem vt Papin. loquitur *in l. filio præterito* 17. *De inuist. rupt.* Corrigerent, temperarent, tametsi non potuerint illi iuris ciuilis autoritatem abrogare. Potuerunt sanè adiuuare & supplere quod postremum nec prudentibus facere licuit, quorum quippe munus fuit ius interpretari non supplere, vt suo loco dicemus. Id verò prætoribus vtrumque permissum est vt supplere ius & cotrigere potuerint *propter publicam vtilitatem* vt scribit Papin. *in l. ius autem 7. §. ius prætorium D. hoc tit.* quia publicè vtile est vt æquitatis maior quàm summi strictique iuris ratio habeatur. Inde tot prætorum edicta De in integrũ restitutionibus, De bonorũ possessionibus, De collationibus & alia penè innumera æquitatis potissimùm ratione & veneratione à prudentibus ipsis cõmendata. Cæterũ quod prudentibus non licuit, quomodo tandem aut quo prętextu interpretibus nostris licebit aut iudicibus etiã imperitioribus, vt contra leges disertissimis & apertissimis verbis cõscriptas nouẽ æquitatẽ effingant, quã nec prudẽtes viderint, nec prætores, nec ipsi deniq; Imperatores? Quare nec mirũ est tã sæpe hodiè vsuenire vt inde tot iniuriæ nascantur vnde iura nasci deberent, dum æquitatis prætextu tã imperitè ius tractatur, vt nulla iã ars boni & æqui esse videatur. Fateor bonum iudicem nimios istos & altiores iuris apices rimari non debere *d. l. ita vulneratus* 51. *§. vltim. ad leg. Aquil. leg. si fideiussor* 29. *§. quædam* D. *mandat.* neque admittere varias subtilitates *leg. sicut* 8. *§. non videtur in fin.* D. *quibus mod. pignor. vel hyp. soluit. leg. si imperialis* 12. *§. 1. C. de legib.* tanquam odiosas & ipsis etiam legibus improbatas *l. cùm antiquitas* 13. *C. de vsufruct. l. sancimus* 7. *C. ad SC. Trebell. leg. iubemus* 6. *C. de natur. liber. l. vltim. C. de interdict. matrim. int. pupill. & tutor.* Fateor Iurisconsultum non modò æquitatis fautorem esse debere, vt & omnes legum conditores *leg. hac lege* 8. *C. de pact. conuent. tam sup. dot.* sed & ita affectum, vt ius augeat quantum potest, quia nec aliter constare ius potest quàm si per iurisperitos quotidie in melius producatur *leg.* 2. *§. post originem* 13. D. *de orig. iur.* Sed nego permittendum esse cuilibet vel minimo leguleio vt obtentu æquitatis contra manifestam iuris rationem, & contra leges de iure respondeat, vel pronunciet. Si quando enim talis casus contingat vt lex dura alioquin & iniqua emendanda sit, Princeps consulendus est, ad quem solum pertinet vt inter ius & æquitatem positam differentiam & interpretationem inspiciat *leg. 1. C. de legibus.* Facit *l. leges sacratissimæ* 9. *l.* 11. *eod. leg. ordine* 15. D. *ad municip.* Eoque pertinent tot Imperatorum rescripta quæ nouum ius ex æquitate induxerunt, quod alioqui sola prudentum autoritate induci non potuisset *leg. ex facto* 17. *leg. mulier* 22. *§. Brasidas leg. Imperator* 50. *l. Titius* 54. *l. qui filium* 74. *ad SC. Trebell. l. licet* 74. *l. filiusfamilias* 114. *§. vt quis heredem de legat. 1. l. vnum ex familia* 67. *§. vlt. de legat. 2. l. Pamphilo* 39. *de legat. 3. l. si cui* 92. De *cond. & demonst. l.* 4. De *vulgar. & pupill. sub. t.* aliáque huiusmodi propemodum infinita.

l. ius autem 7. §. ius prætorium hoc tit.

ILLATIO VII.

De officio Iureconsulti vt de iure respondeat non de facto.

SEptimò infertur ex hoc eodem principio Iurisconsulti munus & officiũ ille vt de iure tantum non etiam de facto respondeat. *l. idem erit.* 16.

De ſtat.homin. Quod etſi prudentibus antiquis omnibus commune fuit, Scæuolæ tamen multò familiarius, Cuius elegantiſſima reſponſa ferè omnia clauſulam illam habebant ſecundum ea quæ proponerentur vt appareret eum non de facto ſed ad factum reſpondere. Ex facto enim, vt vulgo aiunt, ius oritur *l.vt reſponſum* 15.*C. de tranſact.l.ſi ex plagis* 52.*§.1. ad leg. Aquil.* Quòd ſi meram facti quæſtionem propoſitam videret, vel nihil aliud reſpondebat niſi quod *in l.Seia* 20.*§.vlt.de inſtruct.& inſtrum.legat.Non de iure quæritur*, vel ita reſpondebat quaſi de iure quãuis apertiſſimo potiùs quàm de eo quod in plicitam haberet facti quæſtionem interrogatus videretur vt in *l.à teſtatore* 109. vbi hac de cauſa ſummopere laudatur à Claudio *D.de condic.& demonſtra.l.qui Romæ* 122.*§.Agerius De verb .obligat.* quarum legum interpretatio pleriſque obſcuriſſima viſa eſt, non alia ratione quàm quia ad hunc Scæuolæ morem prudentiſſimum non reſpexerunt. Hinc etiam eſt quod Vlp.ſcribit *in leg eum quem temerè* 79.*§.1.De iudic.* iudicibus qui lem de iure dubitantibus reſpondere Præſides ſolere, ſed de facto conſulentibus non debere præſides conſilium imperture, verùm iubere eos prout religio ſuggeret, ſententiam proferre. Et ratio huius illationis eſt, quia cùm ius ſit ars, eorũ quæ in facto cõſiſtũt ars nulla eſſe poteſt. Quod elegãter Neratius *in l.2.De iu.& facti.ignor.* ſic expreſſit, Ius, inquit, finitũ id eſt certũ eſſe & poteſt & debet, At facti interpretatio plerũq; etiã prudentiſſimos fallit, Vnde fit quod cadẽ lex ait vt in omni parte error in iure non eodẽ loco quo facti ignorãtia haberi debeat. Iuris enim ignorantia non prodeſt acquirere volẽtibus ne quidẽ fœminis, licèt ſuũ petẽtibus non noceat *l.iuris ignorantia .7.& ſeq.eod.* facti verò ignorantia prodeſt etiam ad vſucapiendum *l.iuris ignorantia* 4.*eo.* Iuris error indebiti ſoluti cõdictionem nõ inducit, error facti inducit *leg.cùm quis* 10.*C.eod.* Denique ſtultus dicitur qui errat in iure *leg. regula* 9.*§.pen.eo.* at non ſimiliter qui errat in facto. An quia præſumatur quilibet ſcire iura, vt vulgo creditur? Minimè. Nam & iuris peritiſſimos pleroſque erraſſe ſcimus, eámque ob cauſam aliquando variaſſe, & inter cæteros Papinianum non ſolùm in ea ſpecie quam Iuſtinianus tractat *in l. vlt. §. ſed cum in ſecundam C.de furt.& ſerv.corrupt.* ſed etiam in quæſtione *l. ſi vendator* 6.*in fin* Iunct.*l.ſeq. De ſerv.export.* item Iulianum *l. tutor* 19.*§.vlt.D.ad S.C.Velleian.* Scænolam vt refert Vlp.*in l.qui bona* 23.*§. vlt. De acquir. rer.domin.* Mæcianum etiam adeóque ipſos Imperatores in ſpecie *l.Diui fratres* 17.*D.de iur.patron.* Sed quia nemini permittitur ius ignorare, id eſt non prębet iuris ignoratio iuſtam excuſationem cùm ſciri poſſit adhibito conſilio iuriſperitorum *d.l.regula §.ſed iuris.* Ita vt nec errare videatur qui in iure errat, ſed conſulto potius dare atque ideò donare *l. cuius per errorem* 53. *De reg.iur.* & conſequenter perdere *l. filiusfamilias* 7. D. *de donat.* quod non niſi ſtulti hominis eſt. Ex quo illud fortaſſe fit vt *in d.§.pen d.l.regula*, qui iniure *errant non ſolum ſtulti dicantur, ſed etiam quaſi non errent opponantur errantibus*, his verbis, *nec ſtultis ſolere ſuccurri ſed errantibus.* Solis minoribus & fœminis ius ignorare permiſſum eſt, illis propter ætatis lubricum, his verò propter ſexus infirmitatem *d.l.regula in princip.* id eſt, Culpa illis imputari non poteſt ſi ius ignorauerint, neque id nocere ijs debet. Secundum quam exceptionem intelligi etiam oportet quod de conſtitutionibus Principum nec ignorandis nec diſſimulandis generaliter præcipitur *in l.pen.C.eod.* Sanè quod:

L.Seia 20. §.vlt. De inſtruct.legat.

L.à teſtatore 109. De condic. & demonſtr. l. qui Rome 122.§. Agerius De verb. obligat.

L.2.l.4. 6.7. & 8. D. de iur.& facti. ignor.l.cùm quis 10. C. eod.

L. regula 9. §. pen. D. eo.

quod interpretes aliquando distinguunt inter errorem iuris valde dubij & iuris certi, non est sine ratione. Quamquam de eo latiùs dicẽdum nobis erit suo loco. Illud tantùm hic monendum superest, non solùm prudentes de facto respondere non debere, sed nec leges ipsas in ijs quæ ex facti circumstantiis pendent certum ius vllum præscribere ausas esse, vt in delictorum pœnis videre est *l. aut facta* 16. *per tot. de pœn. & in specie l. vlt. in fin. C. de his quæ ad eccles. confug.*

ILLATIO VIII.

De absurdis aliquando admittendis ne absurdiora sequantur.

OCtauò & vltimò infertur ex eodem principio interdum euenire vt aliquid quod absurdum sit adeóque iniquum iure admitti oporteat, ne alioqui sequatur quid aliud quod absurdius sit, & iniquius vt in specie *d. l. ita vulneratus* 51. *§. penult. D. ad leg. Aquil. l. qui quadringenta* 88. *D. ad leg. falcid.* Sicut enim maior æquitas tollit minorem tùm etiam cum vtraque naturalis est *l. Stichum* 95. *§. naturalis de solut.* ita & è contrario minor iniquitas maiorem: quia quod minus iniquum est licèt simpliciter æquum non sit, tamen ex comparatione eius quod est iniquius, pro æquiore habetur, etsi cauere semper bonus legislator debet quantum potest ne quid absurdi sequatur *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Idque est quod ait iuris regula quoties nihil sine captione inuestigari potest, eligendum id esse, quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties nihil* 200. *de reg. iur.*

l. quoties nihil 200. *de reg. iur.*

CONFVT. I.

De æquitate scripta.

COntra hoc principium pugnat distinctio illa æquitatis à vulgaribus interpretibus tradita *ad d. l. placuit* 8. *C. de iudic.* vt æquitas alia sit scripta, alia non scripta, & scripta quidem præferatur iuris rigori *d. l. placuit*, non etiam ea quæ scripta non sit *ex d. l.* 1. *C. de legib. d. l. prospexit* 12. *D. qui & à quib. manum.* Quos locos quasi inuicem pugnantes non aliter quàm per huiusmodi distinctionem conciliari posse crediderunt, vnde illud etiam factũ est vt ex glossa interpretis dictio, scriptæ, tandem irrepserit *in d. l. placuit.* Prorsus imperitè. Etsi enim penè innumera in iure nostro scripta sunt ad æquitatẽ pertinẽtia, nulla tamen æquitas est aut erit vnquã, quæ scripta dici possit quia nunquam æstimatur ex scripto, sicut nec ipsum ius ciuile quod prudentum autoritate constitutum est *l. 2. §. ita in ciuitate* 12. *De orig. iur.* quomodo ius scriptum strictúmque æstimatur, sed ex naturali ratione & iustitia scripti iuris rigorem temperante. Sic dicimus ius consuetudinarium quod & non scriptum appellatur, ex scripto æstimari non posse, cùm ex solo vsu lõgáque consuetudine totam suam autoritatem accipiat, quæ vel in eo maxime consistit quod in tantùm probatum illud est, vt non fuerit necesse id scripto comprehendere, inquit Paulus *in l. imò magnæ* 36. *de legib.* Et tamen nihil prohibet id scriptum esse, quomodo Parisienses Burdegalenses, Burgundicas & alias multorum locorum consuetudines nunc scriptas legimus quas

l. placuit 8. *C. de iudic.*

Consuetudo scripta.

Digitized by Google

nemo dixerit eo minùs esse ius non scriptum Parisiensium, Burdegalensium, Burgundorum, cùm scriptæ sint non ad ius constituendum, sed ad illud quod iam olim à tanto tempore receptum fuerit probandum ac ne tam facilè ignoretur. Sic testamenta in scriptis appellamus non ea omnia quæ scripta sunt sed illa tantùm quæ ex scriptura vires suas accipiunt. Nam & nuncupatiua omnia quæ hodiè passim fiunt, scribi solent, nec idco tamen sunt in scriptis, sed nuncupatiua quia in iis nuncupatio non scriptura facit heredem, ex cuius institutione testamentum æstimatur, scribuntur autem ad futuram duntaxat rei memoriam, ob idque nec subscriptiones nec signa testiũ exigunt, nec alias sollennitates testamentorum in scriptis de quibus in *leg. hac consultissima* 21. *C. de testam.* Sic denique de iis etiam contractibus qui nudo consensu perficiuntur, scripturam quotidie fieri cernimus, neque tamen eos idcirco contractuum qui *inscriptis dicuntur* iure censemus, quia non ideo scribuntur quòd nec aliter nec priùs eos valere contrahentes velint, quàm scripti & in mundum redacti fuerint, quæ propria contractuum in scriptis natura & condicio est de quibus *in l. contractus* 17. C. *de fid. instrum.* sed gratia tantùm facilioris & expeditioris probationis *l. contrahitur* 4. *D. de pigner. l.* 4. *D. de fid. instrum. l. cum te* 5. *C. de transact.* Eodem igitur modo dicendum est æquitatem ex scripto numquam æstimari, hoc est numquam videri æquum quid posse, ob id solum quod scriptum sit, tametsi multa idcirco scripta sunt tanquam æqua, quòd antequàm scriberentur æqua fuerunt, & ad eum duntaxat finem ne possit quis dubitare quin æquum sit quod Papinianus aliúsve quispiam ex prudentibus aut Imperatoribus æquum esse scripserit. Itaque supradictarum legum conciliandarum alia ratio quærenda non est quàm quæ à nobis allata iam fuit in 2. illatione, vt quoties lex tam apertè scripta est vti ne vllam æquitatis interpretationem ex propositi facti circunstantiis possit admittere, ea omnino seruanda sit quantumuis dura & iniqua, nec per alium quàm per Principem ipsum corrigi ac violari possit. Secus autem si vel proprietas verborum vel saltem ipsa legis ratio & sententia interpretationem aliquam patiatur. Nam cùm iniquitas ex verbis resultat, mens legislatoris potius seruanda est *l. scire* 13. *§. aliud etiam de excus. tutor. l.* 3 *in princip. D. de vsur.*

CONFVT. II.

De legibus & opinionibus iniquis.

PVgnant quoque cum hoc Principio quotquot vnquam fuerunt, sunt, & erunt siue prudentum veterum, siue interpretum nostorum sententię alienæ ab æquitate: non enim possis melius alienam sententiam tanquam iniustam veróque iuri minùs consentaneam refellere, quàm si dixeris & probaueris esse iniquam, vt in specie *l. Iulianus* 42. *aliàs l. si pupillus l. ventre* 84. *D. de acquir. hered.* Nam & ex hac causa ipsæ etiam leges abrogandæ sunt *l. si quis suo* 33. *§.* 1. *C. de inoff. testam. l. cùm quis* 10. *C. de natur. liber.* quasi vitiosæ, vt habet *l. maximum vitium* 4. *in princ. & §. quòd si fuisset vers. & ita vitium permansit* id est, iniquitas *C. de liber. prater.* Multò magis improbandæ legum interpretationes iniquæ, tanquam hoc ipso vitiosæ. Qui sensus videtur esse *l. in ambigua* 19. *D. de leg.* vbi scriptum est, in ambigua voce legis eam capienda

l. in ambigua 19. *D. de leg. ib.*

dam esse interpretationem quæ vicio caret. Benignius enim leges interpretandæ sunt vt scriptum est *in l. præced.* id est humaniùs & æquiùs, quò voluntas earum conseruetur. Nulla namq; lex est tam iniqua, quæ non videri æqua velit, præsertim aliquo publicę vtilitatis prætextu. Denique ad legum autoritatem id maximè pertinet vt omnis iniquitas expellatur §. 1. *const.* De *concept. Digest. ad Tribon.*

CONFVTATIO III.

De rescriptis iniquis & ladentibus ius tertij, & De plenitudine potestatis ordinaria & absoluta. Et de iure quæsito per actus iuris gentium, aut per actus ciuiles.

PVgnant denique cum hoc eodem Principio rescripta illa omnia Principum, quæ aliquid habent ex iniquo, puta per quæ ius tertij inauditi læditur. Vnde fit vt ita semper interpretanda sint quantum fieri potest ne tertij cuiusquam ius voluisse lædere Princeps existimetur *l.* 2. §. *merito & §. si quis à Principe* D. *ne quid in loc. public.* Adeò vt quamuis rescriptum ab initio valuerit & æquum fuerit, desinat tamen valere ex quo incipit esse iniquum, vt in *leg. ex facto* 43. *De vulg. & pupill. substitut.* Quare & illud ab optimis Imperatoribus Theodos. & Valent. sanctissimè constitutum est, Vt rescripta contra ius elicita ab omnibus iudicibus refutentur, nisi fortè sit aliquid quod non lædat alium, & prosit petenti *l. rescripta* 7. *C. de precib. Imp. offer. l. vlt. & tot tit. C. si contr. ius vel vtil. public. l.* 4. *C. de emancip. liber. l.* 2. *& vlt. D. de natal. restit.* Ne scilicet inde nascatur iniuriæ occasio vnde iura nasci debēt, inquiūt iidē Impp. *in l. meminerint* 6. *C. vnde vi.* Duæ siquidem illæ iuris regulæ quarum altera habet, Id quod nostrum est sine facto nostro auferri nobis non posse *l. id quod nostrum* 11. *De regul. iur.* Altera, non debere alteri per alterum iniquam condicionem inferri *l. non debet alteri* 74. *eod.* tanta tám que aperta ratiōne naturali nitūtur, vt vix vnquā possint violari nisi ratione publicæ vtilitatis, puta in vsucapiōnibus *l.* 1. *D. de vsuca.* Solēt tamē nostri distinguere hac parte ius quæsitū per actus qui sint ex iure gentiū, & ius quęsitū per actus iuris ciuilis, vt possit Princeps tollere ius quæsitū tertio per actus ciuiles puta per sentētiā, vsucapionē, pręscriptionē & si quid aliud simile est, Nō etiam ius quæsitum iure gentium puta ex contractu. Sic enim notant *ad d. l. vlt. C. si cont. ius vel vtilit. public.* Addunt nisi vtatur plenitudine potestatis absolutæ. Distinguunt enim duplicem potestatem in Principe, absolutam vnam, ordinariam alteram quam longè rectiùs ordinatam possis dicere. Sed mihi videtur idem quod doctissimis plerisque viris absolutam potestatem in bono Principe nullam esse, cámque duplicis potestatis distinctionem Tyranno magis quàm bono Principi conuenire, Ideóque non infacetè aut insulsè qui lā eusmodi potestatē absolutā plenitudinē potestatis appellarūt vt refert Anto. Tessau. in *Decis. Pedemōranis*. Prior sane distinctio defendi probabiliùs potest si de Principis volūtate cōstet quòd ius alteri per actus ciuiles quęsitū tollere voluerit. Alioqui ea sēper interpretatio humanior & equior est vt nō voluisse existimetur. Quod & in prętorib' aliisq; magistratib' obtinet vt beneficia sua nemini vèlint esse captiosa ne hoc ipso fiāt iniqua *l. Paulus nota* 18. *de pret. stipu.* Sic dicimus priuilegia militum ad alienam injuriā

L. id quod nostrum 11. *l. non debet alteri* 74. *De regul. iur.*

De potestate absoluta & ordinaria.

Digitized by Google

porrigi non oportere *l.impuberi* 40. De *admin. & per.tut.* Adde textus elegantes de principali poteſtate *in l.pen. D. de hered.inſt. leg.*1.*C.de his qui ven. ætat.impetr.l.omnium* 19.*C.de teſtam.*

PRINCIPIVM III.

Iuriſprudentiæ Definitio.

l.iuſtitia 10. §.1.*D. hoc tit.*

IVriſprudentia eſt, diuinarum atque humanarum rerum notitia, iuſti atque iniuſti ſciẽtia *l.iuſtitia* 10.§.*vlt.D.hoc tit.* Legum enim autoritas illa eſt quæ & diuinas res & humanas benè diſponit, vt præfatur Iuſtin.*in* §.1. *Conſtit.De concept.Digeſt.ad Tribon.* Huius verò principij ratio hęc eſt,quòd ſumma iuris diuiſio illa ſit vt aliud ſit diuinum,aliud humanum,quod vtrumque vnis Pontificibus olim tributum erat, penes quos ideo legum omnium interpretandarum ſcientia eſſe credebatur *l.*2.§.*deinde ex his legibus* 6. *verſ. omnium tamen De orig.iur.* Ad eos namque de omnibus & diuinis & humanis rebus referebatur,vt teſtatur M.Tullius lib.3.de Oratore.

ILLAT. I.

De coniungenda ſcientia iuris Pontificij & ciuilis.

EX hoc principio fit,vt etiam hodie qui Iuriſconſultus dici velit,eum neceſſe ſit vtriuſque iuris ſcientiam profiteri, Pontificij ſcilicet, & ciuilis, quorum illud totam ferè theologiam,hoc verò ciuilis diſciplinæ præcepta complectitur.Quamquam inter vtrumque tanta coniunctio & adfinitas eſt, vt de iis etiam penè omnibus quæ ad fidem & religionem pertinent expreſſas habeamus in Codice Iuſtiniani conſtitutiones Imperatorum qui fuere Chriſtiani.Adeò vt non abs re,neque inſulsè quidam ætate noſtra ſcripſerit, Bonum Iuriſconſultum hæreticum eſſe nullomodo poſſe. Neque enim bonus fuerit Iureconſultus qui ad ſanctiſsimas Imperatorum leges quæ tot extant ſub *tit. De ſumma Trinitate & fide Cathol. De ſacroſ.Eccleſ.De epiſcop. & cleric. de epiſcop. audient. de hæret. & Manich.* & aliis qui ſequuntur libro 1.Cod.& in Nouell.Iuſtiniani (quibus probatur apertiſsimè iã tùm eam ipſam fuiſſe toto terrarum orbe quæ nunc eſt, chriſtianã & catholicam fidem) nihil aliud reſpondere velit quam tot tantóſque Imperatores romanæ eccleſiæ diuinum lumen ſecutos in tenebris ambulaſſe.Etſi de iis,quæ ad ſacroſanctam religionem pertinent, non leges ciuiles, ſed ſacros canones ſequi debemus, & ex ijs fidei noſtræ dignitatem ac veritatem ſtabilire.

ILLAT. II.

De Iuriſprudentia ſacris & ſanctitate.

*l.*1.§.1.*hoc tit.*

SEcundò ex hoc principio fit, vt non immeritò quis nos iuris ſacerdotes appellet, quemadmodum Vlpianus ſcribit *in l.*1.§.1.*hoc tit.* Nam ſi ſacerdos ille eſt qui & ſacra docet, & ſacris vacat *l.non diſtinguemus* 32. §. *ſacerdotio De recept.qui arbitr.* An non ſacra docet qui iuſtitiæ præcepta tradit? An non ſacris vacat qui iuſtitiam colit? Hanc enim rationem Vlpianus reddit, cùm ſtatim ſubiungit *Juſtitiam namque colimus* ad id, vt videtur, alludens quod Heſiodus ſcripſit, Iuſtitiam Dei Opt, Max. filiam eſſe,quæ ſi in terris non

non colatur, in cœlum protinus ad patrem euolat, de mortalibus vindictam petitura & impetratura. Hinc leges ipſæ ſacratiſſimæ dicuntur *l. leges ſacratiſſimæ 9. C. de legib.* Hinc religio iudicantis *in l. cum quem 22. verè 79. §. 1. D. de iudic. l. quæſitum 13. D. de teſtib. leg. Diuus Hadrianus 33. D. de re iudicat.* Hinc denique Papinianus vt Imperatorem ſuum Antoninum laudet eximiè, vocat religioſiſſimum iuris *in l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2.* Neque valde alienum eſt quod addit Vlp. *in d. §. 1.* Iuriſconſultos veram philoſophiam profiteri non fucatam & ſimulatam affectare. Aliæ namque philoſophiæ partes in contemplatione ferè totæ verſantur. Hæc noſtra, tanquam quæ & moralem & politicam adnexam habeat, totáque ad iuſtitiæ adminiſtrationem referatur in actione conſiſtit, in qua & præcipua laus virtutis, vt Ariſtoteles ſcribit. Qua de cauſa non poſſum facere quin quod grauiſſimis pleriſque viris viſum eſt, id etiam mihi videatur, multo fore decentius ſi Iuriſcõſultis noſtris honoraria de publico exhiberentur, ea lege vt ne quid priuatim acciperent ab iis à quibus conſulerentur. Non eſſent qui nobiliſſimum Aduocatorum ordinem, venale genus hominum vultureſque togatos appellarent. Quid enim fœdius, quàm cuiuſque deſiderium & profeſſionem inter ſe diſcrepare, & eos qui ſe philoſophos profiteantur, auaritia vinci ac rapacitate, quemadmodum ei qui ſe philoſophum iactabat, exprobrant Imperatores in *l. profeſſio 6. C. de numer. patrim. lib. 10 tit. 41.* Eſt enim philoſophia res religioſa, & quę à profeſſoribus ſuis id primùm exigit vt mercenariã operã ſpernãt *l. 1. §. an philoſophi D. de extraor. cogni.* vbi de iuris ciuilis profeſſoribus ſubinde tractãs Vlpianus ait, quod ad rem noſtram valde pertinet, ſanctiſſimam rem eſſe ciuilem ſapientiã, ſed quę precio nũmario non ſit æſtimanda, nec dehoneſtanda, quod fieret ſi in iudicio honor peteretur, qui in ſacramẽti ingreſſu offerri debuit. Multa enim inhoneſtè peti, quę honeſtè accipiũtur. Vbi obſeruãdũ eſt *honorem* dici quod ad iuriſcõſultos id, quod in cęteris perſonis ſalariũ mercéſq; laboris appellatur, Vnde & in eadẽ lege paſſim Vlp. *honorariũ* vocat quod aduocatis pręſtatur. Etſi iã olim lege Cincia vetitũ erat, teſte Corn. Tacito lib. 11. ne quis ob orandã cauſam pecuniã donúmve acciperet. Sanè laudabile vitæq; hominũ neceſſarium aduocationis officiũ, & maximè principalibus præmiis remunerandũ eſſe prędicat Anaſtaſius in *l. laudabile 4. C. de aduo. diuer. iudiciũ.* multáq; in eorũ laudem præclarè dicta videre eſt *in l. aduocati 14. C. de aduoc. diuerſ. iudicior.* Multa è contrario in eorũ odium qui cauſas orãt vt ad turpe cõpendium ſtipémq; deformem hanc arripiant occaſionẽ non vt laudis per eam augmenta quęrant *in l. quiſquis 6. C. de poſtul.* vbi additur, *Nam ſi lucro pecuniáque capiantur, veluti abiecti atque degeneres inter vilißimos numerabuntur.* Quamquã inde iam ab ipſis prudentum tẽporibus ita obtinuiſſe vt aduocatis liceret honorarium à litigatoribus accipere dum ne licitum modũ egrũederentur apparet manifeſtiſſimè ex Vlp. *in d. l. 1. De extr. cognit. iunct. l. ſi ſub ſpecie 3. & l. ſi qui aduocatorum 5. C. de poſtul. l. properandum 13. §. pen. ver. honorariis C. de indic. l. 15. eod.* De iudicibus qui ſe furtis & ſceleribus maculaſſe fuerint conuicti, lex eſt Imperatorum Grat. Valent. & Theod. vt ablatis codicillorum inſignibus & honore exuti inter peſſimos quoſque & plebeios habeantur, nec ſibi poſteà de eo honore blandiantur quo ſe indignos iudicauerint *l. iudices 12. C. de dignit. lib. 12.* Quis enim ſacrilegos iſtos ferat

L. 1. §. an philoſophi D. de extraor. cogni.

qui tam sacram rem adeò profanè tractauerint?

De duplici iuris differentia, Publici & priuati.

COnuenit etiam hoc Principium iuris cum quinto de quo posteà dicemus, quod habet, Tetius iuris nostri duas esse positiones, Vnum publicum esse, aliud priuatum. Nam cum publicum illud sit, quod ad statũ rei Romanę spectat, quódq; in sacris sacerdotibus, & magistratibus cõsistit vt Vlp. tractat in *d.l.* 1. §. *huius studij hoc est*, apparet iurisprudentiam quæ vtriusq; iuris notitiam præferat, non minùs ad diuinas quàm ad humanas res pertinere. Quod autem addimus cum eodem Vlp. *in d.l. iustitia* 10. §. *vlt.* iurisprudentiã esse *iusti atque iniusti scientiam*, non pugnat cum eo quod superiore Principio diximus, iurisprudentiã, aut potiùs ipsum *ius* esse artem boni & æqui. Nam vt diputauimus, vtrumque minùs propriè dictum videri debet, non exactè ad eas quę probari solent artis & scientię definitiones. Et scitè Iacob. Cuiac. posse ius dici scientiam vel artem æqui & iniqui, Artem enim esse eorum quę sciuntur.

L. 1. §. huius studij D. hoc tit.

L. iustitia 10. §. vlt. eo.

ILLATIO III.

De perfecto Iureconsulto.

TErtiò ex hoc Principio infertur, Non posse fieri vt quis perfectus Iurisconsultus dici possit nisi qui rerum omnium & diuinarum & humanarum cognitionem habeat, potissimùm verò perspectam verborum & rerum significationem. Ex qua nimirum vniuersa propemodum iuris nostri principia pendere semper existimaui. Vnde est quod in ea re prudentes illos veteres tantopere insudasse constat ex eleganti illo *tit. D. de verb. & rer. signific.* Vix enim vlla in iure nostro potest occurrere quæstio, quam non vel ex verbi proprietate, vel ex ipsa rei per verbũ significatæ natura & substantia decidi oporteat: Quam in rem Definitionum vsus præcipuus est, ex quibus de vnaquaq; re quid illa sit sciri potest, & quasi eo per quiditates, vt philosophi loquuntur, id est per essentiales proprietates & differentias fieri necesse est. Has enim definitiones hic intelligo nõ iuris regulas illas de quibus accipiẽda est *Loannis definitio 202. De reg. iur.* Aut quas vulgo nostri vocant Decisiones, in quo sensu nomen Definitionum sumpsimus in Codice nostro Definitionum forensium & Rerum in sacro Sabaudiæ Senatu tractatarum.

De verb. & rer. signific.

CONFVTATIO I.

De Iureconsulto hæretico.

COntra hoc Principium peccant vt iam diximus illi primùm qui cùm se Iureconsultos audiunt dicere, hæreticorum tamen nugas & ineptias his præsertim nostris temporibus pro religione sequi non erubescunt. Et sanè cùm ad capessendam iurisprudentiã nihil omnino sit quod tantam vim habeat quantam si cui à Deo Opt. Max. datũ sit vt præclaro excellentique non tã ingenio quàm iudicio polleat, quis bonos Iurecõsultos credere possit eos qui tãta iudicij laborent inopia vt noui vnius aut alterius hominis peruersi, & vt plurimùm imperiti opinionem, consentienti à tot seculis Ecclesiæ totius

Digitized by Google

totius ſacroſanctæ vnitati & doctrinæ præferendam eſſe arbitrentur?

CONFVTATIO II.

De bonarum literarum imperito Iuriſprudentiam profitente.

ITem illi qui ne quidem primas ferè literas, vt ita dicam edocti, nulliſque philoſophiæ, logicæque rudimentis imbuti, ſed planè illotis manibus vt Caius loquitur *in l. 1. De origin. iur.* ad hęc noſtra iuriſprudentiæ ſtudia præcipites ruunt, Ex quo fieri neceſſe eſt quod eucnit quotidie, vt erroribus & tenebris non ſeipſos tantùm ſed ipſam quoque iuriſprudentiam inuoluãt, quæ quandiu per huius generis homines tractabitur, quid aliud obſecro ſperare poſſimus, quàm totius iuris miſeram perturbationem, nihil niſi lites in tribunalia, & in ſcholas iurgia inuecturam? Deceret ſi ommino fieri poſſet eos qui iuriſprudentiam profiteri volunt prius noſſe omnia ſine quibus fieri nequeat vt in præclaros Iureconſultos vnquam euadant. Quàm multa enim ſunt ab interpretibus noſtris perperã tradita & explicata, ſola non dicã græcæ, ſed & quod lõgè intolerabilius eſt latinæ linguæ, & hiſtorię & antiquitatum romanarum ignoratione? Quale inter cætera illud eſt ne omnia cogerã, quod *in l. is qui* 11. *§. ſi ἀνδρόγυνος. D. de pignor.* pro græco illo nomine viri boni omnes ante Alciatum legerunt *amphora*, multo prudentiùs facturi ſi hoc etiã loco vſurpaſſent quod tam ſæpe Accurſ. *Græcum eſt, nõ legitur.* Item quod Bart. & poſt eum cæteri tractant ad *l. 1. D. de oper. noui nunciat.* Vlpianũ trecẽtis antè Chriſtum natum annis floruiſſe, & alia eiuſdem elegantiæ penè innumera, commiſeratione ni fallor quàm riſu digniora. Denique ſicuti iuſtitia virtutes, ita & iuriſprudentia ſcientias omnes in ſe vna, ſi perfecta ſit, complectitur.

PRINCIPIVM IV.

Iuſtitiæ definitio.

IVſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas ius ſuum cuique tribuendi d. l. iuſtitia 10. D. hoc tit. Definitur enim hîc non huius aut illius hominis iuſtitia in concreto, ſed iuſtitia ipſa in abſtracto quatenus eſt habitus animi ad id tantùm quod iuſtum ſit faciendum comparatus. Etſi enim perdifficile eſt vt tam conſtanter & perpetuò iuſtus quis ſit, ne vnquam à recto iuſtitiæ tramite deuiet (homines enim ſunt quotquot in terris iuſtitiam colũt, ideóque errandi facilitate ad lapſum procliues, cùm iura omnia noſſe omniúmque memoriam tenere diuinitatis ſit magis quàm humanitatis, In nullo autem aberrare ſeu in omnibus irreprehenſibilem & inemendabilem eſſe diuinæ ſolius non etiam mortalis ſit conſtantiæ vt Iuſtin. ſcribit *in conſtit. ad Senatum* incip. *Dedit nobis Deus §. ſi quid autem* 13. *& 9. ſed etſi* 16.) fieri tamen nihil prohibet quin bonus vir & iuſtus tùm etiam cùm per errorem malè & iniuſtè iudicat, conſtantem nihilominùs illam retineat & perpetuam voluntatem ius ſuum cuique tribuendi, ſine qua nec iuſtum nec philoſophum poſſit ſe dicere. Nam à philoſopho exactam

Z. *inſtitia*

grauitatem perpetuámque conſtantiam deſideramus *l.ſi quid venditor* 18. *D. de ædilit. edict.* Iam autem diximus Iuriſconſulti proprium illud eſſe vt verã non fucatam & adumbratam philoſophiam profiteatur. Itaque non poſſum probare quod ad hanc iuſtitiæ definitionem quoſdam notare video, cõſtantiam illam perpetuæ voluntatis quomodo loqui mauult Cuiacius, cum aliquo temperamento accipiendam eſſe acſi ageretur de ſeruo vendito quẽ conſtantem eſſe venditor affirmaſſet, vt *in d. l.ſi quid venditor.* Nullum enim hac parte temperamentum adhibere poſſis quin tantundem de iuſtitiæ præſtantia & dignitate detrahatur. Satisfacit iuri venditor ſerui, ſi præſtet cũ non valde ſapientem, dummodo non ita fatuum & morionem vt in eo rationis vſus nullus ſit *l.4.§.idem Pomponius eod.* Item ſi cum quem artificem promiſit vel dixit præſtet peritum ad aliquẽm modum licèt nõ vtique & vſquequaque perfectum *l.ſciendum* 19.*§.illud eod.* Sed nullomodo iuſtus eſt qui non valde nec niſi ad certum vſque modum iuſtus eſt, Etſi non ignoro à Sapientẽ dictum *noli eſſe nimiùm iuſtus* ſed longè alio ſenſu, à Theologis petendo, non à noſtris Iureconſultis qui non alium iuſtitiæ modũ agnoſcũt quàm iuſtum eſſe ſine modo, vt de amandi Dei modo Diuus Bernardus ſcripſit, alium amãdi modũ nullum eſſe quàm amare ſine modo. Sic & iuris ſcientiã à Iureconſulto exigimus pleniſſimam & abſolutiſſimam, non etiã à cæteris nẽ tũ quidẽ cùm iuris ignorantiam iis imputamus, vt Paulus ſcribit in *l.in bonorum* 10. *D. de bonor. poſſeſſ.* Denique non ille iuſtus eſt qui iuſta ſemper facit & vnicuique ius ſuum perpetuò tribuit, ſed qui conſtantem & perpetuã habet, quod in optimi cuiuſque arbitrio & facultate eſt, ſuũ cuique tribuendi volũtatem. Quare ſicuti nemo diceret iuſtum hominem qui non niſi caſu benè iuſtéque iudicaret, ſi neque peritiam, neque voluntatem bene iudicandi haberet (nam & ſæpe fit vt caſu obtineat qui ſuccumbere deberet *l.poſthumus* 6.*§.ſi quis D. de inoff. teſta.*) ita nec iniuſtus eſt dicendus, qui malè aliquandó iudicauit ſi modo benè iudicandi conſtantem & perpetuam retinuit voluntatem, nec tanta iuris imperitia lapſus eſt vt ei quicquam imputari poſſit. Præſertim cùm non ſemel tales caſus incidant in quibus non ſolùm ius cum æquitate, ſed ipſa etiam iuſtitia cum ſeipſa, & æquitas cum bona fide pugnare videatur vt *in l.bona fides* 31. *D. depoſit.* Nam ſi ius dicitur etiã quod iniquè decernitur relatione ſcilicet facta nõ ad id quod prætor aut iudex fecit, ſed ad id quod facere debuit, tùm quoque cùm noluit *l.pen. D. hoeti.* iũct. *l.ſeruo* 65.§. *cum prætor D. ad SC. Treb.* quanto magis iuſtũ dicere poſſumus etiam eum, qui iniuſti quid egerit, dum ne iniuſte, id eſt, dum ne eo animo vt iuſtitiam offenderet? Rideo autem cùm à nonnullis diſputari video, An hæc diffinitio ad iuſtitiam diuinam pertineat, an ad humanam. Et rideo magis, cùm eos audio concludere diuinam duntaxat iuſtitiam hic diffiniri, quaſi nõ poſſit tanta illa conſtantia perpetuæ voluntatis humanæ iuſtitiæ conuenire. Sic enim ratiocinatur Franciſc. Hotomanus, Parum certè ſubtiliter, vt ex proximè dictis apparet. Ex iis porro verbis *ius ſuum cuique tribuendi* iuſtitiæ dignitatem cólligere licet. Vna enim illa eſt, & ſola ex omnibus virtutibus quæ alienum bonum ſpectat, vt Ariſtot. tractat toto ferè lib. 5. Ethic.

l. in bonorũ 10. D de bonor poſſeſſ.

l. bona fides 31. D. d. poſ.

ILLA-

ILLATIO I.

De iudice malè iudicante per ſordes aut per gratiam & faciente litem ſuam.

EX hoc principio illud fit, vt litem ſuam faciat iudex non ſolùm qui per ſordes aut gratiam malè iudicat, ſed & qui per eam iuris imperitiã quæ excuſationem nullam mereatur *l. filiusfamilias* 15. *in princip. & §. 1. D. de iudic. l. vlt. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* Hac ſola differẽtia, quòd ſi per ſordes aut per gratiam laborat etiam infamia *l. iudices* 12. *C. de dignit. libr.* 12. non item ſi per ſolam imperitiam, Etſi vtroque caſu quaſi ex maleficio obligatus intelligitur *l. vlt. D. de extraor. cognit.* Sanè illa etiam differentia eſt inter ſententiam iniuſtam quæ per ſordes aut gratiam lata ſit, & eam quę per iuris imperitiam, quòd illa ipſo iure nulla eſt, non per appellationis beneficium neceſſariò reuocanda *l. venales ſententias* 7. *C. quand. prouoc non eſt nec.* Hæc verò ipſo iure tenet *l. ſi patronus* 12. *§. ſi quis cùm eſſet de bon. libert. d. l. ſeruo* 65. *§. cùm prætor ad Trebell.* etſi locus ille non tantùm de ea ſententia tractat quæ per errorem lata ſit, ſed de illa etiam, quæ ambitioſè id eſt per gratiam, Vt non malè poſſit quis ſuſpicari odioſiores eſſe ſentẽtias venales, quàm ambitioſas, licèt bono iudici perpetuum illud eſſe debeat vt *nec prece nec precio*. Noſtris tamen moribus vtcumque venalis & nulla ſententia ſit, appellatio neceſſaria eſt, per quam fit vt iuſtitia per ſordes aut gratiam oppreſſa vt loquitur *l. addictos* 29. *C. de appell.* reſtituatur.

L. filiusfamilias 15. §. 1. D. de iudic. l. vlt. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic. L. vlt. de extr. cognit.

ILLATIO II.

De iudice per iuris imperitiam aut nimiam aut non nimiam malè iudicante.

SEcundò ex eodem principio fit vt ſi iudex neque per ſordes aut gratiam, neque per imperitiam inexcuſabilem iudicauerit licèt malè ac perperam iudicauerit, non tamen faciat litem ſuam *d. l. filiusfamilias* & aliis proximè citatis, Alioqui vix reperiretur, qui iudex inferior eſſe vellet, cùm ex ſuperioris iudicis opinione pẽdeat an inferior bene an malè iudicaſſe dicatur, nemo autẽ neſciat non ſemper eũ qui ex appellatione cognoſcit priorẽ ſententiã reformare in melius, ſed ſæpe in peius, vt Vlp. ait *in l. 1. D. de appellat.* Et ſanè non eo minùs iuſtus iudex eſt quod malè iudicauerit ſi modò bene iudicandi & ſuũ cuique tribuendi conſtantẽ & perpetuam habuerit voluntatẽ. Quòd ſi iuſtus, cur ergo condẽnandus? Iuſtum enim non tã ex eo quòd iuſta quàm quòd iuſtè faciat ęſtimamus. Aduerbia autem nõ tã factum quàm faciendi modũ & animum repręſentant. Dices, Cur igitur litẽ ſuã facit iudex qui per imprudentiã iudicat ſi putauit ſe benè, iuſtéq; iudicare? Nimirũ quia nec niſi verbo vult hic iuſtus eſſe, qui non vult ea diſcere quæ ſcire debuerat antequam iudicandi officiũ ſuſciperet. Nec magna culpa caret, tãquã qui ſe immiſceat reiad ſe non pertinenti *l. culpa eſt* 36. *De regul. iur.* Turpe ſiquidẽ eſt non tãtùm patricio & nobili viro vt Quintus Mucius dicebat apud Põponium *in l. 2. §. Seruius de orig. iur.* ſed & cuilibet ius dicenti, aut iudicãti, ius illud ignorare in quo verſetur. Vnde & Vlp. *in l. ſi per imprudentiam* 51. *D. de euict.* imprudentiam errorémque iudicis malè iudicãtis *ſtultitiã* vocat, & ſubinde *iniuriam* ei factã qui perperam & iniuſtè fuerit condemnatus. *Quid re-*

L. ſi per imprudentiam 51. D. de euict.

fert, inquit, sordibus iudicis an stultitia res perierit? Iniuria enim quæ fit emptori non debet auctorem contingere.

ILLATIO III.

Ne quis in sua causa iudicet vel ius dicat.

Tit. C. Ne quis in sua causa iudic. vel ius dic.

TErtiò ex eodem Principio fit quod generali Imperatorum lege constitutum est, Ne quis in sua causa iudicet vel ius sibi dicat *l. vnic. C. ill. tit.* vbi additur, Admodum iniquum esse vt in re propria vllius seruetur licentia ferendæ sententiæ. Vix enim tã iustus quisquã est qui constantem illã & perpetuã suum cuique tribuendi voluntatẽ etiã contra se velit exercere, aut qui non saltem proprij compendij causa facilè sibi imponi patiatur vt in propria causa id iusti & æquum esse putet quod in aliena iniquũ esse fateretur. Vnde illud etiã est vt omnibus quantumuis probatæ famę & integrę vitæ hominibus, dicendi in re propria testimonij, quod multo minus est, facultas denegetur *l. nullus* 10. *D. de testib. l. omnibus* 10. *C. eod.* Huc etiã pertinet quod Vlp. scribit *in l. qui iurisdictioni* 10. *De iurisdict.* eum qui iurisdictioni præest neq; sibi ius dicere debere neque vxori vel liberis suis, neq; libertis vel cæteris quos secũ habet. Cui non est contrarium quod African. ait *in l. in priuatis* 77. *cum l. seq.* in priuatis negotiis fieri posse vt filius patrem iudicẽ habere possit, & pater filium, Ratione illa quod iudicare, munus publicũ sit. In his autem quę ad ius publicum pertinent filius non sequatur ius potestatis *l. nam quod* 14. *D. ad SC. Trebell.* Respondendũ enim est pendere id ex differẽtia quæ olim fuit inter *ius dicere* & *iudicare*, qui enim ius dicebant magistratus erãt non iudices, nec ipsi iudicabãt sed iudices dabãt qui de facto cognoscerent, iisque formulam certis verbis conceptam præscribebant, à qua ne latũ quidem vnguẽ recedere iudici liceret, Vt proinde non esset in potestate aut arbitrio iudicis quam aut pro quo sententiã ferret, Et consequenter nullum in eo versabatur periculum vt contra ius sententia ferretur. Quod in ius dicente diuersum erat cuius officium latissimum nullius formulæ finibus, nec alio quàm legum præscripto continebatur. *l. 1. De iurisdict.* Itaque sublata hodie differentia illa vetere, iniuncta etiã ipsis magistratibus iudicandi necessitate *per l. 2. C. de pedan. iudicib.* abrogata quoque est *d. l. in priuatis arg. d. l. vnic. C. ne quis in sua caus.* Nihil enim hodie frequentius est quàm vt ex causa vel minima dum ne prorsus absurda aut calumniosa recusentur iudices, vt sine suspicione lites omnes procedant *l. apertissimi* 16. *C. de iudic.* Si verò omnium maximè suspecti habentur quos vel credendum vel verendum sit proprij alicuius commodi aut adfectionis gratia in id facilè venturos vt à constanti illa perpetuáque ius suum cuique tribuendi voluntate declinent. Sibi enim & suis quisque fauet tum etiam cùm id se agere putat ne contra iustitiæ regulas fauere velit.

L. nullus 10. *D. de testib. L. omnibus* 10. *C. eod.*

L. qui iurisdictioni 10. *D. de iurisdict. L. in priuatis* 77. *cum seq. D. de iudic.*

ILLA-

ILLATIO IV.

De personis quæ ad iudicij constitutionem requiruntur.

QVartò ex hoc Principio fit, vt non aliter iudiciũ consistere possit quàm si & actor aliquis sit, & reus & iudex. Non enim iustitia in abstracto illa est quæ suum cuique tribuit, sed iudex ad iustitiam administrandam bene datus & benè natus. Et quemadmodum dici solet ius honorarium esse quodammodo viuam vocem iuris ciuilis *l. nam & ipsum 8. D. hoc tit.* ita & non male quis dixerit iudicem quemlibet, veluti viuam iustitiæ vocem esse, nam per eos qui iuri dicundo præsunt effectus rei & iustitiæ accipitur, parumque aut nihil esset ius in ciuitate esse, nisi esset etiã qui iura regerent & ad vsum societatis humanę accõmodarent *l. 2. §. post originem De orig. iur.* Rursus fieri non potest vt iudex suum cuiq; tribuat, nisi adsint litigatores qui de re cõtendunt. Quomodo enim fiat vt iudiciũ adimpleatur, & quid cuiusque sit intelligatur, vna duntaxat parte in ius veniente? inquit *l. 2. C. de adsert. tollend.* facit *l. inter 62. de iudic.* Sed nec litigatores omnes in ius venisse sufficit, nisi etiã audiãtur, cùm alioquin perpendi & adamussim examinari non possit vtri potiore iure nitatur, nisi auditis vtrimq; quibus moueantur, rationibus. Præterquàm si per alterutrius tergiuersationẽ fiat ne intra præscripta tẽpora audiri possint *l. properandũ 13. C. de iudic.* Inde vulgatũ illud sapientis, *Audi partes & reddes iudica.* Inde quod sententia inter auditos tantùm & præsentes ius facit *l. de vnoquoque 47. D. de re iudic.* non etiã inter alios *l. 1. & ult. C. inter alios act. vel iudic. aliis non nocet.* nec in simili quidem negotio *l. vlt. C. quibus res iudic. nõ nocet* quia non exemplis iudicandum est sed legibus *l. nemo iudex 13. C. de sent. & inter. omn. iudic. l. sed licet 12 De offic. præsid.* cùm fieri facilè possit fatque quotidie vt siue iudicis vicio, siue litigatoris, bona quoque causa amittatur *l. si ideo 55. D. de euict. l. Stichum 95. §. pen. D. de solut.* quod autem tale est, vtique saluâ iustitia non potest produci ad consequentias contra eum cui nihil est quod imputetur *arg. l. quod verò 14 l. quod non ratione 39. D. de legib.* Planè si quis ad iudicem ritè ac legitimè euocatus venire noluerit perinde potest condemnari peracto edictorum ordine ac si præsens & auditus fuisset *l. & post edictum 13. De iudic.* nempe propter contumaciam quæ scilicet pro præsentia est, facitque vt absens pro præsente habeatur *l. etiam 29. §. vlt. D. de minor. Auth. quia in prouincia vers. sed sinet ipse C. vbi de crimin. agi oport. Auth. ei qui C. de temp. appellat.* Ex quo illud etiam fit vt non semper condemnandus sit is qui absens est, sed pro eo siue actor siue reus sit aliquando pronunciari oporteat, Nimirum si bonam habeat causam *d. l. & post edictũ*, in cãmq; rem negotium subtiliter & diligenter examinãdũ est, quia & examinaretur si qui abesset adesset *d. l. properandum §. & si quidem vt §. sin autem reus.* Item quia litigatoris absentia per Dei præsentiam repleri debet *§. cum autem eremodicum ead. leg.* Satis enim punitur absentia, & cõtumacia in eo quod etiam absens cõdemnari potest, nec vsquadeò inhumanè cũ eo agendũ est vt omnino debeat cõdemnari *l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Denique extra casum vere contumaciæ neminẽ quãtũuis probrosum & infamẽ indicta causa condemnari leges patiũtur, quod nõ aliter quàm auditis omnibus quorũ interest vocatur fieri posse vt vnicuiq; suũ tribuatur. Excipitur casus cõtumacię, sed eorũ scilicet qui si adessent condẽnari possent. Nam si pupilli aut pupillares esse aut minores quos constat in iudicio stare sine tutoris vel curatoris autoritate non posse *l. 1. 2. & 3. C. qui legit. perst. stand. in iudic. hab.* habentur pro absentibus

L. 2. C. de adsert. tollend.

L. de vnoquoque 47. D. de re iudic. & Tit. C. inter alios act. vel iudic. alius non nocet.

L. & post edictum 13. D. de iudic.

L. 1. C. quomodo & quand. iudic.

Digitized by Google

L. acta 45. §. vlt. & l. cõtra pupillũ 54. D. de re iudic.

& indefensis etiam cùm sunt præsentes, ita vt nulla contra eos sententia proferri possit *l. acta* 45. *§. vlt. D. de re iudic.* Multò igitur minùs si per contumaciã absint pro præsentibus haberi debebunt, idcóque propositum contra eos peremptorium nihil momenti habet *l. contra pupillum* 54. *eod.* Nã cùm contumax ille sit qui tribus edictis propositis vel vno pro tribus quod vulgo peremptorium appellant literis euocatus præsentiã sui facere contemnit *l. contumacia* 53 §. 1. *eod.* consequens est vt non possit esse contumax qui præsens esse non potest nisi eo præcisus modo quo præsens esse posset, id est si tutore vel curatore autore citatus sit ; Ne alioqui plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero. *l. sed addes* 19. *§. vlt. alias l. diem functo D. locat. l. si cibi* 8. *§. pen. De opt. legat.*

CONFVTATIO V.

De sententia lata per iudicem incompetentem.

Tit. C. si à non compet. iudic.

QVintò ex eodem principio fit vt à non competente iudice lata sententia nullius sit momẽti *l. vlt. & tot. ti. C. si à non cõpet. iudica. iudica. eff. dicat.* Quomodo enim potest suũ cuiq; tribuere iudex qui sit incõpetens? Aut quid prodest quod constãtem & perpetuã habeat ius suum cuique tribuendi volũtatem si non habeat etiam facultatem & autoritatem? Siquidem tritum est inanem & vacuã esse voluntatem cui iuris potentia non adsistit *l. 4.* vbi Bald. *D. de acquir. here. l. quoties* 9. *De hered. inst. l. multùm interest* 6. *C. si quis alter. vel sib.* Inde est quod etiamsi soleat dici iura omnia clamare in contumaces, & per contumaciã prorogari iurisdictionem, id est amitti priuilegium eius qui ad prætorem aliúmve magistratum vocatus alium iudicem habere potuit *l. 2. si quis in ius vocat. non ier. l. 5. D. de iudic.* Cõtumaces tamen nõ videtur nisi qui cùm obedire deberent non obsequuntur, id est qui ad iurisdictionẽ eius cui negant obsequi pertinent *d. l. contumacia* 53. *§. vlt. De re iudic.* nimirũ cùm euidens incompetentia est. Ideóque non malè pragmatici iudicis incompetẽtiam appellant nullitatem nullitatum, id est omnium nullitatum quotquot sunt præcipuam & maximam.

L. contumacia 53. §. vlt. D. de re iudic.

ILLATIO VI.

De iis qui iudices dari non possunt.

L. cùm prætor 12. §. non autem D. de iudic.

SExtò ex eodem principio fit, vt neque furiosus durante furore, neque pupillus, neque minor annis duodeuiginti iudex esse possit *l. cùm furiosus* 39. *l. iudex datus* 46. *D. de iudic. l. cùm prætor. 12. §. non autem eod.* vbi Paulus scribit nõ omnes iudices dari posse ab iis qui iudicis dãdi ius habent. Quosdã enim natura impediri, quosdã lege, quosdã moribus. Natura vt mutũ, surdũ, perpetuò furiosũ & impuberẽ. Surdus enim quomodo partes audiet, aut non audi tis partibus ius suũ cuiq; tribuet? Mutus verò quomodo pronũciabit, cùm tamẽ, vt diximus, iudex sit quodãmodo viua vox iustitiæ. De furioso & impubere certũ est iudicio eos carere, nec proinde cõstantẽ illã & perpetuã volũtatem habere posse qui nullã habent. Minor autẽ annis decem & octo, licèt nõ careat iudicio, tamen non tanto præditus est quanto necesse sit ad tantã rem ex dignitate tractandam, cùm ad annum vsque vicesimum quintum cõsilio, iudicio & autoritate curatoris regatur *l. 1. D. de minor. l. quidam consulebat* 57. *D. de*

57. *D. de re iudic.* Propter quam causam lege Iulia cautum est ne minor annis viginti iudex esse cogatur licèt possit esse si velit *l. cùm lege Iulia* 41. *de recept. qui arbitr.* vbi Callistratus ex eo infert nec cogendum esse vt tanquam arbiter sententiam dicat, adeóque etsi maior annis viginti, minor tamen viginti quinque auditorium temerè receperit, in integrum ex ea causa restituendũ esse. Lege impeditur iudex esse qui Senatu motus est, quia infamis & cõsequenter indignus quirem tã sacram tractet. Moribus impediuntur fœminæ & serui, non quia iudicium non habent, sed quia receptũ est vt ciuilibus & virilibus officiis fungi non possint. *d. § non autem.* Possis addere quia neq; muliebris neq; seruilis animus tam constãs, elatus & generosus esse potest quàm esse debet in eo qui iustitiã administrare & ius suũ cuiq; tribuere velit. Vnde illud sapientis, *Noli esse iudex si non vales resistere iniquitati.* Obseruandũ autem est iureconsultum requirere *in d. § non autẽ*, vt non solũ iudex esse possit qui datus est, sed ab eo etiam datus sit qui iudicis dandi ius habuerit, id est qui iurisdictionẽ habuerit *l. 1. & 3. in fin. D. de iurisd.* nõ qui solã iudicãdi licẽtiã nisi à Principe *l. à iudice* 5. *C. de iudic.* Idq; fit ex ea ratione quã superiore illatione diximus, quòd voluntas ius suum cuique tribuẽdi ex qua æstimatur iustitia nullius momenti & effectus esse possit in iudice qui nullam habeat potestatẽ & autoritatẽ. Planè qui cæcus est si aliud nihil impediat iudicandi officio fũgi potest *l. cæcus* 6. *De iudic.* quoniam in eo locũ non habent rationes quas in surdo & muto attulimus. Idem est in furioso cessante furore *d. l. cùm furiosus.* Ex quo apparet verum esse quod supradiximus, perpetuam illã ius suũ cuique tribuendi volũtatẽ non ob id perpetuã dici quòd iustitiæ actus cõtinuos parere debeat, & sine intermissione, sed inspecto animi habitu quẽ sic cõparatũ esse deceat, vt nemini vnquã iniuriã factã velit. Sic dicimus seruitutes omnes etiã rusticorũ prædiorũ perpetuã causam habere debere, nec aliter valere *l. foramen* 28. *D. vrban. præd.* Et tamen constat eas non habere certam continuãque possessionẽ, siquidem nemo tam perpetuò, tam continenter ire aut agere potest vt nullo momento eius possessio interpellari videatur *l. seruitutes* 14. *D. de seruit.* vnde & illas discontinuas seruitutes nostri vocant, non satis subtiliter, quoniam aliud est, causam seruitutis esse perpetuam, aliud esse continuam, vt tractabimus *ad Tit. de seruit.*

l. cæcus 6. eod. tit. De iudic.

ILLAT. VII.

De boni & recti iudicis perpetua constantia.

SEptimò ex hoc Principio fit, quod Callistratus scribit *in l. obseruandum* 19. *§. 1. de offic. præsid.* præsidem prouinciæ (idem est in cæteris magistratibus & iudicibus omnibus) in cognoscendo neque excandescere aduersus eos debere quos malos putat, neq; precibus calamitosorũ illacrimari. Id enim, inquit, nõ est cõstãtis & recti iudicis cuius animi motũ vultus detegit, sed eius potiùs, qui eã qua vsurus est regulã priùs inflectit vt Arist. loquitur 1. *Rhet. i pri.* Quò etiã pertinet illud sapiẽtis *in iudicio non misereberis pauperi* scilicet miseratione quæ faciat vt pauperi tribuas ius diuitis. Suũ enim cuiq; sem er tribuendum est. Putant tamen nonnulli post Ciceronẽ in Lælio, p r. missũ esse iudici quantũuis graui & rigido, vt amico, vel misero homini, adeóque cui velit ex litigatoribus bonã causã opset. Quod ego vereor ne sit nimis periculosum cùm exemplis quotidianis cõpertissimũ sit vel mi

l. obseruandum 19. §. 1. de offic. præsid.

Digitized by Go

nimam iudicis in fauorem huius vel illius litigatoris propensionem facere vt iustitiæ quoque statera æquilibrio suo destituta in eandem protinus partem nulla etiam impellente ratione propendeat, facilè sibi persuadente iudice, interdum etiam salua conscientia, bonam causam habere eum cui bonam optet licèt malam habeat. Nam si vt Plinius dicebat in epistolis, ea iudicantium condicio esse solet vt suæ quisque inuentioni faueat, quanto magis verendum est ne suo quisque voto & desiderio fauere velit? Probarem potiùs quod quibusdam locis obseruari audio vt ipsis etiam litigatorum nominibus circumscriptis sic iudicanda lis iudici proponeretur quasi esset inter A & B non inter Titium & Sempronium, ne quicquam posset occurrere quod iudicis animum alio quàm rationis impetu in hanc aut in illã partem moueret. Quamquam habet ritus ille hoc incommodi, quod plerumque ex qualitate & condicione personarum litigantium, ius ipsum si non nisi rarò prorsus immutandum, plerumque tamen ita suadente æquitate temperandum est, vt dixi ad Princi. 2. in quo tractauimus de æquitate.

ILLATIO VIII.

De præcipitatione cauenda per iudicem inferenda sententia, & lite tamen citò expedienda.

OCtauò ex hoc Principio fit vt nihil magis cauere bonus iustúsque iudex debeat, quàm ne præcipiti festinatione ferendæ sententiæ rem eò deducat, vt ob non bene audita perceptáque alterutrius litigantium iura, nihil minùs assequatur, quàm vt suum cuique ius videatur tribuisse. *l. si quis filio 6. §. quid tamen*, ibi *non pœna festinatione D. de iniust. rup. l. 1. C. de exec. rei iudic.* Vnde pragmatici dicunt, iustitiæ nouercam esse præcipitationem. Et Vlp. *in l. nec quicquam 9. §. circa aduocatos, de offic. præsid.* non alia ratione monet circa aduocatos patientem esse præsidem oportere, quanquam id cum ingenio, ne cõtemptibilis esse, id est ne contemni videatur. Est enim cõtemptibilis quisquis in magistratu constitutus, contemni se patitur, nec ita est affectus vt suæ dignitatis autoritatem etiam ingenio suo augeat *d. l. obseruandum 19. in fin. de offic. præsid.* Denique ad hoc Principium referri possunt quæcunque in libris nostris scripta sunt de magistratuum iudicúmque officio, vt boni iustique sint, & videantur. Inter quæ non extremum illud est vt quod agere iudex debet, quàm primùm agat, interest enim vtriusque litigatoris *l. 1. C. de admin. tutor.*

L. nec quicquam 9. §. circa Aduocatos De off. præsid.

ILLATIO IX.

De iudicio reddendo in inuitum.

NOnò ex hoc eodem Principio fit vt iudicium reddatur etiam in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. De verb. oblig.* Quomodo enim actori suum tribueretur aut etiam reo si eius voluntas exquirenda esset quem condemnari oporteret? Vnde fit quod Paulus ait *in d. §. 1.* si Stichus in iudicio petitus sit, & de alio actor senserit, de alio reus cum petitum videri de quo actor senserit, Nõ quòd in dubio reus non sit fauorabilior actore *l. Arrianus 41. de obl. & act. l. fauorabiliores 95. De reg. iur.* sed quia si actori non crederes, semper reus negaret se consensisse, In eóque differentia perelegans est inter iudicia & contractus. Nã in stipulationibus si de alio stipulator, de alio promissor sẽserit, nihil actũ intelligitur, vt ibidem Paulus ait. Et rationem differentiæ subiungit, *Nam*

L. inter stipulantem 83. §. 1. De verb. oblig.

stipulatio

ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu valet. Iudicium autem etiam in inuitum redditur. quamuis etiã in iudicio quaſi cõtrahatur *l.3.§.idem ſcribit D.de pecul.* Inde etiã eſt quod licèt dici ſoleat in iudicium id venire de quo actum eſt inter litigãtes, periculoſum tamen eſſet ex perſona & voluntate rei hoc reperiri, qui ſemper ne condemnaretur hoc diceret non conueniſſe. Inquit Vlp. ex Celſo *in l.ſolemnis 61. De iudic.* Quid ergo eſt? Melius eſt dicere, ait ille, id venire in iudicium non de quo actum eſt vt veniret, ſed id non venire de quo nominatim actum eſt ne veniret. Sic denique dicimus ſi actor intentione, vel oratione ambigua vſus ſit, id quod ei vtilius eſt accipiendum eſſe (nam ſi ambiguitas nulla ſit aliud eſt vt in *l.vlt. D.de iureiur. l ſi quis intentione 66.eod.*(intentio enim actoris eſt nõ rei *l.2.D.de except.*) quia licet veteribus placuerit ambiguæ orationis interpretationem contra eum fieri debere qui potuit legem apertius dicere *l.veteribus 39. D. de pact. l. Labeo 21. D.de cont.empt.* id tamen locũ habere non poteſt fauore rei iudicio cõuenti, in quẽ etiã inuitum reddi iudiciũ debet. Non enim redditur in actorem, ſed in reũ vrgente actore, ſicut & condemnationis nomen ſolum reum reſpicit non actorem, Non quia ſemper & omnimodo reus cõdemnãdus ſit, ſed quia tùm etiã cùm abſoluitur, non idcirco actor condemnatur, à quo ſcilicet nihil petitur (aliud enim eſſet ſi reconueniretur, ex qua nimirum parte, rei non actoris partes ſuſtineret *l.cùm Papinianus 14 C. de ſent. & interl. omn. iudic. l.in tribus 13. D.de iudic.* (ſed tantùm excluditur & repellitur aut quòd intentionem ſuã non impleuerit, id eſt ſatis plenè non probauerit *l.4.C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* aut per oppoſitam à reo exceptionem cui tum demum locus eſt cùm actoris intentio benè iam probata & fundata neceſſariò excludenda eſt *d.l.2.D.de except. l.qui ex liberis 11.§.vlt D.de bon.poſſ.ſec.tab.*

L. ſolemnis 61. D. de iudic.

L. ſi quis intentione 66. eod. tit.

CONFVTATIO I.

De iudice nolente priorem vnquam mutare ſententiam.

CONtra hoc Principiũ peccãt non ij ſolùm magiſtratus & iudices qui per ſordes aut per gratiam & ambitionem, aut per imperitiam vel præcipitationem ſic ius dicunt vt iniuriam faciant, ſed illi etiam qui hac iuſtitiæ definitione, imperitè procul dubio, ne dicam impudẽter, abuntur vt à iuſti boníque iudicis conſtantia & grauitate alienum eſſe putent, ab ea ſentẽtia quã priùs probauerit, recedere, nec ſi meliorem vel Deus ipſe, vel quæ ſine Deo eſſe non poteſt, melior mens ſuggerat. Quaſi verò iuſta voluntas ſit quæcunque conſtans & perpetua eſt, ac non potiùs è contrario eam demum conſtãtem & perpetuam eſſe oporteat quæ priùs ſit iuſta. Nam ſi veræ ſynceræque iuſtitiæ id vnum propoſitũ eſſe debet vt ſuum cuique ius tribuere velit, quid iniuſtius dici poteſt, quàm ſi in priore ſententia iniuſta perſtare iudex velit, ne videatur inconſtans ſi iuſtus appareat? Variarunt ſæpenumero ipſi etiam prudentes hoc ipſo nobis longè prudentiores vt ſcripſimus ad Princip. 2. illat. 7. Et quemadmodum ſano conſilio, vti creditur, qui malum conſilium reuocat, Ita & iuſto, qui iniuſtum.

CONFVT. II.

Non semper iustè suum cuique reddi.

PEccaret etiam contra hoc Principium, ille qui deportato bona quę is ante deportationem penes alium depositi esset restitui iuberet *l. bona fides 31. depos.* aut ensem suum furioso. Ita enim suum cuiq; ius tribuendum est, vt ex eo nemo lædi possit. Et inter tria illa iuris præcepta *honestè viuere, alterum non ledere, ius suum cuique tribuere* potius est secundum si cum tertio pugnet. Propius enim accedit ad legem illam naturalem quæ totius iustitiæ fundamentum est, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*, quæ sicut prohibitoria est ita & potentior quàm affirmatiua illa contraria. *Quod tibi fieri vis alteri feceris*, cui respondet præceptum illud *Ius suum cuique tribuere*. Sicut autem iustitiæ proprium est suum cuiq; ius tribuere ita & suam cuique pœnam *l. sancimus 22 C. de pœn.* Iniquum enim esset alieno scelere velocio alium prægrauari. *l. si quis suo 33. §. 1. C. de inoff. test.*

PRINCIPIVM V.

Diuisio iuris in publicum & priuatum, & de differentia magistratuum & legum.

L. 1. §. huius studij D. hoc tit.

OMne ius aut publicum est, aut priuatum. Publicum est, quod ad statum rei romanæ spectat, Priuatum quod ad singulorum vtilitatem *l. 1. §. huius studij D. hoc tit.* vbi ratio statim redditur *Sunt enim quædam publicè vtilia, quædam priuatim.* Sensus est ius omne non solùm ab hominibus sed etiam à Deo Opt. Max. non nisi hominum gratia & pro eorum vtilitate comparatum esse sicut & cæteras res omnes *l. in pecudum 28. D. de vsur.* propterea quòd humana societas sine iure ac legibus stare nullomodo possit ne quidem inter barbaros, & latrones, vnde elegantes illæ definitiones legis *in l. 1. & 2. D. de legib.* facit *l. omnes populi 9. hoc tit.* Atqui quicquid hominibus vtile est, id vel publicè vel priuatim vtile esse necesse est, neq; tertium quicquã medium & separatum fingi potest. Consequens igitur est, summam totius iuris diuisionem illam esse, vt ius aliud sit publicum, aliud priuatum. Subiicit Vlpianus Publicum ius in sacris, sacerdotijs & magistratibus consistere, Priuatum verò tripertitum esse, Collectum videlicet ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus. Quod si ita est, ergo triplex illud ius de quo posteà differit, naturale gentium & ciuile priuatum dicendum est non publicum. Et sanè ita est quatenus ad singulorum vtilitatem refertur, neq; enim ad statum rei romanæ pertinet, vt publicum eo respectu dici possit. Itaque errant meo iudicio, qui in hac iuris diuisione *magistratuum* nomine leges quoque intelligunt. Etsi enim lex est quod populus romanus senatorio magistratu puta Consule interrogante constituebat, sicut & plebiscitum, quod plebs plebeio magistratu id est Tribuno plebis interrogante *§. lex est ius prox. De iur. natur. gent. & ciuil.* longè tamen aliud lex est, aliud magistratus. Nam vt magistratus sit in ciuitate ad statum rei romanæ spectat, primò & principaliter, ad priuatorum verò vtilitatem non nisi in consequentiam. At vt hæc aut illa lex feratur, priuatorum gratia potissimum fit, nec

Ius publicũ.

in-

intereſt reipublicæ niſi ſecundariò & per conſequentias, quatenus ex priuatorum vtilitatibus publicam quoque æſtimamus. Quid? An non dicũtur leges eſſe iuris publici? vtiq;. Et nihil apud Iureconſultos frequentius eſt, quàm vt iure publico fieri dicant quod fit ex legibus, vt cùm ſcribunt teſtamenti factionem eſſe iuris publici *l.3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* quia eſt ex lege 12. tabul. *l. verbis legis* 120. *de verb. ſignific.* Ius publicum priuatorum pactis mutari non poſſe *l. ius publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 1. §. *ſi inter De magiſtr. conuen.* Iure publico retentionem falcidiæ competere *l. quod bonis* 15. §. 1. *ad leg. falcid.* id eſt ex lege falcidia quæ non patitur teſtatorem legare ſupra dodrantem *l.* 1. *eod.* Sed his omnibus locis & aliis ſi qui ſunt ciuſmodi *ius publicum* dicunt Iureconſulti longè alio ſenſu quàm Vlpianus in hac iuris diuiſione, ſcilicet non quatenus ad rei romanæ ſtatum pertinet, ſed quatenus commune eſt priuatorum & ciuium omnium. Id enim legum omnium proprium eſt, vt ciues omnes obligent, ob idque generales eſſe debeant *l. iura* 8. *D. de legib.* vt iis conueniat illa legis diffinitio à Papiniano tradita *in d. l.* 1. *de legib. Lex eſt commune præceptum, communis reipublica ſponſio.* Cui addo ex Demoſthene in *l.* 2. *eod. ad cuius præſcriptum omnes qui in ea republica ſunt, vitam inſtituere debent.* Primáque lex duodecim tabularum ea fuit *Priuilegia ne irroganto* ne qua induceretur lex priuata, id eſt quæ ciuibus omnibus communis non eſſet, nec certã perſonã egrederetur. In quo differũt leges à Principũ conſtitutionibus, quarũ aliæ ſunt generales, aliæ ita perſonales vt perſonam ad quam aut de qua reſcriptum eſt non tranſgrediantur, nec ad exemplum trahi poſſint §. *ſed & quod Principi infr. tit. prox.* vbi huius differentiæ rationem adferemus. Itaque *ius commune* plerumque dicunt Iureconſulti, pro eo quod alibi *ius publicum*, vt cùm idem Papin. ſcribit *in l. inter eos* 51. §. *pen. de fideiuſſ.* non videri deceptum eum qui iure communi vſus eſt. Ex quo reſponſo ſũmptum videtur quod Imp. Zeno reſcripſit *in l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.* non intelligi circumſcriptum minorem, qui iure ſit vſus communi. Eodem enim ſenſu ſcriptum eſt in regula iuris Non capi eum qui ius publicum ſequitur *l. nihil conſenſui* 116. §. 1. *De regul. iur.* quomodo & communem vtilitatem pro publica dixit Iulianus in *l. ita vulneratus* 51. §. *vlt. ad leg. Aquil.* Dicitur etiam ius illud perpetuum *in l. ſi duorum* 42. iis verbis *an non facit dolo, qui iure perpetuo vtitur D. de action. empt.* Perpetuum enim eſt quod à lege tanquam à cauſa ſua proficiſcitur, cùm lex non ſolùm perpetuò viuere, ſed etiam perpetuò loqui intelligatur, Vnde illa prudentibus noſtris adeò familiaris locutio *Aut lex, verba legis*, & ſimiles pleræq;. Cæterum & cõmune & publicũ & perpetuũ ius illud dicitur ad differẽtiam eius iuris quòd ex priuatorũ cõuentionibus non niſi priuatim, acquiritur, & in idvſq; tempus quo conuentio effectum ſortita ſit aut ſortiri poſſe deſierit. Qua ratione idem noſter Papinianus eleganter ſuo more ſcripſit *in l. vlt. De ſuis & legit. priuatorum conuentiones legum autoritate non cenſeri.* Sunt tamen etiam leges quædam præſertim in duodecim tabulis quæ alio ſenſu poſſunt dici iuris publici, nẽpe quia pertinẽt ad ſtatũ rei romanæ, vt quæ ſunt de ſacris, de ſacerdotijs, de magiſtratibus: in his enim tribus, vt Vlp. ait, ius publicũ cõſiſtit. Quod ius publicum hoc ſenſu cùm dicimus, non illud ſignificamus quod ſit commune, ſed è contrario quod proprium ſit, ne dicã quodammodo priuatum ipſius reipublicæ. Aliud enim eſt, vniuerſitatis quid eſſe, aliud

l. 1. D. de legib.

Ius commune.

l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.

l. vlt. D. de ſuis & legit.

priuatorum, Aliud esse quid commune, aliud publicum etiam in generali re rum omnium diuisione, Aer est communis omnibus, non publicus, Campus Martius publicus non communis. Vt dicemus latiùs ad *tit. De rer. diuis. lib.* 2. Sic dicimus, quod vniuersitati debetur singulis ex vniuersitate non deberi, nec contrà debere singulos quod vniuersitas debet *l. sicut 7. §. si quid D. quod cuiusc. vniuer. nomin.* Denique ius etiam naturale & gentium dicitur commune ad differentiam ciuilis quod est proprium ciuitatis *l. 6. D. hoc tit.*

ILLATIO I.

De potestate iuris publici in priuatos.

L. ille à quo 13 §. vlt. cũ l. seq. D. ad SC. Trebell.

EX hoc Principio fit quod Vlpianus scribit *in l. ille à quo 13. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Si quis filiusfamilias sit, & magistratum gerat, id est sit prætor fideicõmissarius (de illo enim magistratu loquitur quẽ fauere fideicommissorũ Diuus Claudius in rempu. primus inuexit *l. 2. §. capta deinde Sardinia ver. post deinde De orig. iur.*) patrem suum in cuius potestate sit, suspectã dicẽtem hereditatem cogere posse vt adeat & restituat. Nã vt Hermogenianus subiicit *in l. seq.* quod ad ius publicũ attinet, filius nõ sequitur ius potestatis, id est patrisfamilias loco ipse habetur *l. filiusfamilias 9. D. de his qui sunt sui vel alie. iur.* Facit *l. apud filiumfamilias 18. D. de manum. vindict.* Vbi notãdum est *ius publicum* dici propriè quatenus ad statum reipublicę spectat, & ex qua parte cõsistit in magistratibus. Ad differentiã iuris priuati, id est priuatorũ gratia per legislatorem ciuilẽ introducti, Quale est proculdubio ius patriæ potestatis. Et enim proprium ciuium romanorũ vt Iustin. scribit *in §. ius autem potestatis infr. De patr. potest.* Ideo autem non sequitur filius ius potestatis in iis quæ ad ius publicum pertinent, quod iuris publici causam semper potiorem esse quàm priuati interfit publicè, & consequenter ipsorum etiã priuatorũ, quódque reipublicæ priusquàm parentibus optimus quisque natus intelligitur.

L. 1. §. & generaliter 15. D. de vent. in poss. mitt. l. 19. §. filius De captiu. & post. im.

l. 1. §. & generaliter 15. De vent. in poss. mitt. l. 19. §. filius De captiu. Ortus nostri, inquit Cicero, partem patria, partem parentes, partem amici sibi vindicant, Ergo patria primã & potiorem. Vnde etiam est quod parentis vicem magistratus sustinere dicitur *in l. 4. C. de defens. ciuit.* Item quod ex causa publicæ vindictæ & vtilitatis etiam ob scelus patris interdum bona paternа filiis auferuntur, quamuis alioquin iis debita ratione naturali vt contingit in crimine læsæ maiestatis *l. quisquis 5. C. ad leg. Iul. maiest.* iunct. *l. vlt. D. de bon. damnat.* Denique vt intelligas ius rei publicę potentius esse quàm patrię

L. honor. 14. §. plebeij De muner. & honor.

potestatis, habuit semper respubl. habet nunc, & in perpetuum habebit ius vitæ & nec is in ciues suos, quod parentes iure patriæ potestatis, etsi olim habuerunt, nunc tamen non habent *l. in suis 11. De liber. & posthu. l. vlt. C. de patr. potest.* at ne quidem domini in seruos *§. vlt. Inst. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Vide text. elegantem *in l. honor 14. §. plebeij D. de muner. & honor.*

TIT.

TIT. II.

De iur. natur. gent. & ciuil.

PRINCIPIVM I.

De iure naturali.

DEFINITIO IVRIS NATVRALIS.

IVs naturale est, quod circa eas res versatur quas cætera quidem animantia faciunt solo instinctu & impetu quodam naturæ, homines verò cum ratione. Sic enim omnino accipiendum est quod Iust. scribit initio huius tit. ex Vlpiano *in l.1.§.ius naturale D.eod tit.* Ius naturale esse quod natura omnia animalia docuit, & Ius hoc non humani generis proprium esse, sed omnium animalium quæ in terra, quæ in mari nascuntur, auium quoque commune esse, Denique etiam feras huius iuris peritia, censeri, materialiter scilicet non formaliter. Nam cùm ius omne semper æstimandum sit ex ratione, ita vt vbi ratio non est, ita nec ius sit, quemadmodum diximus illat. 3. ad Princip. 1. tit. superioris, consequens prorsus est quod etiam ibi adnotauimus, vt bruta animantia sicut rationis expertia sunt, ita nec iuris capacia sint, nec iniuriæ, ita vt si quando lædant, & offendant, non iniuriam sed pauperiem facere dicantur *l.1.§.1.D.si quadrup. pauper. feciss. dicat.* Et verò fieri non potest vt quicquam sit iuris naturalis quod non priùs sit iuris, Qualitas enim illa *naturalis* non potest esse sine subiecto *l.3.in fi.D. de capit.minut. l.eius qui 41.versic.quare si nulla D.de reb.cred.* Proinde *edere, bibere, dormire*, & alia similia quæ & homines & bruta animantia omnia peræquè faciunt nõ dicẽtur esse iuris naturalis, quoniam sic ab hominibus fiunt vt à brutis, id est, ex naturæ necessitate potiùs quàm aliqua ratione. Quam si hîc interuenire necesse esset, maiorem vtique in brutis quàm in homine reperiremus. Cæteris enim animantibus à natura illud insitum est vt neque edant, neque bibant, neque dormiant, nisi quantum ad vitam tuendam necesse est, hominum verò plerique & crapulæ & somno ita se dedunt vt videantur credere non ad aliud se natos esse, quàm vt ventrem crapula expleant, diem somno. Húcq; pertinet exemplum illud ab Vlpiano & Iustiniano allatum de maris & fœminæ coniunctione quam nos matrimonium appellamus. Non enim quamlibet maris ac fœminæ coniunctionẽ iuris naturalis esse volunt, sed cum hac adiectione *quam nos matrimonium appellamus*. Nimirum quia sola maris & fœminæ coniunctio hæc est quæ inter homines fit cum ratione. Cæteræ omnes extra legitimas, iustásque nuptias sunt illegitimæ, & sicut rationis non sunt, ita nec iuris naturalis. Idémque est de liberorum procreatione & educatione. Sunt enim istæ quoque iuris naturalis si fiant cum ratione. Itaque pone susceptos liberos, & procreatos ex coitu damnato & nefario. Nullo iure debebitur

l.1.§.ius naturale D.de iustit.& iu.

educatio, adeò vt nec huiusmodi liberis quicquam relinquere pater possit, ne quidem in causam alimentorum, tanquam quos non solùm lex nullomodo agnoscat, sed nec natura ipsa, vt ait Iustin. *Nouell. 89. cap. vlt.* vnde sumpta est *auth. ex complexu C. de incest. nupt.* Alioqui non posset per constitutiones ciuiles immutari id quod esset iuris naturalis *§. vlt. infr hoc tit.* Etsi iuris pontificij æquitate hoc correctum est iniunctáque necessitas parentibus educandi liberos quantumlibet ex damnato coitu susceptos, iisque alimenta relinquendi ne fame pereant *c. cum haberet Extr. De eo qui duxit in matrim.* Nec obstat *l. lex naturæ 24. de stat. hom.* Sic enim accipienda est non vt ex iure naturali sit coniunctio maris & fœminæ extra iustas nuptias, sed vt non eo minùs mater liberos à se vulgo quæsitos agnoscere debeat tanquam naturæ suos, licèt nullo iure susceptos.

l. lex naturæ 24. D. de stat. hom.

PRINCIPIVM II.

De essentia iuris naturalis. Et quantum sit inter rationem naturalem & ius naturale.

IVs naturale æstimatur ex ratione naturali. Nam si ius omne semper ex ratione æstimandum est, consequens fit vt ratio naturalis ea sit, quæ constituit ius naturale. Neque tamen id ita accipi oportet quasi ratio quælibet naturalis sufficiens sit ad inducendum ius naturale. Quid enim si in contrarium alia ratio naturalis vrgeat, eáque fortior & potentior? Exemplis res fiet illustrior. Facit naturalis ratio & quidem non parua, vt pacta omnia quæ nec contra leges nec contra bonos mores sint seruari oporteat *l. 1. D. de pact.* vbi scribit Vlpianus edicti illius æquitatem esse naturalem, quia nihil tam congruum sit fidei humanæ quàm ea quæ inter quosdam placuerint, obseruari: quod & repetit *in l. 1. D. de constit. pecun.* Et tamen si pupillus sine tutoris autoritate aliquid promiserit siue per pactum siue per stipulationem, placet ei nullomodo obligari, ne quidem iure naturali, imo quod magis est nec mutuam pecuniam accipiendo *l. quod pupillus 41. de cond. indeb. l. pupillus 59. D. de oblig. & action.* Nimirum, quia contraria naturalis ratio facit pro pupillo, propterea quòd per naturam ipsam fiat vt pupillus in ea ætate iudicio careat, sine quo efficaciter illum obligari æquum esse non potest. Et est ratio hæc & æquitas naturalis tanto fortior quantò specialior. Specialia enim magis afficiunt, quàm generalia. *l. si quis mihi 25. §. sed vtrum generaliter. D. de acquir. hered. l. 2. C. de serv. pignor. dat. manum.* Nec est contrarium quod plerisque iuris locis scriptum est pupillum etiam qui sine tutoris autoritate promiserit vel pecuniam mutuam acceperit obligari naturaliter, ideóque fideiussorem vtiliter dare posse *l. si pupillus 35. De recept. qui arbitr. l. vlt. D. de iureiur. l. si pupillus 21. D. ad leg. falcid. l. cùm illud 25. §. heres meus D. quand. dies legat. ced. l. 1. D. de nouat. l. in numerationibus 44. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis D. de solut.* Aliud enim est obligari quē naturaliter, aliud verò obligari iure naturali, aut, quod idem est, natura. Obligatio namque naturalis tota æstimatur non ex iure naturali, sed ex facto solo quod naturalem aliquam inducat æquitatem, cùm illo etiam casu quo ius naturale inducitur ex ratione naturali, rationem ipsam & æquitatē naturalem (nihil enim inter vtramque interest, quamuis interfit inter rationem iuris ciuilis & æquitatē natu-

De naturali obligatione pupilli.

l. quod pupillus 41. D. de condict. indeb. l. pupillus 59. De oblig. & action.

l. si pupillus 35. De recept. l. vlt. D. de iureiur. l. si pupillus 21. D. ad leg. falcid. l. cùm illud 25. §. heres meus D. quand. dies legat. ced. l. 1. D. de nouat. l. in numerationibus 44. l. Stichū 95. §. naturalis De solut.

naturalem) præcedere sit necesse. In eámque rem textus est perelegans *in l. nec seruus 41. D. de pecul.* vbi scriptum est, nec seruum quicquam debere posse nec seruo deberi, sed cùm eo verbo abutimur, factum nos magis demonstrare, quàm ad ius referre obligationem. Sic enim lego expuncta dictione *ciuile* quæ illa factum opponitur iuri simpliciter *l. Aurelius 28. §. Sticho 7. D. de liber. leg.* non autem iuri ciuili magis quàm naturali. Sanè naturale debitum opponitur ciuili etiam in persona serui *l. quibus diebus 40. §. dominus D. de condic. & demonstr.* ex quo fortasse loco parum cautus interpres sumpsit dictionem illam *ciuile*, sed aliud est vt dixi de naturali debito, aliud verò de eo quod iure naturali debeatur disputare. Deniq; naturaliter fieri dicitur quod re vera fit, & vt loquuntur de facto licèt nullo iure, vt cùm dicimus tabulas testamenti aperiri naturaliter *l. 3. §. aperire 19. D. ad SC. Silan.* & naturaliter possidere illos etiam qui non habent possidendi nec rem tenent animo domini vt commodatarium, depositarium, & alios similes *l. communi 7. §. neque colonis D. commun. diuid. l. 3. §. vlt. & l. 4. D. ad exhib.* iunct. *l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar.* Item in contractibus venditionum & locationum licere contrahentibus se naturaliter decipere *l. in causa 16. §. idem Pomponius D. de minor. l. item si precio 22. §. vlt D. locat.* id est vt Doctor meus D. Manutius interpretabatur, reipsa, ad differentiam deceptionis ex proposito interuenientis quæ nunquam permissa est præsertim in bonæ fidei contractibus. Etsi alia quoque illius dictionis interpretatio esse potest quam nos in Decadib. attulimus *Decad. 8. Error.* & in Rationalibus. Pupillus igitur siue stipulanti promittat, siue pecuniam mutuam accipiat sine tutoris autoritate obligatur naturaliter, licet non obligetur iure naturali, quia verum est eum & stipulanti promisisse & mutuam pecuniam accepisse, quæ omnia facti sunt non iuris *l. consilio 9. §. vlt. D. de curat. furios.* Quòd si is natura debet quem iure gentium dare oportet, ac cuius fidem secuti sumus, vt ait *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* nemo dixerit pupillũ iure gentiũ dare debere, quia nec nisi stultè potest quis sequi fidem pupilli in ea ætate constituti quæ ignorat illa etiam quæ videt *l. 1. C. de falsim. monet.* & quæ indicio prorsus caret. Dices pactum à pupillo initum sine tutoris autoritate ideo nullũ esse quod sit contra iuris ciuilis regulas vt Caius scribit *in l. contra 28. de pact.* Ius enim ciuile non patitur vt pupillus obligetur nisi cùm vel tutore autore contrahit vel locupletior factus est, post rescriptum scilicet Diui Pij *l. 3. §. pupillus D. de negot. gest.* Proinde non posse rationem illam facere quominùs etiamsi nec tutore autore contraxerit nec locupletior factus sit iure naturali obligetur. Respondeo dici pactum illud esse contra regulas iuris ciuilis, quia ex iure ciuili est vt pupillus habeat tutorem, & vsque ad certam ætatem, sed non ideo fieri, quin etiam naturali iure destituantur pacta omnia per pupillum sine tutore & sine iudicio inita. In eóque ratione iuris ciuilis subsequi ius naturale, sicut & in eo quod eadem Diuo Pio placuit vt ob ea etiam quæ pupillus sine tutore gessit vtiliter conueniri possit quatenus locupletior factus est, multóque minùs repetere possit si soluerit, nam hoc natura, id est iure naturali æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l. naturaliter 13. §. vlt. cum l. seq. D. de condict. indeb.* Si soluerit, inquam, tutore autore. Alioqui persona locum facit repetitioni si pupillus sine tutore soluerit etiam quod tutore autore & ex iusta causa debuerat, quia pupillo inter-

l. nec seruus 41 de pecul. emendata

l. quibus diebus 40 §. dominus De condic. & demonstr.

Naturaliter aliquid fieri quid sit

l. contra 28. D. de pact.

dictum est omni alienatione *leg. interdum* 29. *eod.* quemadmodum è contrario si tutore autore soluerit, quod sine tutore promiserat repetit, non propter personam, sed propter rem, quia nec natura debet inquit *dicta l. quod pupillus* 41. *eod.* Vnde etiam est, quod quamuis prætor in edicto *De constit. pecun.* faueat naturali æquitati & constituta ex consensu facta custodiat, quia graue est fidem fallere *d.l.* 1. *in princip. de const. pec.* non tamen tuetur constitutum à pupillo factum sine tutoris autoritate *§. de pupillo ead. leg.* Quamquam dici potest id fieri quia ea demum pacta tuetur prætor quæ non sint contra leges *l. iuris gentium* 7. *§. ait prætor* D. *de pact.* quale hoc esse iã diximus ex *d.l. contra.* Sed iam sumus in hoc exemplo longiores, déque tota illa quæstione pupillaris obligationis scripsimus latiùs in posterioribus libris çoniecturarũ. Aliud exemplum ex quo appareat non omnem rationẽ naturalem sufficere ad inducendum ius naturale, sumi potest ex factione testamenti. Quid enim rationi naturali magis consentaneum est, aut quid magis hominibus debeatur, quàm vt supremæ voluntatis, post quam aliud iam velle non possunt, liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitriũ? *l.* 1. *C. de sacrosanct. eccles.* Nam & ex eo fit vt nulla vnquam fuerit gens tam fera & barbara quæ testamentorum vsum non habuerit. Et tamen certum est testamenti factionem non esse iuris naturalis aut gentium, sed ciuilis, quia sine lege non poterat homo testari, vt dicemus in sequentibus, obstante nimirũ alia ratione non solùm naturali sed etiam multò fortiore, quæ non patitur vt quis disponere possit de re aliena, quomodo disponit quisquis testatur licet non nisi de suis rebus testetur, quia scilicet confert effectum suæ dispositionis in id tempus quo non erit dominus, id est quo erit mortuus, vt constat ex diffinitione testamenti *l.* 1. D. *qui testam. fac. poss.* Certum enim est morte amitti dominium sicut & cætera omnia, Itémque dispositionem quamlibet censeri factam eo tempore in quod effectus ipsius confertur *l. Stichus* 39. *D. de manum. testam. l. quod sponsa* 2. *C. de donat. ant. nupt.* Et sicuti dicimus eas res quæ per traditionem nostræ fiunt iure gentium nobis acquiri, propterea quòd nihil sit tam conueniens naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione* 9. *§. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin. l. in re mandata* 21. *C. mandat.* Ita è contrario fieri non potest, vt iure naturali aut gentium dominium transferat is qui non est, sed ne homo quidem. Mortuus enim, nullus est *l.* 4. *in princip. de bon. libert.* iũct. *l.* 3. *§.* 3. *De legit. tutor.* De parentum hereditate liberis debita ex ratione non item ex iure naturali. Tertium exemplum hoc esto. Ratio naturalis quasi lex quædam tacita liberis addicit hereditatem parentum velut ad debitam successionẽ eos vocando *l. vlt. D. de bon. dam.* Et tamen non bene quis dixerit hereditatem parentũ deberi liberis iure naturali, cùm ipsum heredi tatis nomẽ sit cõmentum & nomen iuris ciuilis *l. hereditas* 50. *D. de petit. hered.* Nec magis poterat fieri sine lege ciuili vt pater filiũ haberet heredem ab intestato quàm ex testamento *l. lege obuenire* 130. *de verb. signif. cùm heredis nomen significet dominũ §. vlt. Inst. de her. qual. & differ.* dominiũ autẽ morte amittatur vt proximè diximus. Quod cùm ita sit, æquè falsum erit quod vulgò tradunt interpretes legitimã debitã esse liberis iure naturali in bonis parentũ. De quo tractat Gothof. *ad d.l. vlt.* Debetur sane ratione naturali, sed non iure, ideóque ante introductum remedium querelæ inofficiosi testamenti poterat

De factione testamenti an sit ex iure naturali an exciuili.

Digitized by Google

terat filius immerenter impunè exheredari. Hodie debetur iure prorsus ciuili non minùs quod ad substantiam quàm quod ad quotam.

De iure naturali congruente cum iure gentium.

OBseruandum autem est nos in hoc Principio intelligere de eo iure naturali quod non sic dicatur ad differentiam iuris gentium quomodo dicitur illud quod circa eas res versatur quæ hominibus communes sunt cum brutis animantibus, sed quod è contrario non discrepet ferè quicquam à iure gentium. Nam & ius gentium æstimatur ex ratione naturali, vt dicemus in sequentibus. Nec in alio differt ius gentium à iure naturali propriè ac separatim sumpto, nisi quod illud consistit in ijs rebus quas cætera quoque animalia faciunt instinctu naturæ: hoc verò in iis quas soli homines, & quidem ratione naturali duce. *l.1.§.vlt. D.hoc tit.* iunct. *Omnes populi, vers. quod verò eod.* Etsi fit interdum vt ratio quæ constituit ius gentium & ex qua illud æstimatur, non tam naturalis quàm humana id est gentium ratio dici debeat, vt puta cùm dicimus seruitutes iure gentium introductas esse *l.manumissiones 4. eod.* Sed de iure gentium separatim nobis tractandum erit.

CONFVT. I.

De distinctione iuris naturalis in primæuum & secundarium.

COntra hoc Principium pugnat vulgaris traditio interpretum nostrorum distinguentium ius naturale in primæuum vt loquuntur & secundarium. Nam si ius naturale omne ex ratione naturali æstimandum est, ratio autem naturalis illa dicitur quæ hominibus omnibus insita est à natura, fieri nullomodo potest vt quod ius ab initio & primùm naturale non fuit, euadat vnquam in naturale, non magis quàm vt hodie ratio naturalis aliqua sit quæ aliquando anteà non fuerit. Quod sanè non nisi absurdè quis dixerit. Ratio enim naturalis perpetua est & immutabilis, ideóque & ius naturale perpetuum & immutabile, vt dicemus Princip. seq.

PRINCIPIVM III.

De constantia & immutabilitate iuris naturalis.

IVs naturale est immutabile, semper certum, semper firmum, nec per iura ciuilia corrúpi potest. *§.vlt.infr.hoc tit.* vbi rationem Iustinianus reddit, quòd diuina quadã prouidentia constitutum esse videatur. Et sanè ita est. Nam cùm semper æstimandum sit ex ratione naturali, vt proximè diximus, & ratio illa naturalis nihil aliud sit quàm singulare donum Dei quo humana mens quæli bet illustratur, vt ea videre possit quæ & diuinæ voluntati, & legibus sint cõsentanea (ad quod multi referunt elegans illud verbum Dauidis *signatũ super nos lumen vultus tui Domine*) fatendum est fieri non posse vt certum firmum & immutabile nõ fit ius quod est naturale. Idem enim in rebus omnibus euenit vt perpetuum esse credatur, & sit, omne id, quod causam habet naturalem *l.foramen 28. De seruit.vrb.prad.* In eóque maximè differt ius naturale à iure ciuili. Illud enim sicut ex ratione ciuili æstimatur, ratio autem ciuilis ex populi vtilitate, Ita & varias pro legislatoris arbitrio, & pro temporum ac locorum varietate recipit mutationes, cùm non semper & vbiq; vtile sit quod aliquan- §.vlt.Inſt. hoc tit.

Digitized by Google

do aut alicubi vtile fuit. *l. vnic. in princip. C. de caduc. toll.* vbi appositè Dionys. Gothofr. citat verbum illud L. Valerij apud Titũ Liuium lib. 34. *Quæ tempora aliqua desiderant leges, mortales & temporibus ipsis mutatas video: Quæ in pace latæ sunt plerumque bellum abrogat, quæ in bello, pax.* Sed & quod magis est differt hac in re ius naturale à iure gentium. Etsi enim verum est, quod superiore Principio dicebamus, iuri gentium commune illud esse cum naturali, vt vtrumque ex ratione naturali æstimetur, tamen in constituendo iure gentium ea naturalis ratio spectatur, non quę naturam ipsam ducem semper habeat, sed quæ ad communem gentium omnium vtilitatem referatur. Sic dicimus seruitutes introductas esse ex iure gentium, quas tamen constat & iuri naturali & naturæ ipsi esse omnino contrarias cùm natura liberi omnes nascantur: Et ideò immutatum ius hoc est adeóque abrogatum apud Christianos tanquam christianis & moribus & legibus contrarium, quod non eueniret si esset ius naturale. Gratia enim, vt aiunt Theologi naturam nunquam destruit, semper supponit.

ILLAT. I.

De emancipatione quæ sui heredis nomen tollit non filij.

EX hoc Principio fit vt filius emãcipatus quãuis per emancipationem desinat esse suus heres non tamẽ desinat esse filius, sed à prætore perinde ad mittatur ad bonorũ possessionẽ, ac si in patris familia mansisset *l. 1. De bonor. poss. cõtr. tab.* quia emãcipatio quę est iuris ciuilis, potest extinguere nomẽ sui heredis quod itidem est ex iure ciuili, sed nõ filij ius & nomẽ quod est à natura. Eiusmodi sunt alia innumera quæ inter legendum passim occurrunt.

Tit. De bonor. poss. cõtr. tab.

PRINCIPIVM IV.

De iure gentium, & in quo differat à iure naturali.

QVod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id ius gentium appellatur *§. 1. hoctit.* qui locus sumptus est ex *l. omnes populi 9. D. de iustit. & iur.* Æstimatur ergo ius gentium sicut & ius naturale ex ratione naturali, vt diximus *ad Princip. 2. & 3. sup. eod.* An igitur vnum idémque erit ius naturale & gentium? Aut in quo different? Hoc quoque iam attigimus cùm diximus, Posse ius naturale dupliciter accipi, vno modo quatenus versatur circa eas res quæ hominibus & brutis animantibus sunt communes, Et hoc sensu licet cum iure gentium simile illud habeat, quod æstimatur ex naturali ratione, differt tamen in eo quod circa eiusmodi res nunquam ius gentium versatur, sed circa eas quæ propriæ sunt generis humani. Quare nemo vnquã dixit matrimonium esse iuris gentium tametsi inter omnes homines constitutum sit & introductum ex summa ratione naturali, neque fere vlla gens sit quæ eo non vtatur. Habet enim pro materia, maris & fœminæ coniunctionem quæ homini communis est cum brutis. Altero modo dicitur ius naturale etiam quod ad eas res quæ hominum propriæ sunt, vt cùm dicimus obligari aliquem iure naturali ex pacto, aut ex contractu. (nec enim bruta animantia vel pacisci vel obligari vllomodo possunt.) Et hoc sensu parũ certè aut nihil interest inter ius gentium & naturale, *§. singulorum infr. de rer. diuis.* ita vt is natura debere dicatur quem iure gentium dare oportet *d. l. cùm amplius 84. §. is natura debet. De regul. iur.* Nisi quod ratio illa naturalis non sem-

l. omnes populi 9. D. de iustit. & iur.

§ singulorum inst. de rer diuis. l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.

per.

Per & ipsa quoque eodem modo accipitur. Interdum namque refertur ad naturam ipsam, totáque ex ea æstimatur. Quod cùm euenit, possis non malè dicere iuris gentium esse quod sit iuris etiam naturalis, & contrà, iuris naturalis esse quod sit etiam iuris gentium: *l. bona fides.* 31. *Depositi.* Vt puta religionem erga Deum, quæ sicut brutis nullomodo conuenit, ita & è contrario hominibus sic inlita est à natura ipsa, vt non dubitauerit adfirmare Lactantius quem etiamnum permulti sequuntur, hominem à brutis animantibus non tam ratione & ratiocinatione quàm religione differre. Quidni ergo dici poterit iuris naturalis? Nam & in religione ratio summa adhibenda est, & moderatio ne deflectat in superstitionem *l. si quis aliquid* 30. *D. de pœn.* Et tamen iuris gentium eam esse scribit Pomponius *in l. 2. D. hoc tit.* Sicut & pietatem illam ac obseruantiam quam parentibus nostris debemus. Quæ tamen multò magis dici potest iuris naturalis, *arg. l. 1. §. & generaliter de ventr. in possess.* cùm videamus bruta quæque animantia, vt cum Vlpiano & Iustiniano minus proprie loquar, huius quoque iuris peritia, censeri. Sic & Florentinus *in l. 3. eod. tit.* iuris gentium esse ait vt vim & iniuriam propulsemus. Nam iure hoc euenit, inquit, vt quod quisque ob tutelam sui corporis fecerit iure fecisse existimetur: Cúmque inter nos cognationem quandam natura constituerit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. Et tamen dubitari non potest quin iuri naturali magis quàm iuri gentium id acceptum ferri debeat. Est enim hæc res ex earum genere quas natura docèt omnia animalia facere solo impetu naturæ, homines verò cum ratione. Siquidem, vt Cicero scribit *lib. 1. de Offic.* Principio omni generi animantiũ à natura est tributum vt se vitámque suam tueatur, sed quod bruta animãtia faciunt efferate, id homines facere debent cum ratione vt iure facere videantur, id est vim quidem & iniuriam illatam propulsare, sed cum inculpatæ tutelæ moderatione vt loquitur *l. 1. C. unde vi.* Non enim si quis ab alio impetitus eum occiderit quo viuo potuit saluti suæ consulere, eo magis immunis est a pœna licet minus sit puniendus, Qui vtique omnino absolaendus esset, si iure naturali occidisse crederetur. Vulgatum namque est id quod iure permittente fit pœnã nõ mereri. *l. Gracchus* 4. *C. ad leg. Iul. de adult.* Dicitur tamen esse hoc ex iure gentium non quia gentibus omnibus sit commune (alioqui similiter dicendum esset matrimonium & liberorum procreationem & educationẽ aliáque huiusmodi quæ propriè sunt iuris naturalis, iuris quoque gentium dici oportere) sed habito respectu ad cognationem illã quam inter homines constitutam à natura fuisse Florentinus ait, Est enim illa solis hominibus communis non etiam brutis animantibus, vnde & societatem humanam semper dicimus, beluinam nunquam. Sed ratió hæc concludit potiùs vt quisquis vim facit, ius gentium violare existimandus sit, quàm vt iure gentium ac non magis iure naturali facere dicatur quisquis illatam iniuriã propulsat, dũmodo vt dixi cum moderatione inculpatæ tutelæ. Interdum verò ratio illa naturalis ex qua ius gentium æstimatur, non ad naturam ipsam vt in supradictis exẽplis, referenda est, sed ad cõmunẽ gentiũ omniũ vtilitatem, quæ exigit plerũq; vt etiam ad humanã societatẽ tuendã ea quoq; induci necesse sit quę alioquin per se & simpliciter cõsiderata ab eiusmodi societate prorsus aliena esse videantur. Huius generis sunt bella, captiuitates, seruitutes, dominiorũ etiã distinctiones, quæ omnia iuris gentiũ esse nemo

Ratio naturalis interdum ex natura ipsa æstimatur, interdum verò ex gẽtium & pupillorum vtilitate.

l. 2. & 3. D. de iustit. & iur.

De ratione naturali æstimanda ex communi gentium omnium vtilitate.

Digitized by Google

dubitat *l.4.& 5.D.hoc tit.* nec nisi summa vrgente non solum vtilitate sed etiam necessitate fuisse eo iure comparata, cùm alioqui per malos & improbos homines fieret quotidie vt neque inter bonos constare humana societas posset. Et tamen quid ab humana societate, quæ communionem, ne dicam communicationem rerum omnium supponit *l.1.D.pro socio.* dici potest alienius, quàm vt quod meum est non sit tuum, vt bella inuicem geramus, denique vt vel tu mihi seruias vel ego tibi? Atqui confusio illa dominiorum licèt à Platone probata quantas discordias pareret inter homines nullo etiam sanguinis aut patriæ iure coniunctos, quæ passim etiam inter fratres tantas parit? *l.in re communi 26.D.de seruit.vrban.prad.l.cùm pater 77. §.dulcissimis 20.De legat.2.* Quæ rursum pax cum impiis foret, si bella non essent? Finis enim belli, pax, Tritúmque vetus illud verbum *si vis pacem para bellum.* Denique quis bellorum finis esset, in quæ multi n n solùm homines sed etiam populi tam facilè præcipites ruunt, nullo mortis metu deterriti, si non captiuitates & seruitutes timerentur, ab iis etiam qui mori vellent? Itaque dubitandum non est quin si communem vniuersarum gentium vtilitatem inspiciamus, introducta sint hæc omnia, summa cum ratione etiam naturali: quamuis si hos aut illos homines aut populos spectemus, & vel hęc vel illa bella, possint habere, ac vt plurimùm habeant, multum iniquitatis. Quid enim si iniustissimum bellum à potentiore geratur in eum qui viribus longè inferior sit, quamuis iure superior? Quis bellum illud ex parte inferentis dicat esse iuris gentium quod fiat per manifestam iniuriam? Quis victo tandem captóque eó qui iure potior fuit captiuitatem illam & seruitutem adeò iniuriosam iuris gentium dici patiatur? Neque tamen eo minus verum est generaliter dicere bella ex iure gentium, nec sine magna ratione naturali introducta esse, itémque captiuitates & seruitutes, inspecta scilicet cõmuni gentiũ omnium, non priuata huius vel illius Principis aut populi vtilitate. Abusus enim bellorum ille est, non vsus. Porrò sic considerata ratione naturali, quatenus ex gentium omnium vtilitate æstimatur, & ad tuendam illam societatem humanam refertur, quam inter homines omnes natura ipsa constituit, nunquam fieri potest vt quæ sunt iurisgentium, ea iuris quoque naturalis esse videantur. Quis enim bella, captiuitates & seruitutes iuris naturalis esse vnquam dixit, quantumuis naturali ratione nitantur?

ILLAT. I.

De iis quæ apud omnes gentes æquè recepta sunt, nec tamen sunt iuris gentium.

l.omnes populi 9.D.de iustit.& iur.

EX hoc Principio illud fit, vt quamuis quod naturalis ratio inter omnes homines constituit peræquè apud gentes omnes custodiatur *l.omnes populi 9.in fin.D.de iustit.& iur.* nõ tamen ex eo quod apud gentes omnes quid receptum sit, iuris gentium continuò dici debeat, si non prætereà ob id maximè ab omnibus receptum sit, quod rationem habeat naturalem. Nam cùm ex ratione naturali semper æstimandum sit ius gentium, parum refert an quod ratione naturali primùm comparatum est ab omnibus populis receptum sit necne, vt iuris gentium esse vel non esse existimetur. Fieri siquidem potest, licèt rarius & difficiliùs, vt illa etiam quæ naturalem rationem habent, & ad communem gentium omnium vtilitatem pertinent, non tamen ab omnibus gentibus sint recepta, idque propter specialem aliquam & propriam rationem, vt de seruitutibus diximus ad Principium præcedens. Sunt enim illæ ex iure gentium introductæ, nec tamen inter Christianos nullomodo receptæ, tanquam à Christianæ religionis sanctitate prorsus

alie-

Digitized by Google

alienæ. E cõtrario ſæpenumero euenit vt quæ ſunt omnino iuris ciuilis, meráque ciuili non etiam naturali ratione introducta, non eo minus apud gentes omnes tandem ſint recepta. Quid enim toto terrarum orbe frequentius, vſu teſtamentorum & ſtipulationum? Et tamen quid certius quàm quod iam diximus, & latiùs infrà probabimus teſtamenta eſſe iuris ciuilis? Aut quis vnquam dixit ſtipulationes eſſe ex iure gentium? Scilicet quamuis eo teſtamentorum & ſtipulationum iure gentes omnes vtantur, ſemper tamen verum eſt ciuili prorſus non etiam naturali aliqua ratione introducta fuiſſe teſtamenta, & comparatas ſtipulationes. Nec eſt contrarium quod Vlpianus ſcribit *in l. an inutilis 8. §. vlt. D. de accept.* hoc iure nos vti vt iuris gentium ſit acceptilatio. Sic enim omnimodo id accipiendum eſt vt hodie acceptilationis vſus perinde ſit gentibus omnibus cõmunis acſi eſſet iuris gentium. Inde namque infert ſtatim, *Et ideo puto & græcè poſſe acceptum fieri dũmodo ſic fiat, vt latinis verbis ſolet.* Neque verò dubitari poteſt quin merè iuris ciuilis ſit acceptilatio *l. pen. D. de ſol. ſicut & ſtipulatio §. de conſtituta inſt. de actionib.* Vtraque enim verbis tantum contrahitur *d. l. an inutilis §. acceptum fieri*, vbi ex hac cauſa Vlpianus ſcribit acceptum fieri non poſſe niſi quod verbis colligatum eſt, quia non poſsit verbis tolli niſi quod verbis contractum eſt ex *reg. l. prout 80. D. de ſolut. l. nihil tam naturale 35. De regul. iur.* Adeò vt ſi quis obligationes nudo conſenſu aut etiam rei traditione alio denique modo quàm verbis contractas, verbis velit diſſoluere per acceptilationem, eum neceſſe ſit obligationes illas omnes deducere in ſtipulationem Aquilianam *l. Aquiliana 4. & ſeq. D. de tranſact. l. 3. C. de acceptilat.* ſic dictam quod à Gallo Aquilio ea ratio primùm excogitata ſit ad tollendas vnica acceptilatione præcedentes omnes cuiuſcunque generis obligationes. Cuius ſtipulationis formula ſollennis extat in *l. & vno 18. §. 1. D. de acceptilat. & §. eſt autem infr. quib. mod. tollit obligat* Sunt autem iuris ciuilis omnia quæ ſunt ſollennia, Nec enim ius gentium vllas agnoſcit ſollẽnitates. Ex quo apparet non poſſe probari eam diſtinctionem quæ à nonnullis traditur, vt acceptilatio ſit iuris gentium origine quod ad conſenſum *arg. l. 1. D. locat.* quod ad formam verò ſit iuris ciuilis, id eſt inſpecta ſollennitate verborum quibus perficitur. Habuit enim ſemper certa verba & ſollemnia *l. 1. C. de accept. l. §. 1. ſuprà. quib. mod. tollit. oblig.* id eſt legitima & ciuilia quibus opponuntur græca *in l. pen. C. de teſt. manum. l. vlt. C. de teſtam. tutel.* nẽpe quia lex duodecim tabularum vt & aliæ omnes Romanorũ leges latinis tantum non græcis verbis conſcriptæ ſunt. Etſi enim non magis acceptilatio quàm alia vlla contractus ſpecies valere poteſt ſine muto partium cõſenſu *l. in omnibus negotiis 37. de obl. & actionib.* non tamen æſtimatur ex conſenſu, ſed ex verbis ita vt quamuis ſit inutilis tanquam acceptilatio, habeat tamen vim pacti de non petendo *d. l. an inutilis in princip. l. ſi accepto latum 19. eod. l. ſi vnus 27. §. vlt. D de pact.* nimirum propter conſenſum qui ſufficit ad pactũ non ad acceptilationem: idcóque fatendum eſt nõ eſſe illã iuris gentiũ, ſed ciuilis, ex ratiocinatione Pauli *in d. l. 1. D. locat.* Quã ob cauſam dicitur imaginaria ſolutio *in d. §. 1. quib. mod. tollit. oblig.* Etſi autẽ minùs propriè locutus fuit Vlp. *d. l. 8. §. vlt.* cùm dixit hoc iure nos vti, vt iuris gentiũ ſit acceptilatio, ad id tamen reſpexit quòd quæ ſunt iuris gentium ea apud gentes omnes recepta eſſe ſolent *l. 1. de acquir. rer. domin.* Sed tamẽ nõ eſt bona cõſecutio diſertè ac partitè loquendo vt iuris gentiũ ideo dici debeãt ſi ratione tantùm ciuili fuerint introducta. Idque eſt quod ait *l. 5. hoc tit. exceptis quibuſdã quæ à iure ciuili introductæ ſunt.*

l. an inutilis 8. §. vlt. D. de acceptilat.

De acceptilatione quòd iuris gentiũ non ſit ſed ciuilis.

ILLAT. II.

De *commerciis & contractibus ad ius gentium referendis.*

SEcundò ex hoc Principio fit, vt iuris gentium verè ac propriè sint cõmercia & consequenter cõtractus omnes non solùm qui consensu, sed etiam qui re perficiuntur, omnes denique exceptis iis qui aut verbis aut literis, de quibus *infr. tit. De verb oblig. & de oblig. liter* Id que est quod Hermogenianus scribit *in l. ex hoc iure* 5. *D. hoc tit.* iuncto Paulo *in l. 1. D. locat. & in l. 1. §. est autẽ emptio de contr. empt. l. 7. in prin. de pact.* Habent enim omnes ij qui vel consensu vel re perficiuntur, naturalem rationem omnibus gentibus communem, Præsupposito quod ex eodem iure introducta sit distinctio dominiorum ad tuendam societatem humanam, quæ, alioqui propter discordias quas materia communionis excitare solet, stare procul dubiò non posset, vt suprà diximus. Nam quomodo possent distingui dominia nisi essent commercia & cõtractus per quos fieret vt cuiusque rei dominium à domino in nõ dominum transiret? Quanquam autem plerique contractus sunt ex quibus non transfertur dominium, at ne quidem vera possessio, licèt consensu aut re perficiantur, vt locatio, pignus, depositum, commodatum, & similes, non eo minùs tamen sunt iuris gentium, & quidem ob ipsam dominiorum distinctionem *d. l. 7. in princip. de pact.* quia nec aliam rationem habent, quàm quòd res quę venius est, nõ magis vsu quàm dominio alterius esse possit inuito domino. Adeò sunt rerum omnium dominia non solùm proprietate sed possessione vsuque discreta. Vnde est quod si quis re deposita vtatur ignorante eo qui deposuit, furtum facere dicatur, itémque qui re commodata in alios vsus quàm in quos commodata fuit adeóque creditor qui vtitur pignore *l. qui iumenta* 40. *leg. si pignore* 54. *in princ. & §. 1. D. de furt. §. furtum autem fit infr. De obligat. quæ ex delict. nasc.* Neque hac parte distinguuntur contractus qui re perficiuntur ab iis qui nudo consensu. Nam si nudus consensus iure gentium sufficit ad obligandum certis casibus, quanto magis iure gentium obligabitur is qui ab alio rem acceperit siue dominus factus sit per traditionem vt ex munere & permutatione, siue dominus factus non sit vt ex causa pignoris, depositi, commodati? Quicquid enim ex meo ad te peruenerit nulla iusta causa interueniente propter quam retinere debeas, id mihi à te reddi bonum & æquum est *l. si & me & Titium* 32. *D. de reb. credit.* Qua ratione dicimus indebiti condictionem esse naturalem *l. indebiti* 15. *D. de condict indeb.* vt & cæteras omnes condictiones *l. 1. D. de cõdict. sin caus.* id est naturalem habere rationem & æquitatem, Ne scilicet locupletior quis fiat cum alterius iactura *l. nam hoc natura* 14. *De cõdict. indeb. l. iure naturæ* 206. *De regul. iur.* Et verò si emptio venditióque dicitur esse iuris gentium quia consensu perficitur *d. l. 1. §. est autem emptio D. de contr. empt. d. l. 1. locat.* quanto magis erit iuris gentium permutatio (licèt non nisi re contrahatur *l. 1. D. de rer. perm.*) cùm origo emendi vendendique à permutationibus cœperit *d. l. 1. De contr. empt.*

L. ex hoc iure 5. D. de iustit. & iur.

De contractibus iure gentium introductis ex quibus tamen nec dominiũ transfertur nec possessio Sine re siue nudo consensu perficiantur.

Condictio indebiti & cætera condictiones dicũtur naturales, & quare L. indebiti 15. D. de condict. indeb. l. 1. De condict. sin. caus.

ILLA-

ILLATIO III.

De nummi introductione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt quamuis olim & per multa secula nullus fuerit inter gentes vsus nummi, ita vt incognitę essent emptiones ac venditiones, solisque permutationibus hominum commercia constarent, vnoquoque secundum necessitatem rerum & temporum vtilia inutilibus permutante, Iure tamen gentium introductus fuerit nummus, scilicèt id exigente ipsa communis commercij necessitate. Nam quia non semper nec facilè concurrebat, vt cùm tu haberes quod ego desiderarem, ego inuicem haberem quod tu accipere velles, Necesse fuit eligi materiam cuius publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subueniret, & quæ publica forma percussa vsum dominiúmque non tàm ex substantia præberet, quàm ex quantitate, vt eleganter Paulus tractat *in d. l.* 1. *De contr. empt.* Apparet autem de nummo nos tractare non quatenus æs vel argentum, vel aurum sit, sed quatenus nummus est nummique vsum præbet. Habet enim ex se duplicem vsum, vnum proprium ad cęteras res omnes valore suo imposititio æstimandas, Alterũ improprium quatenus materia est, nec nisi tanquam alia quælibet materia consideratur, Sicut & duplex calcei vsus est, Vnus proprius quatenus calceus est vt pedẽ tegat, alius improprius quatenus merx est, vt vel vendi possit, vel cum alia merce qualibet permutari, quemadmodum disparat Arist. lib. 1. Polit. cap. 6. Sed & cùm de nummo quatenus nummo, loquimur ad eum valorem impositicium respicimus qui ex communi gentium omnium consensu pro materiæ qualitate & quantitate certus, perpetuus & vbique gentium idẽ est, de quo in *d. l.* 1. *De contr. empt. & in l.* 3. *D. de in lit. iurand.* non de illo qui in hac aut in illa prouincia pro arbitrio legislatoris aut abusu & licẽtia commerciorum facilè ac persæpe immutatur, præsertim in republica malè constituta nec prudenter gubernata. Triplex enim est nummi cuiuslibet æstimatio, Iusta vna quæ & publica & perpetua ex communi gentium omnium consensu æstimanda, Iniusta altera quæ non populorum omnium communis sed huius vel illius propria est. Tertia conuentionalis ab ipsis contrahentibus inducta, quoties cauere sibi volunt & prospicere contra periculum iniustæ æstimationis. Quæ iusta æstimatio est ea iuris gentium est, Quæ iniusta non item, sed iuri ciuili potiùs adscribi debet, quatenus interdum reipublicæ vtilitas exigit vt pluris minorisve nummus hîc quàm illic æstimetur, ad commercia vel amplianda vel restringenda. Quod cùm euenit, iusta quidem est ea æstimatio, at non simpliciter, sed quod ad hanc aut illam prouinciam ad cuius vtilitatem pertinet, Potéstque nihilominus iniusta dici ex comparatione illius quæ cõmuni cæterarum gentium omnium consensu iusta existimatur. De quibus tamen omnibus videnda sunt, quæ nos fusissimè scripsimus in tractatu nostro, De variis nummariorum debitorum solutionibus.

L. 1. de contr. empt. l. 3. De in lit. iurand.

ILLATIO IV.

De naturali acquisitione per occupationem eorum quæ sunt nullius.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quicquid antea nullius fuit, iure gentiũ primo occupãti acquiratur *l. 1. & 3. D. de acquir. rer. domin.* vbi Caius

L. 1. & 9. De acquir. rer. domin.

ſcribit naturali ratione id fieri, itémque Iuſtin. in §. *fera autem infr. De rer. diuiſ.* Introducta ſiquidem iure gentium vt diximus dominiorum diſtinctione nihil eſt quod prohibeat quominus meum fiat quod nō eſt alienū. Sicut è contrario ſcire debet, Omne id quod ſuū nō ſit ad aliū pertinere *l. vlt. C. vnde vi*, niſi talis res ſit quę in nullius bonis ſit vel eſſe poſſit §. *nullius infr. de rer. diuiſ.* Et verò habet hoc etiā naturalē intellectum vt quicquid in nullius bonis eſt, id neceſſe ſit vel nunquā fieri cuiuſquam, vel fieri primi occupantis. Inde eſt quod ſi res aliqua pro derelicto habita ſit ea ſtatim domini eſſe deſinit iure gentium, & eodem quoque iure ſtatim fit occupantis, quia iiſdem modis res deſinunt eſſe noſtræ quibus acquiruntur, inquit Vlp. *in l. 1. D. pro derelict.* Improbata enim eſt ſententia Proculi qui exiſtimabat rem pro derelicta habitam non priùs deſinere eſſe prioris domini quàm ab alio poſſeſſa ſit & occupata. Non enim poſſet fieri occupantis, ſi non iam ipſo occupationis inſtanti in nullius bonis reperiretur, cùm eiuſdem rei duo domini in ſolidum & eodem inſtanti eſſe non poſſint *l. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum D. commod.* Quæ ratio & ſententia eſt *l. 2. D. pro derelict.*

L. 1. & 2. D. pro derelict.

ILLATIO V.

De dominij vel poſſeſſionis acquiſitione in plurium perſonis in ſolidum.

L. 1. §. vlt. D. cōmodat.

QVintò ex eodē Principio fit hoc ipſum quod proximè diximus, Eiuſdē rei plures dominos in ſolidum eſſe nō poſſe *d. l. 5. §. vlt. D. commod.* Nam ex quo fuit iure gētium introducta diſtinctio dominiorum, & autoritas pronominum *meum* & *tuum* cœpit etiam fieri non poſſe vt quod vnius eſſet in ſolidum alterius quoque in ſolidum eſſet. Alioqui dominiorum cōfuſio induceretur, quod à iure gentium abhorreret. Sic dicimus non poſſe duos eiuſdem rei & eodem tempore in ſolidum eſſe poſſeſſores *d. §. vlt.* ſed alia ratione quę non tam ad ius gentium quàm ad naturam ipſam ſit referenda. Nā cùm poſſeſſio à pedū poſitione dicta ſit & à ſedibus vt ait *l. 1. D. de acq. poſſeſſ.* quia naturaliter & facto ipſo tenetur ab eo qui ei inſiſtit, Apparet naturam non magis pati poſſe vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores quàm vt vbi ego ſtō, vel ſedeo, tu etiam ſtare videaris, vel ſedere *l. 3. §. ex contrario eod. tit.* Ita namque fieret penetratio dimenſionum & ſubſtantiarum, ac conſequenter confuſa rerum corporearum commixtio, ſicuti diximus fore vt dominiorum confuſio induceretur, ſi quid ita meum eſſet in ſolidum vt tuum etiam in ſolidum eſſet, Hac ſola differentia quòd confuſio dominiorum abhorret à iure gentium non item à natura (nihil enim prohiberet omnia omnium eſſe communia ſi gentium vtilitas, id pati poſſet) confuſio autem corporum repugnat non quidem iuri naturali, non enim ius in eo vllum verſatur, ſed ipſi naturæ. Nec obſtat quod dici ſolet, Poſſe eandē pecuniæ quātitatem eadémque nummorum corpora pluribus perſonis credi in ſolidū *l. ſi non ſinguli 5. C. ſi cert. pet.* Id enim non ad cauſam dominij pertinet quod ſicut nō acquiritur niſi per numerationem, ita nec alij poteſt acquiri quàm cui pecunia numeratur, numeratio autem traditióque duobus in ſolidum ſimul & ſemel fieri non poteſt citra penetrationem illā dimenſionum, quā in natura impoſſibilem eſſe diximus, Sed pertinet ad cauſam obligationis, quā in multorum & ſinguloruin perſona, etiam vnius debiti ratione conſiſtere nihil impedit, ita vt quamuis ſinguli in ſolidum ſint obligati, tamen

L. 3. §. ex cōtrario D. de acq. poſſeſſ.

tamen vna tantùm sit obligatio in cuiusque persona consistens, vt contingit quoties facti sunt plures correi siue debendi siue credendi *l.3.§.1.l. eandem* 9.*§.vlt.& tot.tit.De duob.reis.* Obligatio enim cùm sit iuris vinculum *tit. De obligat.in princip.* tota ex iure æstimatur,& ex facto ac voluntate illius qui obligatur, Vnde ius ipsum obligationis nascitur. Ius autem non magis quàm natura impedimento est quominùs eiusdem pecuniæ nomine plures in solidum obligentur,ita tamen vt sicut vna tantùm obligatio est, ita vnica solutione in totum tollatur *d.l.3.§.1.* Illud difficilius est vt vnus idémque homo obligationes sustineat, quia & difficile est vt vnus homo sustineat duorum vicem *l.si plures* 9. *D.de pact.* Sed tamen nec hoc nec illud est nouum *l.non est nouum.*10. *D.de act.empt.l.si rem* 13.D.*de duob.reis l.5.l.heres* 21.D. *de fideiuss.l.si paterfamilias* 15.*§.1.*D.*de adopt.*

ILLATIO VI.

De *furti prohibitione ex iure gentium.*

SExtò ex eodem Principio fit, vt furta omnia iure gentium prohibita dicãtur.Quisquis enim fur est,peccat in illam dominiorum distinctionem, quam iure gentium diximus esse introductam : Ob idque quod magis est dicuntur prohibita lege naturali *l.1.in fin.*De *furt.*& *§.1.infr.* De *obligat. quæ ex delict.nascunt.*& inter ea quę non tantùm ciuiliter, sed ipsa etiam naturâ turpia sunt, furtum annumeratur *l.probrum* 42.*De verb signific.* Non quòd antequàm iure gentium distincta fuissent rerum dominia homo homini furtum facere potuerit,sed quia post introductam summa ratione etiam naturali dominiorũ distinctionem,non potest fieri furtum quin ostendatur lex illa naturalis omnium antiquissima & cum hominibus ipsis nata, quæ non patitur alteri vt possis facere, quod tibi fieri nolis. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat apud nõnullas gentes vt apud Lacedęmonios,Ægyptios,priscósque multos furta non modò permissa fuisse,sed etiam laudata si sic fierent vt ἐπ' ἐὐλοφώρῳ fures non deprehenderentur. Non enim eo minùs verum est abhorrere illa à ratione naturali,ex qua semper ius gentium ęstimandum est vt toties diximus, quamuis ratione aliqua ciuili videantur persuasi populi illi vt eiusmodi furta permitterent vt eo veluti præmio impunitatis proposito in eo scelere quod commodi spem & speciẽ præseferret,ciues suos tãto ingeniosiores redderent, quasi non tam furtum permittentes quàm furandi audaciam cum dexteritate iunctam adprobantes. Nam si fur in ipso furandi actu deprehendebatur, iidem populi furtum seueriſsimè vindicabant, adeóque capitis pœna plectebant, cùm tamen generali ferè cæterorum omnium populorum lege non nisi pecuniaria mulcta puniretur,vt Theophilus refert *§.3. hoc tit.* Etsi autem non semper iure dominij defertur furti actio,sed interdum etiam cessante dominio nascitur si aliunde interſit actoris vt Papin.loquitur in *l.si vendidero* 80.*§.1. De furt.* nihilominus furti prohibiti rationem referimus ad ius gentium,ex qua parte dominiorum distinctio iure illo inducta est. Non ob eam solùm rationem, quam suprà attulimus illat. 2. quòd res quæ vnius est non magis vsu quàm dominio alterius esse possit inuito domino (pertinet enim ratio illa ad furtum, quod fit domino) sed etiam quòd possessionis quoque dominium aliquod esse intelligatur vt tractat Iacobus Cuiac. in paratitlis ad *tit. De*

L. 1. in fin. D. de furt. l. probrii 42. De verb significe.

Ratio furti prohibendi cùm sit naturalis cur ex iure gentium esse dicatur.

Digitized by Google

bonor. poſſ. Itémque dominium vſusfructus, ſi verum eſt quod M. Tullius in Epiſtol. quodam loco ſcribit, Id cuiuſque proprium eſſe quo vtitur fruitur. Denique quòd furti actio omnis ſi non dominij ſaltem vtilitatis ratione deferatur (neque enim alij competit quàm cuius intereſt *l. cuius interfuit* 10. *& ſeq. l. eum qui* 14. *§. ſi res commodata & §. vlt. d. l.* 80. *§.* 1. *& paſſ. de furt.*) non aliunde autem fiat vt vtilitas vnius non ſit vtilitas alterius quàm ex dominiorum diſtinctione quę ſola facit non tantùm in corporibus, ſed etiam in cęteris rebus omnibus, vt quod meum eſt non ſit tuum.

ILLATIO VII.

De delictis natura turpibus & probroſis, & de pœnis.

L. probrum 42. *De ver. ſignif.*

SEptimò ex eodem Principio fit vt ea delicta quæ non ſolùm ciuiliter, ſed ipſa etiã natura turpia ſunt, vt proximè diximus ex *d. l. probrum* 42. *De ver. ſignific.* iure gentium publicè ſint vindicanda, vt furtum, adulterium *d. l. probrũ*, Inceſtum quod iure gentium committitur, vt loquitur Papin. *in l. vlt. D. de cõdict. ſin. cauſ.* id eſt contra ius gentiũ, & alia huiuſmodi crimina, de quibus quin & malefacta & punienda ſint vel ſola natura duce nemo dubitare poſſit. Quo modo enim ſtare poſſet humana ſocietas, ad quam vnam refertur tota illa ratio naturalis, ex qua ius gentium æſtimatur, ſi neque bonis proponerentur præmia, neque malis ſupplicia? Hinc eſt quod quamuis iure ciuili ſerui ſint incogniti & pro nullis habeantur *l. quod attinet* 32. *De reg. iur.* ex delictis tamen perinde ac liberi obligantur adeóque obligati remanẽt, etiam poſt manumiſſionem *l. ſerui* 14. *D. de oblig. & act.* quia quod ad ius naturale attinet omnes homines ſunt æquales *d. l. quod attinet.* Inde eſt quod nulla vnquam ciuili lege factum fuit neque fieri potuit vt delicta eſſent impunita *l. ita vulneratus* 51. *§. vlt. D. ad leg. Aquil. l. locatio* 9. *§. quod illicitè D. de publican. & vectig. l. ſi à reo* 70. *§. vlt. D. de fideiuſſ. l. Stichũ aut Pamphilum* 95. *§.* 1. *De ſolut.* Inde quod non poteſt præſes prouinciæ efficere vt furti damnatum non ſequatur infamia niſi alia & ſeueriore pœna corporali eum puniat *l. quæ ergo* 12. *§. pen. De his qui not. infam. l. non poterit* 63. *D. de fur.* Pœnæ tamen modus non tam ex iure gentium eſt, quàm ex ciuili, id enim ad ciuilis legiſlatoris curã & prudentiam maximè pertinet, vt ex ciuium ſuorum moribus, & ad hæc aut illa crimina procliuiore inclinatione æſtimet quantam huic & illi crimini pœnam conſtituere debeat, aliquandò ſcilicet grauiorem, aliquando leniorem, pro temporum, perſonarũ, locorum, & aliarum huiuſmodi circumſtantiarum diuerſitate *l. aut facta* 16. *in princip. & §. vlt. totóque tit. De pœn.* Nulla enim iure gentium certa pœna conſtituta eſt in vllo delicti genere, ob idque pœnas in ſingula crimina conſtitutas non ſolum pro varietate prouinciarum varias eſſe videmus, ſed etiam in eadem prouincia ſæpenumero immutatas. Sed aliud eſt de pœna in genere, aliud de pœnæ modo tractare. Solus tamen legiſlator ciuilis eſſe ſeuerior, eámque rationem quæ maleficia puniri ſuadet, ac quam *magnam* vocat Iurec. *in d. l.* 70. *§. vlt. de fideiuſſ.* alij rationi cuilibet etiam quæ ex naturali & gentium iure ſit anteferre *l. bona fides* 31. *vbi eſt text. elegans D. de poſ.* vbi ratio redditur *nam malè meritus publicè, vt exemplo aliis ad deterrẽda maleficia ſit, etiã egeſtate laborare debet.* Experientia enim compertũ eſt pœnæ metu pleroſque ad peccandũ alioqui procliues à peccando arceri *l. vlt. in princip. C. de epiſc. & cleric. l. quoniam*

niam 7. C. ad leg. Fab. de plagiar. Sicut è contrario, pœnæ remiſſio facit perſæpe, vt ad crimina temerè profiliatur *l. ſi operis* 14. C. *de pœn.* Etſi placet in pœnalibus cauſis iudicem ſequi debere benigniorem interpretationem *l. factum* 155. *§. vlt. De reg. iur.* & mitiorem legē *l. præſes* 32. *in fin. D. de pœn.* legúmq; pœnas mollire interpretatione potiùs quàm exaſperare *l. pen. eod.* Denique licèt perſpiciendum ſit bono iudici ne quid aut duriùs aut remiſsiùs conſtituatur, quàm cauſa depoſcit, quia neque ſeueritatis neque clementiæ gloriā adſectare debet, ſed perpenſo iudicio prout quęque res expoſtulat, ſtatuere, tamen in leuioribus cauſis pronior eſſe debet ad lenitatem, in grauioribus verò pœnis ſeueritatem legum ſubſequi cum aliquo temperamento benignitatis, vt eleganter Marcianus ait in *l. perſpiciendum* 11. *eod. tit.* Idque fit ex ratione etiam naturali & iuris gentium, quia cùm inter omnes homines cognationem quandam natura conſtituerit, non ſolùm hominem homini inſidiari, & per iuſtitiæ ſpeciem nocere nefas eſt *d. l. 3. D. hac tit.* Sed etiam hominem beneficio affici quantum ſaluis iuſtitiæ legibus fieri poteſt intereſt hominis *l. ſi venditor* 6. *§. vlt. De ſerv. export.* Eóque videtur reſpexiſſe Seneca cùm ſcripſit, veram iuſtitiam illam eſſe quæ debitam crimini pœnam quantumlibet iuſtam non ſine intimo iudicis dolore irrogat.

L. perſpiciendum 11. *D. de pœn.*

CONFVTATIO I.

De diuiſione iuris gentium in primæuum & ſecundarium.

COntra hoc Principium pugnat diſtinctio illa Doctorum qui duplex facit ius gentium, primæuum vnum, ſecūdarium alterum. Primæuum illud appellantes quod cum ipſo humano genere natum eſt, Secundarium verò quod gentium quarundam conſenſu paulatim inductum, tādem ab omnibus gentibus receptum eſt *arg. l. 1. D. de acquir. rer. domin. & d. l. 8. §. vlt. De accept.* Nam cùm ius gentium ex naturali ratione ſemper æſtimandum ſit, potéſtne obſecro fieri, vt ratio fiat naturalis quæ priùs talis non fuerit? Aut contrà, vt ratio quæ primùm fuit naturalis, ob id talis eſſe deſinat, quòd defierint à quibuſdam gentibus obſeruata eſſe quæ aliquando ab omnibus recepta fuere? Sed fiet res manifeſtior ex iis quæ de iure ciuili mox dicturi ſumus.

PRINCIPIVM IV.

De iure ciuili.

IVs ciuile ex ratione ciuili qua inductum fuit, eſtimandum eſt. Idque ſuperioribus omnino conſequens fit. Nam ſi verum vt verisimum eſt, quod diximus ius omne æſtimandum eſſe ex ratione, ac proinde ius naturale & gentium ex ratione naturali, quid ſupereſt niſi vt ciuile quoque ius ex ratione ciuili æſtimemus? Ciuilem verò rationem eam voco, non quæ à naturali in totum abhorreat, ſed quæ ob publicam ciuium vtilitatem eò vſque pertingat, quò naturalis ipſa non poſſit pertingere. Non enim ratio quælibet naturalis ſufficiens eſt ad inducendum ius, ne quidem naturale, vt ſuprà probauimus exemplis pleriſque, ex pupillari obligatione, liberorum in paren-

Ciuilis ratio quænam ſit.

Digitized by Google

bonor. poſſ. Itémque dominium vſusfructus, ſi verum eſt quod M. Tullius in Epiſtol. quodam loco ſcribit, Id cuiuſque proprium eſſe quo vtitur fruitur. Denique quòd furti actio omnis ſi non dominij ſaltem vtilitatis ratione deferatur (neque enim alij competit quàm cuius intereſt *l. cuius interfuit* 10. *& ſeq. l. eum qui* 14. *§. ſi res commodata & §. vlt. d. l.* 80. *§.* 1. *& paſſ. de furt.*) non aliunde autem fiat vt vtilitas vnius non ſit vtilitas alterius quàm ex dominiorum diſtinctione quę ſola facit non tantùm in corporibus, ſed etiam in cęteris rebus omnibus, vt quod meum eſt non ſit tuum.

ILLATIO VII.

De delictis natura turpibus & probroſis, & de pœnis.

L. probrum 42. De ver. ſignif.

SEptimò ex eodem Principio fit vt ea delicta quæ non ſolùm ciuiliter, ſed ipſa etiã natura turpia ſunt, vt proximè diximus ex *d. l. probrum* 42. *De ver. ſignific.* iure gentium publicè ſint vindicanda, vt furtum, adulterium *d. l. probrũ*, Inceſtum quod iure gentium committitur, vt loquitur Papin. *in l. vlt. D. de cõdict. ſin. cauſ.* id eſt contra ius gentiũ, & alia huiuſmodi crimina, de quibus quin & malefacta & punienda ſint vel ſola natura duce nemo dubitare poſſit. Quo modo enim ſtare poſſet humana ſocietas, ad quam vnam refertur tota illa ratio naturalis, ex qua ius gentium æſtimatur, ſi neque bonis proponerentur præmia, neque malis ſupplicia? Hinc eſt quod quamuis iure ciuili ſerui ſint incogniti & pro nullis habeantur *l. quod attinet* 32. *De reg. iur.* ex delictis tamen perinde ac liberi obligantur adeóque obligati remanẽt, etiam poſt manumiſſionem *l. ſerui* 14. *D. de oblig. & act.* quia quod ad ius naturale attinet omnes homines ſunt æquales *d. l. quod attinet.* Inde eſt quod nulla vnquam ciuili lege factum fuit neque fieri potuit vt delicta eſſent impunita *l. ita vulneratus* 51. *§. vlt. D. ad leg. Aquil. l. locatio* 9. *§. quod illicitè D. de publican. & vectig. l. ſi à reo* 70. *§. vlt. D. de fideiuſſ. l. Stichũ aut Pamphilum* 95. *§.* 1. *De ſolut.* Inde quod non poteſt præſes prouinciæ efficere vt furti damnatum non ſequatur infamia niſi alia & ſeueriore pœna corporali eum puniat *l. quæ ergo* 12. *§. pen. De his qui not. infam. l. non poterit* 63. *D. de fur.* Pœnæ tamen modus non tam ex iure gentium eſt, quàm ex ciuili, id enim ad ciuilis legiſlatoris curã & prudentiam maximè pertinet, vt ex ciuium ſuorum moribus, & ad hæc aut illa crimina procliuiore inclinatione æſtimet quantam huic & illi crimini pœnam conſtituere debeat, aliquandó ſcilicet grauiorem, aliquando leuiorem, pro temporum, perſonarũ, locorum, & aliarum huiuſmodi circumſtantiarum diuerſitate *l. aut facta* 16. *in princip. & §. vlt. totóque tit. De pœn.* Nulla enim iure gentium certa pœna conſtituta eſt in vllo delicti genere, ob idque pœnas in ſingula crimina conſtitutas non ſolum pro varietate prouinciarum varias eſſe videmus, ſed etiam in eadem prouincia ſæpenumero immutatas. Sed aliud eſt de pœna in genere, aliud de pœnæ modo tractare. Solet tamen legiſlator ciuilis eſſe ſeuerior, eámque rationem quæ maleficia puniri ſuadet, ac quam *magnam* vocat Iurec. *in d. l.* 70. *§. vlt. de fideiuſſ.* alij rationi cuilibet etiam quæ ex naturali & gentium iure ſit anteferre *l. bona fides* 31. *vbi eſt text. elegans* D. *de poſ.* vbi ratio redditur *nam malè meritus publicè, vt exemplo aliis ad deterrẽda maleficia ſit, etiã egeſtate laborare debet.* Experientia enim compertũ eſt pœnæ metu plerosque ad peccandũ alioqui procliues à peccando arceri *l. vlt. in princip. C. de epiſc. & cleric. l. quoniam*

niam 7. C. ad leg. Fab. de plagiar. Sicut è contrario, pœnæ remiſſio facit perſæpe, vt ad crimina temerè proſiliatur *l. ſi operis* 14. C. *de pœn.* Etſi placet in pœnalibus cauſis iudicem ſequi debere benigniorem interpretationem *l. ſa ctum* 155. *§. vlt. De reg. iur.* & mitiorem legē *l. præſes* 32. *in fin. D. de pœn.* legúmq; pœnas mollire interpretatione potiùs quàm exaſperare *l. pen. eod.* Denique licèt perſpiciendum ſit bono iudici ne quid aut duriùs aut remiſsiùs conſtituatur, quàm cauſa depoſcit, quia neque ſeueritatis neque clementiæ gloriã adfectare debet, ſed perpenſo iudicio prout quęque res expoſtulat, ſtatuere, tamen in leuioribus cauſis pronior eſſe debet ad lenitatem, in grauioribus verò pœnis ſeueritatem legum ſubſequi cum aliquo temperamento benignitatis, vt eleganter Marcianus ait in *l. perſpiciendum* 11. *eod. tit.* Idque fit ex ratione etiam naturali & iuris gentium, quia cùm inter omnes homines cognationem quandam natura conſtituerit, non ſolùm hominem homini inſidiari, & per iuſtitiæ ſpeciem nocere nefas eſt *d. l. 3. D. hoc tit.* Sed etiam hominem beneficio affici quantum ſaluis iuſtitiæ legibus fieri poteſt intereſt hominis *l. ſi venditor* 6. *§. vlt. De ſeru. export.* Eóque videtur reſpexiſſe Seneca cùm ſcripſit, veram iuſtitiam illam eſſe quæ debitam crimini pœnam quantumlibet iuſtam non ſine intimo iudicis dolore irrogat.

L. perſpiciendum 11. D. de pœn.

CONFVTATIO I.

De diuiſione iuris gentium in primæuum & ſecundarium.

COntra hoc Principium pugnat diſtinctio illa Doctorum quę duplex facit ius gentium, primæuum vnum, ſecũdarium alterum. Primæuum illud appellantes quod cum ipſo humano genere natum eſt, Secundarium verò quod gentium quarundam conſenſu paulatim inductum, tãdem ab omnibus gentibus receptum eſt *arg. l. 1. D. de acquir. rer. domin. & d. l. 8. §. vlt. De acceptil.* Nam cùm ius gentium ex naturali ratione ſemper æſtimandum ſit, potéſtne obſecro fieri, vt ratio fiat naturalis quæ priùs talis non fuerit? Aut contrà, vt ratio quæ primùm fuit naturalis, ob id talis eſſe deſinat, quòd deſierint à quibuſdam gentibus obſeruata eſſe quæ aliquando ab omnibus recepta fuere? Sed fiet res manifeſtior ex iis quæ de iure ciuili mox dicturi ſumus.

PRINCIPIVM IV.

De iure ciuili.

IVs ciuile ex ratione ciuili qua inductum fuit, eſtimandum eſt. Idque ſuperioribus omnino conſequens fit. Nam ſi verum vt verisſimum eſt, quod diximus ius omne æſtimandum eſſe ex ratione, ac proinde ius naturale & gentium ex ratione naturali, quid ſupereſt niſi vt ciuile quoque ius ex ratione ciuili æſtimemus? Ciuilem verò rationem eam voco, non quæ à naturali in totum abhorreat, ſed quæ ob publicam ciuium vtilitatem eò vſque pertingat, quò naturalis ipſa non poſſit pertingere. Non enim ratio quælibet naturalis ſufficiens eſt ad inducendum ius, ne quidem naturale, vt ſuprà probauimus exemplis pleriſque, ex pupillari obligatione, liberorum in paren-

Ciuilis ratio quanam ſit.

tum bonis ſucceſſione, & teſtamenti factione ſumptis, quæ omnia licèt rationem habeant naturalem, iuris tamen naturalis auctoritate non nituntur. Quanto minùs igitur naturalis ratio ſufficiens eſſe poterit ad inducendum ius ciuile? Et verò cùm ratio naturalis tanta eſt quantam eſſe oportet ad ius inducendum, inducit proculdubio ius naturale, nec neceſſe eſt vt de ciuili in lucendo tractemus, quandoquidem nihil prohibet ciuitatem quamlibet eo quoque vti iure quod gentium omnium ſit commune, quódque vel ob hoc ipſum commune appellatur, quia non huius vel illius populi ſit, ſed gentium omnium *l. omnes populi 9. D. hoc tit.* vbi Caius ſcribit, Omnes populos qui legibus, & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vti. Quod & Iuſtinianus in *§. 1. huius tit.* ad populum Romanum ſpecialiter accommodat. Itaque quoties de illo dubitatur, An iuris gentium quid ſit an ciuilis, quomodo dubitari ſolet de teſtamento, de acceptilatione aliiſque nonnullis, illud tantùm inſpiciendum eſt, An ratione naturali inductum illud ſit, an ciuili. Et hæc vera germanáque iuris ciuilis diffinitio eſt. Illa verò deſcriptio potiùs, quam tradit Vlpianus in *l. ius ciuile 6. D. hoc tit.* vbi ait, Ius ciuile id eſſe quod neque in totum à naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei ſeruit. *Itaque*, inquit, *cùm aliquid addimus vel detrahimus iuris communi, ius proprium ciuitatis, id eſt ciuile, efficimus.* Nec illa rurſum iuris ciuilis diffinitio eſt, ſed potiùs partium enumeratio quæ ex Papiniano proponitur in *l. ſeq.* his verbis *Ius ciuile eſt, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis Principum, auctoritate prudentium venit.* Sunt enim iſtę partes vt ita dicam integrales, ex quibus totum ius ciuile conſtat & perficitur.

ILLATIO I.

De teſtamenti factione tam actiua quàm paſſiua.

EX hoc Principio fit, quod in præcedentibus iam attigimus vt dubitari nequeat quin teſtamenti factio ſit merè iuris ciuilis, nullomodo iuris naturalis aut gentium ſiue primæui, ſiue ſecundarij: quamuis ita vulgò ab interpretibus tradatur. Etſi enim non caret ratione naturali deſiderium hominis teſtari volentis, nec ferè gens vlla vnquam fuit tam barbara quæ teſtamentorum vſum non habuerit, fatendum tamen eſt ratione naturali fieri nullomodo poſſe vt quis teſtetur, aut alio vltimæ voluntatis genere diſponat de bonis ſuis, Cùm eiuſmodi diſpoſitionis effectus conferatur in id tempus quo teſtator amplius non erit dominus, id eſt quo erit iã mortuus *l. 1. D qui teſtam. facer. poſſ.* vt diximus, *ad Princ. 2. paullo ant. fin. hoc tit.* Itaque neceſſe fuit ciuibus Romanis habere in eã rem legem duodecim tabularum his verbis conceptam *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto. l. verbis legis* 120. *De verb. ſignific.* Cúmque poſteà legibus Furia & Voconia ea teſtandi libera facultas valde reſtricta eſſet prohibito teſtatore ne cui legare poſſet ſupra mille aſſes, aut plus quàm penes heredem remanſurum eſſet ne nullo commodo inuitatus heres repudiaret hereditatem legatis exhauſtam, vel oneratã, atq; ita faceret vt interciderẽt legata, vt Iuſtin. refert *tit. ad leg. Falcid. infr.* neceſſe fuit eam libertatem reſtitui per legem falcidiã, hactenus tamen ne minùs quàm partem quartam heres caperet ex teſtamento *l. 1. all. tit. D. ad leg. fal.*

L. verbis legis 120. D. de verb. ſignific.

Digitized by Google

leg. falcid. Itaque ex eo tempore de quadrante hereditatis legando disponere testator nullomodo potest, non quòd ei prohibitum sit, sed quia non est permissum. Aliud enim est si quid lex prohibeat, Aliud si non permittat: sicut & aliud est permittere, aliud non prohibere *l necnon* 28. §. *quoad eius D. ex quib. caus. maior. l.* 1. *D. de manumiss.* Hinc est quòd filiusfamilias testandi facultatem non habet, ne quidem permittente patre *l. qui in potestate* 6. *D. qui testam. facer. poss. l. tam is* 25. §. *filiusfamilias De mort. caus. donat.* quia lex duodecim tabularum in testamenti factione inducenda de patrefamilias tantùm locuta est. Inde quod neque deportati neque peregrini heredes instituì possunt *l.* 1. *C. de hered. instit.* quia lex duodecim tabularum, quemadmodum & lex falcidia solis ciuibus Romanis scripta est. Deportati autem non magis ciues sunt quàm peregrini cùm deportatione ciuitas amittatur, licèt libertas retineatur §. *minor. infr. De capit. diminut.* ob idque sunt peregrini quo nomine significantur quotquot ciues romani non sunt *l. sed si condicium* 6. §. *solemus D. eod. l. sed si hac lege* 10. §. *sed si per pœnam D. de in ius vocand. l.* 1. §. *hi quibus de legat.* 3. vbi & ἀπόλιδες dicuntur id est extorres, & sine ciuitate *l. sunt quidam* 17. §. 1. *D. de pœn.* quo loco Marcianus scribit, quod ad rem nostrã valde pertinet, deportatos istos sicut & in opus publicum perpetuo datos, cùm sine ciuitate sint ea quidem quę iuris ciuilis sunt amittere, sed quæ sunt iuris gentium retinere. Ergo & factionem testamenti haberent tã actiuam quàm passiuã si esset illa iuris gẽtium ac non potiùs vtraque iuris ciuilis. Quemadmodum nec patresfamilias à filiisfamilias ius gentium distinguit, cui nimirum incognitum est ius patriæ potestatis quod totum est iuris ciuilis & proprium romanorum, vt suprà diximus, & latiùs tractabimus ad *tit. De patr. potest.* Denique inde est quod nemo facere potest quin leges in suo testamento locum habeant *l. nemo potest* 55. *de legat.* 1.

L. 1. D. *ad leg. falcid.*

L. qui in potestate 6. *D. qui testam. facer. poss. l. tam is* 25. §. *de mor. caus. donat.*

L. 1 *C. de hered. instit.*

L. sunt quidam 17. §. 1. *D. de pœn.*

L. nemo potest 55. *de legat.* 1.

ILLAT. II.

De iure habendi heredem ab intestato.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt non solùm testamenti factio tam actiua quàm passiua, vt interpretes loquuntur, sed etiam ius habendi heredis ab intestato *l. lege obuenire* 130. *De verb. signif.* adeóque nomen ipsum heredis totum sit iuris ciuilis nec iuris gentium dici vllomodo possit. Nam cùm heres vetere latina lingua nihil nisi dominum significet §. *vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.* dominus autem fieri nemo possit iure gentium, nisi per traditionem à domino factam si in alicuius bonis res sit, vel per occupationem si in bonis nullius, Apparet mortuo patrefamilias non posse filium agnatúmve proximum fieri dominum nemine iam existente à quo res hereditarias per traditionem accipere possit, siquidem is qui verus dominus fuit ex quo mortuus est, nullus est, qui autem nullus est tradere non potest, cùm traditio sit facti factúmque certæ personæ demonstret *l. consilio* 9. §. *vlt. D. de curat. furio.* Quod si dicas, Posse igitur dominiũ acquiri iure gentiũ per occupationẽ tãquã earũ rerũ quæ in nullius bonis sint *l.* 1. *D. de rer. diuis. l.* 3 *in prin. D. de peculi.* Admittã equidẽ nõ inuitus, sed negabo fieri eum dominum quasi filiũ aut proximũ agnatũ, sed eo prorsus iure quo alius quilibet dominus fieret qui primus defuncti bona occuparet. Ius enim gentium in hoc acquirendi genere fauet primo occupanti non filio aut cognato, Multo minùs

fuo heredi aut agnato quæ ſunt nomina ciuilia non naturalia *l.tutelas 7. D. de capit. minut. l.capitis 11. D. de ſuis & legit.* Legis ergo ciuilis auxilium neceſſariũ fuit vt quis ab inteſtato heres fieri poſſet. Vnde & legitima hereditas dicitur quæ ab inteſtato defertur ſãquã obueniẽs ex lege, & legitimus heres qui ab inteſtato ſuccedit *l.1. & tot.tit. D. ſuis & legit. De & C.* etſi lege obuenire hereditatem nõ impiè quis dixerit etiam eam quæ ex teſtamento deferatur, quia lege 12.tab. hereditates omnes tam teſtamentariæ quàm legitimæ confirmantur *l. lege obuenire 130. De verb. ſignif. l.1. & 3. de petit. hered.* Legis autem duodecim tabularum in hanc rem verba illa fuerunt, *Si ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto l.2. §. hæc hereditas & ſeqq. l. Titius 6. D. de ſuis & legit.* Ex quo fit vt filius emancipatus patri inteſtato ſuccedere iure ciuili nullomodo poſſit, quia neque ſuus eſt, neque agnatus cùm per emancipationem exierit de familia factúſque ſit extrancus quod ad ius ciuile pertinet *§. minima infr. de capit. minut. l. vlt. D. eod. l. ſi genero 26. C. de iur. dot.* quamuis non eo minus iure naturali & gentium remaneat filius, ideóque ex prætoris edicto vocetur ad bonorũ poſſeſſionẽ, vt dicemus *infr. ad tit De bon. poſſeſſ.* Idémq; in cognatis iuris eſt: id eſt qui per ſexũ fœmininũ nobis cõiuncti ſunt, vt iure ciuili ad legitimas hereditates nõ admittãtur, quia de ſolis agnatis lex locuta eſt, id eſt de cognatis per virilẽ ſexũ nobis coniunctis *l.2. §. adgnati De ſuis & legit.* Propter quã causã ſcribit Vlp. *in l.1. D. vnd. cognat.* bonorũ poſſeſſionẽ quam iis prætor defert ex illo capite, Vnde cognati, nudam habere prætoris indulgentiam, neque ex iure ciuili originem habere, cùm eos inuitet prætor ad bonorum poſſeſſionem qui iure ciuili ad ſucceſſionem admitti nõ poſſunt. An quia cognatos ab inteſtato ſuccedere lex ciuilis prohibeat? Minimè, ſed quia nec eos vocat de quibus ſcilicet nullomodo locuta eſt, quod ipſum ſufficit vt ſuccedere non poſſint. Ergo vel ex eo maximè apparet non poſſe ab inteſtato ſuccedi ſine lege ciuili. Alioqui poſſent ab inteſtato ſuccedere quotquot iure naturali & gentiũ eſſent cogniti, vt ſunt cognati omnes, nec alij eſſent ſucceſſionis incapaces, quàm qui ſuccedere prohibiti eſſent legibus, non illi etiam quibus ſpecialiter & nominatim permiſſum non eſſet vt ſuccedere poſſent. Etſi enim ius ciuile potentius eſſet iure gentium in eo in quo ei expreſsè derogaſſet *d.l. ius ciuile 6. D. hoc tit.* in iis tamen in quibus nihil eſſet immutatum cur ſtare prohiberetur? *arg. l. ſancimus 27. C. de teſtam.*

L. lege obuenire 130. De verb ſignif.

L. vlt. D de capit. minu. l. ſi genero 26. C. de iur. dot.

L.1. D. vnd. cognat.

ILLATIO III.

De nominibus heredis & hereditatis.

TErtiò ex eodem Principio fit vt non tantùm *heredis*, ſed etiam *hereditatis* & nomen & ius, acceptum ferri debeat iuri ciuili non gentium aut naturali *l. hereditas 50. D. de petit. hered.* vbi Papin. ſcribit hereditatem etiam ſine vllo corpore iuris intellectum habere. Cui ſimile eſt quod pleriſque locis ſcriptum legimus eſſe id nomẽ iuris *l.3. §.1. D. bonor. poſſ. l. hereditatis 119. l. pecunia 178. §. hereditas l. bonorum 208. De verb. ſignific.* Nam cùm hereditas illa ſit quæ facit heredem (neque enim potuit lex facere vt qui nullam poſſet habere hereditatem, heredem aliquem habere poſſet *l. lex Cornelia 28. verſ. quia non efficitur D. de vulg. & pupill. ſubſt.*) conſequens eſt vt non aliter potuerit lex inducere ius habendi heredis, quàm ſi primùm induceret ius habendæ hereditatis. *l. filius familias 18. D. ad leg. falcid.* Vt enim heres ſiue teſtamentarius ſiue legi-

L. hereditas 50. D. de petit. hered.

timus

timus fieri posset heres id est dominus, vt suprà interpretati sumus ex §. vlt. *Inst. de hered. qualit. & differ.* necesse fuit aliqua ratione induci cõtinuationem dominij illius quod fuerat patrisfamilias priùs quàm moreretur, vt quamuis morte desiisset ille esse dominus, non tamen ideo bona eius facta intelligerentur bona nullius, sed dominum aliquem habere intelligerentur, ne alioqui iure ipso gentium fieri possent primi occupantis. *l. 3. De acquir. rer. domin.* Id verò non melius fieri posse visum est quàm inducto per fictionem iure & nomine *hereditatis* quæ defuncti personam repræsentaret, in id vsque tempus quo heres aliquis appareret qui se dominum posset dicere *l. nouatio 24. in fin. D. de nouat. l. non minus 31. §. 1. D. de hered. instit.* vbi Caius ex hoc infert hereditarium seruum etiam antè aditam hereditatem posse heredem stitui, quia licèt non habeant serui factionem testamenti passiuam nisi ex personis dominorum, hic tamen dominum habere creditur, ipsam videlicet hereditatem quæ defuncti locum obtinet. Sic in *l hereditas 61. De acquir. rer. dom.* Hermogenianus scribit, hereditatem in multis partibus iuris pro domino haberi, adeóque hereditati quoque vt domino per seruum hereditarium acquiri. Rectè autem *Pro domino haberi* scilicet per fictionẽ. Nam rei veritate inspecta res hereditariæ antequàm aliquis heres existat in nullius bonis sunt *l. 1. D. de rer. diuis. l. 3 in princ. D. de pecul.* Cur verò addidit *in multis iuris partibus?* An quia non semper? Ita est. Cùm enim *hereditas* vt dixi sit nomen fictitium iuris, non potest habere illum effectum vt domini vicem & personam repræsentet nisi in ijs quæ sunt iuris, non etiam in ijs quæ sunt facti, quoniam ad ea quæ facti sunt, & realem habere debent existentiã iuris fictiones non pertinẽt *l denique 29. D. ex quib. caus. maior. l. in bello 12. §. facti D. de capt. & postlim.* Vnde est quod *ipso iure* fieri dicimus illa quæ fiunt sola iuris potestate nullo facto hominis interueniẽte *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret D. de pact.* Aliud est fieri quid subtili & mero iure *l. 4. §. si viam 27. De vsucap.* Atque ita Hermogenianus ipse interpretatur, cùm subiicit *In his sanè in quibus factum personæ, operæve substantia desideratur, nihil hereditati queri per seruum potest.* Ex quo infert neque hereditatem seruo hereditario delatam adiri per eum posse quousque heres aliquis sit qui iubere possit adiri, neque per seruum hereditariũ acquiri posse vsum fructum, quòd is sine persona vera non ficta constitui non possit. *l. vsusfructus 26. D. de stipulat. seruor.* Adde, neque hereditati furtum fieri posse, nisi in casibus de quibus *in l. hereditaria 68. & seqq. De furt. l. vlt. D. expil. hared.* vbi additur *sicut nec eius quæ sine domino est.* Nec enim furtum fit nisi sit cui fiat *l. falsus 45. §. qui alienum ver. quòd si dominus De furt.* siquidem furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino *l. qui vas 48. §. qui ex voluntate eod.* Ergo dominum aliquem esse necesse est, & quidem qui nolle intelligatur hoc ipso quod non vult nec consentit. Velle autem & nolle facti est *l. 4. De acq. hered. l. 3. & 4. De reg. iur. l. voluntatis 7. C. de fideic.* ideóque non cadit in hereditatem quæ licet personam repræsentet, tamen personam non habet. Aliam rationem reddit Vlpian. ex Scæuola *in l. 1. §. Scæuola si is qui test. lib. esse iuss.* quod possessionis furtum fiat non dominij *l. 1. in fin. De furt. l. 1. circ. fin. D. de distr. pign.* Dominia enim non nisi certis & legitimis modis amitti possunt inter quos non est furtum *l. id quod nostrum 24. De reg. iur.* propter quod etiam vsucapio impeditur *§. furtiua inst. de vsucap. l. vbi lex 24. l. non solum 33. eod.* Denique si possessor nullus sit

l. nouatio 24. in fin. D. de nouat. l. non minùs 31. §. 1. D. de hered. instit. l. hereditas 61. De acquir. rer. domin.

Ipso iure fieri quid sit.

Tit. Expil. hered.

furtum non fit *d.§.Scæuola.* nisi cùm præsentia pro possessione est quasi transf lata breui manu possessione & occultato actu traditionis vt *in d.l.falsus* 43. *§.si is qui de furt.* iunct. *l.3.§.pen.de donat.int.vir.& vxor.* Atqui possessionem hereditas non habet quæ facti est & animi. Siue enim possessio à sedibus dicta sit, siue à pedum positione *l.1.De acq.poss.* certum est hereditatem neque pedes habere neque sedes. Itaque necesse fuit inuicem actionis furti induci actionem expilatæ hereditatis *l.1.2.& tot.tit. Exp.hered.*

Per hereditatem repræsentari personam testatoris non heredis.

AD hãc illationem illud etiam pertinet quod plerisque locis proditum est hereditatem non heredis sed defuncti personam sustinere *d. l. non minus* 31.§.1. *De hered.instit. l. in eo* 33.*§.vlt. cum l.seq. De acquir.rer.domin.* Nam cùm non aliã ob causam iure ciuili inducta sit hæc fictio hereditatis nisi ad continuandũ in personã heredis dominiũ quod fuerat defuncti, ne alioqui posset illud interim fieri primi occupantis, quemadmodũ diximus, non potuisset huic periculo occurrere ciuilis legislator si constituisset vt hereditas nõ defuncti sed heredis personã repræsentaret. Perinde enim euenisset vt ante aditionem sicuti heres nullus esset (fit enim heres per aditionem non per institutionem aut per mortem testatoris vel intestati patrisfamilias *l. ei qui soluendo* 88. *de her.instit. l.post aditam* 5. C. *de impub. & aliis substit. l. delata* 151. *De verb. signific.*) ita & nullius remanerent bona quæ ex instãti mortis domini nullius fuissent, atq; ita similiter primi occupantis fieri potuissent. Quod nõ æquè contingit hereditate personã defuncti repræsentante, quia cùm instans extremũ vitæ quo moritur paterfamilias, vitæ adscribatur (nec enim qui iã mortuus est mori potest, sed qui adhuc viuit *l. vlt. D. de cõdic. instit. l. qui duos* 18.§.1. *D. de manum. test.*) non potest dici eo instanti nullius esse bona quæ dominum adhuc viuentẽ habent: Nec rursus primo post mortem instanti, quod immediatè sequitur extremum instans vitæ, quoniam eo demũ instanti per legẽ inducitur hereditas quæ domini personã repræsentãdo fit domina eorũ omniũ quorum dominus defunctus fuit, tandiúque manet domina quandiu heres nullus est. Superueniente autẽ herede, qui sicut personã verã habet ita & verus dominus est, desinit esse hereditas, fitque propriũ reuera heredis patrimoniũ, quia fictionibus omnibus à iure introductis cõmune illud est vt quẽadmodũ non nisi ex necessitate inducuntur, ita cessante necessitate euanescant, itẽ quia defuncti persona multõ faciliùs & cõmodiùs repræsentatur per veram heredis personam, quàm per hereditatem, quæ vt dixi ex iuris tantùm fictione consistit, ideóque ne medio illo tẽpore quod inter mortem patrisfamilias & hereditatis aditionem intercesit, bona iacuisse videantur sublata fictione hereditatis, necesse fuit in locum illius fictionis aliã induci per quam heres quandocũque adita hereditate iam inde à die mortis testatoris cãm adisse retrofingeretur ad coniungenda instantia mortis & aditionis *l. heres quandocunque* 54. *De acq.hered. l.si ex re* 28.*§.vlt. D. de stipulat. seruor. l. omnia ferè* 193. *de regul. iur.* sicut & lex Cornelia de captiuis apud hostes mortuis iungit morti diem captiuitatis *l. iusto errore* 42. *§. vlt. D. de vsucap.* Ita fit vtriusque illius fictionis beneficio, vt nullum instans sit, quo dici aut videri possint bona hereditaria sine domino iacuisse, ac tanquam iacentia & nullius bona primo occupanti acquiri potuisse, sed vt à defuncto

functo in heredē dominium sine vlla interruptione continuetur. Nec est contrarium superioribus quod in *d.l.nouatio* 24. *D. de nouat.* scriptum videtur hereditatem interim sustinere personam heredis. Nam dictio illa *cuius* non ad heredem referenda est, sed ad promissorem, acsi scriptum esset *ad heredem promissoris, cuius*, aut potiùs *ad heredem eius cuius*. Illud enim pronomen antecedens *eius* plerumque & facilè subintelligitur, & in suo relatiuo tacitè continetur. *L. nouatio 24. D. de nouat.*

De continuatione dominij in suos heredes.

HVic etiam illationi consequens illud est quod Paulus scribit *in l. in suis* 11. *De lib. & posth.* in suis heredibus continuationem dominij eò rem perducere vt nulla hereditas esse, aut vnquam fuisse intelligatur, quasi olim hi domini essent, qui viuo etiam patre quodammodo domini existimantur: vnde, inquit, etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licèt non sint heredes instituti, domini sunt & heredes, nec obstat quod licet eos exheredare, quos & occidere olim licebat. Hactenᵘ Paulus. Ex quo loco apparet quicquid alibi scriptum est de paterna hereditate cùm de suis heredibus agitur, minùs propriè scriptum esse, & ad communem loquendi vsum accommodatè potiùs quàm ex vera subtilique iuris ratione. Nam si neque hereditas nulla est sine iuris fictione, neque iuris fictio vlla sine necessitate, nec denique necessitas vlla inducēdæ per fictionem hereditatis nisi ad continuandum dominium in heredem. Prorsus consequens est non posse vllam hereditatem esse patris, qui habeat suum heredem. Hinc est quod filiusfamilias non dicitur patris heres sed suus, quasi non tam patri quàm tibi ipsi succedat, non in iure dominij, sed in iure plenioris vt dixi administrationis. Sic nec hereditatem adire dicitur, sed se immiscere *l. eum bonis* 87. *De acquir. hered.* non heres fieri sed existere & apparere *l. in suis* 14. *De suis & legit.* ita vt neque dici possit ei vnquam delata hereditas, cùm delata dicatur ea demum quam quis possit adeundo consequi *l. delata* 151. *De verb. signi.* Imo nec illud probo quod recentiores tradūt, In suis heredibus idem instans esse delatæ & acquisitæ hereditatis. Nullum enim est instans quo possit dici ijs delata vel acquisita, cùm sicut heres dominum significat, ita & hereditas dominium. Porrò suis heredibus dominium iam viuo patre vt dixi quæsitum intelligatur *d.l.* 11. *De lib. & post.* Ideóque lex duodecim tabularum non de suis heredibus sic locuta est, quomodo de agnatis de quibus ita cauit, *agnatus proximus familiā habeto*, sed posuit tantùm eos in cōdicione his verbis *si suus heres non erit.* Quia scilicet non indigebant sui heredes vt vocarentur ad hereditatem: quomodo agnati indigebant. Inde etiā est, quòd qui sunt in potestate statim sunt heredes ex testamento, nec quod se possunt abstinere quicquam, facit inquit *l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* Nam nec est sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinentem *l. cùm quasi* 30, *§. sed etsi suus D. de fideic. libert.* Abstentio enim beneficium Prætoris est, qui sicut heredis ius & nomen dare non potuit *§. quos autem Inst. de bonorum possession.* ita neque adimere aut facere *L. in suis 11. D. de liber. & posthum.*

quominùs filiusfam.etiam post abstentionem teneatur creditoribus heredi tariis summo iure, sed tantum vt creditoribus contra eum actio denegetur quam dare prætoris est *l.necessarijs* 57.*De acquir.hered.*vt denique effectu ipso heredis loco non habeatur *l.si filius* 12.*D.de interrog.in iur.faciend.* Itaque non dicuntur sui heredes repudiare vt nec adire, quomodo extranei, sed se abstinere *l.pen.D.de autor.tutor.d.l.necessarijs. l.ex contractu* 45. *D. de re iudicat.* Post acquisitionem enim sera & inutilis repudiatio est *l.1.§. decretalis D.de succeſſ.edict.*

De possessione defuncti non continuanda in heredem.

l.1.§. Scaeuola D.si is qui testam. lib.ess iuss.

PEndet etiam ex superioribus quod scriptum est *in d.l.1.§.Scaeuola* D. *si is qui testam.lib.ess.iuss.*possessionem defuncti non transire in heredem priusquàm cœperit ipse possidere, quoniam hereditas id duntaxat in eũ transfundit quod est hereditatis:non fuit autem possessio hereditatis, quia facti potissimùm & maximè est possessio *l.denique* 19.*D.ex quib.caus.maior l.1.§. furiosus in fin.*De *acquir.poss.*licèt plurimum etiam ex iure mutuetur *l.possessio* 49.*in princip. D. eod.* in his autem quæ facti sunt hereditas personam defuncti repræsentare non potest *d.l.hereditas in multis* 61.*De acquir.rer. domin.* Idque est quod Iauolenus scribit *in l.cùm heredes* 23.*De acquir.poss.* Cùm here. es instituti sumus adita hereditate,omnia quidem iura ad nos transire, sed tamen possessionem nisi naturaliter comprehensa sit ad nos non pertinere.Neque probanda est distinctio interpretum existimantium aliam esse hac parte sui heredis,aliam extranei rationem, quasi in suum heredem cum dominio trãseat etiam possessio *ex l.cum miles* 30. *D.ex quib.caus.maior.*iúct. *d.l.in suis* 11.*De liber. & post.*Non enim de suis magis quàm de extraneis heredibus loquitur Paulus *in d l.*cùm miles & quod ait *possessionem defuncti quasi iunctam transire ad heredem* hunc sensum habet vt tempora possessionis defuncti iungantur temporibus possessionis heredis ac complendam vsucapionem vt non sit necesse heredi nouam vsucapionem inchoare, quomodo necesse esset si adminiculo antiquioris possessionis ex persona sui autoris nõ veteretur *l. Pomponius* 13. §. 1. *& seqq. D.de acquir poss.*Non etiam vt instantia possessionum defuncti & heredis sic iungantur quasi vna tantum possessio fuerit,iam inde ab instanti mortis defuncti in heredem translata, & quasi quod ad possessionis quoque causam attinet numquam iacuisse hereditas videatur.Sic namque Paulum intelligere malo quàm cum nonnullis *possessionem* interpretari *vsucapionem* ex *d.l.denique* 19.*eod.* vbi nec dubito quin possessionẽ dixerit I.C.nõ tã pro vsucapione quàm vt scripsi in Rationalib.pro lõgi tẽporis possessione quæ ad vsucapionẽ tamẽ proximè accedebat in illis verbis, *placet interruptam possessionem postliminio non restitui.* Quod tam apertum est ex ratione quæ sequitur *quia hæc sine possessione non consistit* vt nihil dici possit apertius. Cæterùm quod filiifamilias sunt quodammodo domini bonorum paternorum viuo patre,non potest facere vt videantur etiam possessores, quoniam qui in aliena potestate sunt, nihil habere possidere possunt,ne quidem rem peculiarem,sed tantùm eam tenere *d.l.possessio* 49.§. 1. vbi rationem Papin. reddit *quia possessio non tantum corporis, sed etiam iuris est.*Sensus est filiosfamilias eorum duntaxat capaces esse quæ sunt meri facti, non etiam illorum quæ siue in totum siue pro parte sint iuris, quod &

l.cùm heredes 23.D. de acquir. poss.

l.cùm miles 30.D.ex quib. caus. maior.

l.possessio 49.§.1. De acq.poss.

de

de ſeruis traditum eſt *in l.qui heredi* 44.*De condic.& demonſtr.* At poſſeſsionem non ex nuda tantùm detentione quam interpretes vulgo aſininam vocant æſtimari, ſed ex animo poſsidendi iure domini;cùm vt Theophilus definit,*poßidere* nihil aliud ſit quàm *ſibi & animo domini habere.* Non quòd vt verè quis poſsideat neceſſe ſit habere eum ius poſsidendi (alioqui nulla eſſet iniuſta poſſeſsio,quod falſum eſt *l.3.§.ex contrario eod.tit.*) ſed quia neceſſe eſt talem eum eſſe,qui poſsit eſſe dominus vt poſsit animo domini veréque poſsidere.Filius autem familias talis eſt vt quamuis ſit quodammodo dominus non poſsit tamen animo domini poſsidere, Non ſolùm ne faciat iniuriam patri qui dominus eſt, & veriùs & plenius, & quo adhuc viuo non poteſt non eſſe præmatura iſta poſſeſsionis paternæ occupatio *arg.l.1.§.ſi impubere* D.*de collat bonor.*ſed etiam quia & poſſeſsio quam aliunde filiusfamilias acquireret, patri per eum quæreretur *l.1.§.item adquirimus D.de acquir. poſſ.*Denique fieri non poteſt vt filius & pater ſint eorundem bonorum in ſolidum poſſeſſores *d.§.ex contrario.*Dices, neque fieri poſſe vt in ſolidum ſint domini vt ſ. prà diſputauimus ex *l.ſi vt certo* 5.*§.ſi duobus vehiculum* D *cõmod* Reſpondeo inde fieri vt nec filius poſsit dici verè & abſolutè dominus viuo patre,ſed *quodammodo dominus d.l.in ſuis*:nempe propter ius patriæ poteſtatis quod facit vt patris & filij vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur *l. adoptiuũ* 8.*De in ius voc l.ne cum filiofam.* 16.D.*de furt.l. vlt.* C.*de impub.& aliis ſubſt.l.cum ſemus* 22.*in fin* C.*de agric.& cenſit.lib.11.tit.*47. tantùm abeſt vt in ipſius patris præiudicium poſsit dominus dici vel videri. Itaque dicimus poſſe eum manumittere ſeruũ patris non ſolùm mandante patre,quo caſu videtur pater ipſe manumittere *l.pater* 22.D.*de manum.vind.* ſed etiã patre dũtaxat conſentiente *l. ſi conſentiente* 16. *l.nepos* 22. *de manum.* quod tamen facere non poſſet ſi nõ eſſet dominus Arg.eius quod de tutore ſcriptum eſt *in l.pen.*C.*qui manũ.nõ poſſ.*Sed tamẽ patris cõſenſus neceſſarius eſt ne fiat ei iniuria.Dominiũ enim cùm ſit iuris facilè admittit eiuſmodi adiectionẽ,ſiue ſi ctionem quandã eſſe velis, ſiue aliquod potiùs temperamentum.At non ſimiliter poſsis eum dicere *quaſi poſſeſſorem* quia cùm poſſeſsio magis facti ſit quàm iuris, neceſſe eſt vt vel nullomodo poſſeſſor ſit, vel verè & abſolutè ſit.Nec valde diſsimile eſt quod Iauolenus tractat *in d.l.cùm heredes* 23.*§.1. De acquir.poſſ.*eos qui in hoſtium poteſtatem peruenerunt, iure ſingulari iura rerum ſuarum retinere, ſed corporaliter tamen poſſeſsionem amittere, *Neque enim*, inquit *poſſunt videri aliquid poßidere, cùm ipſi ab alio poſsideantur.* Vnde infert, Iis reuerſis noua opus eſſe poſſeſsione, etiamſi medio tempore nemo res eorũ poſsederit, vt appareat poſſeſsionẽ multò magis facti eſſe quàm iuris, quoniam alioqui ſicut cætera iura omnia ita & poſſeſsionis ius durante captiuitate retinerent.Etſi autem filiusfamilias, cùm libera perſona ſit, à patre non poſsideatur, perinde tamen dicimus fieri non poſſe vt in poteſtate ſua quicquam habeat is qui ipſe non eſt ſuæ poteſtatis *l. ſic euenit* 21.D.*ad leg.Iul.de adult.* Quomodo autem poſsidere videri poteſt qui nec ipſam poſſeſsionem habere poſsit in ſua poteſtate?Et ſanè vſque adeò omnis acquiſitionis incapax eſt filiusfamilias volente patre ſibi acquiri, vt ne momento quidem temporis in eius perſona ſtare poſsit acquiſitio *l.placet* 79. D*e acq.hered.* Quanto igitur minùs fieri poteſt vt poſsideat res paternas viuo patre, ne peculiaribus quidem exceptis *dict.l.poſſeſsio §.*1. quia licèt ea

l.cùm heredes 23 §.1. eod.tit.De acquir. poſſ.

teneat ex patris voluntate, non eo minùs tamen & dominio & possessione remanent patris *l.3.§.sed vtrum ad fin.l.patri 27.D.de minor.* Verum igitur est quod contra interpretes defendimus, possessionem patris non posse transire in filium quamuis suum heredem. Quamquam illud quoque admittendum est huic iuri derogatum esse generali tere omnium locorum consuetudine quæ induxit vt non tantùm suus heres, sed etiam extraneus quilibet ex eo ipso instanti quo paterfamilias mortuus est, rerum omnium hereditariarum possessionem nactus intelligatur, ex eáque causa possit omnibus ijs interdictis experiri quæ veris possessoribus competunt, tam ad retinendam, quàm ad recuperandam possessionem, Quod nos cum Gallis sic enunciamus *Le mort saisit le vif.*

De hereditate conuersa in bona vacantia.

ILlud postremò ex hac tertia illatione colligimus, Siue quis ab initio nullum heredem habere potuerit, fortasis quia neque liberos neque agnatos, neque cognatos, neque vxorem habuit, Siue habere quidem heredem potuerit, sed tamẽ sine herede & successore decesserit, quia nemo sit qui eius heres bonorúmve possessor esse velit, ex eo instanti quo certum esse incipit nullũ esse successorẽ, desinere quoq; esse hereditatem, & fieri bona vacantia, fisco per consequentias acquirenda, si quid habeant vtilitatis & compendij *l.vlt.D.de succeſſ.edict.l.habere licere 57.D de euict.l.1.§.an bona & seq. D. de iur.fisc.* Nam si verum est quod diximus inductam esse à lege fictionem hereditatis ob hoc solùm vt possit lex facere heredẽ, omnino consequens est vt si heres esse nemo possit nulla quoque sit hereditas. In quo errant miserè nostri pragmatici qui hoc casu hereditatem iacere putant, eíque tanquam iacenti curatorẽ dãdum esse. Quod nos abundè & copiosè refutauimus in Decadibus nostris *De errorib.pragmat.* Adeò autem verum est desinere hoc casu hereditatem esse, fieríque bona vacantia, vt & idem sit inspecto iure Pandectarũ si suus heres se abstinuerit, aut agnatus proximus delatã sibi hereditatem repudiauerit, quia neque in suis, neque in agnatis fuit successio eo iure *l.1.§.sciendum D.de suis & legit.§.placebat Inst.de legit. agnat.succeſſ.* Ideo nimirum quod neque suus, neque agnatus proximus esse posset qui mortis tempore non fuisset, *l.2.§.proximum de suis & legit.l.scripto 7. D. vnd.lib.* lex autem de suis tantũ & de agnatis proximis locuta esset, nec nisi eorum gratia hereditatis legitimæ ius & nomẽ induxisset, Quod ius licèt prætor ex æquitate correxerit eo edicto quod ob hãc causam successoriũ appellatur, Placet tamen inferioris gradus cognatum edicti successorij beneficium non habere si prior cognatus possessionem acceperit, quamuis postmodum ad eã repudiandam restitutus sit propter auxiliũ ætatis aut quo alio iure, Ob idq; hoc etiam casu bona tanquam vacantia fisco deferũtur *l.vl.D.de succeſſ.edict.*

l.1.§.sciendum D. de suis & legit. §.placebat Inst.de legit. agnat. succeſſ.

l.vlt.D. de succeſſe. edict.

Ius succedendi siue ex testamento, siue ab intestato publicum est.

HVcque pertinet quod diximus ad Princip. 5. tituli præcedentis, Ius succedendi, siue ex testamẽto, siue ab intestato, dici publicum *in l.3.D.qui testam.fac.poss.l.quod bonis 15.§.1.D.ad leg.falcid.* Nõ alia ratione quàm quia sit ex legibus quæ sunt iuris publici *l.vlt.D.de suis & legit.* Adeò vt ante Senatusconsulta Tertyllianũ, & Orficianum nec filius matri intestatæ posset succe-

l.3.D.qui testam. facer. poss.l.quòd bonis 15.§.1. D.ad leg. falcid.l.vlt. D.de suis & legit.

Digitized by Google

ſuccedere nec mater filio inteſtato, vt dicemus ad illoš titulos, Propterea quod de ijs locuta non fuiſſet lex duodecim tabularum, ſed tantùm de agnatis, poſt ſuos in quorum numero neq; mater reſpectu filij, neque filius quod ad hereditatem matris poterat cõtineri, Licèt iam tũ verum eſſet matris nõ minus quàm patris hereditatem deberi liberis ratione naturali & ex cõmuni voto parentum, itémque luctuoſam filij hereditatem matri ſi non iure ſucceſsionis ſaltem ratione commiſerationis *l.nam etſi* 15.*in princ.*D. *de inoff. teſtam.d.l.ſcripto* 7.§.*vlt.*D.*vnd.liber.l.vlt.C.de inſtit.& ſubſtit.*

Concludamus igitur non modò factionem teſtamenti, ſed etiam ius ſuccedendi ab inteſtato iuris ciuilis eſſe non gentium aut naturalis, Inſpecta ſcilicet ratione quæ ius hoc induxit, quippe quæ tota ſit ciuilis, tametſi vix vlla gens ſit quæ & teſtamentariis & legitimis hereditatibus non vtatur: Vnaquæque ſcilicet ex ſuis legibus ſiue ſcriptis, ſiue non ſcriptis. Nihil enim refert.

ILLATIO IV.

De ſtipulatione & acceptilatione quòd ſint iuris ciuilis.

QVartò ex eodem ſupradicto principio fit vt & ſtipulatio & acceptilatio per conſequens, quia per ſtipulationem contrahitur, iuris tantùm ciuilis duci debeat non iuris gentium, licèt apud omnes ferè gentes receptiſsimus hodie ſit vſus & ſtipulationis & acceptilatiõnis. Ratio enim quæ & ſtipulationẽ & acceptilationẽ induxit tota eſt ciuilis, cùm non tã ex cõſenſu contrahentiũ (etſi eũ interuenire neceſſe eſt *l.inter ſtipulantem* 83.§.1.D*e verb.obligat.*) quàm ex verbis & ſtipulatio & acceptilatio æſtimetur, ex verbis inquã certis & ſollennibus, *l.1.de verb.oblig.l.plurib.* 7.*& ſeq.*D.*de acceptil.l.1.C. eod.* quæ ſollennitas non poteſt eſſe iuris gentium, cùm ex ratione naturali eſſe nequeat vt his potiùs quàm illis verbis obligetur quis aut liberetur *l.1.§. eſt autem empto D de contr.empt.l.1.D.locat.* Sed ad ius ciuile tota referenda eſt *l.penult.D.de ſolut.* Neque verò iure gentium induci ſtipulationem neceſſe fuit, quæ non aliã ob cauſam inuenta eſt quàm vt id quod iam alioqui debebatur firmiùs & efficaciùs deberetur, & per iudicem magis præciſe peti poſſet. Nomen enim ſumpſit à *ſtipulo* quod veteres pro firmo dicebant, vt Iuſtin. ſcribit *in princip. tit. De verb. oblig.* Pendéntque ſtipulationes omnes ex negotio iam contracto *l.5.verſ conuentionales* D.*eod.* Iure autẽ gentiũ ſicuti iubetur quiſq; bonã fidẽ agnoſcere *l.cùm amplius* 84.§.*is natura debet de reg iur.* ita nullis iſtis artibus opus eſt vt quod debetur præſtetur. Inde eſt quod etiãſi quis ſtipulãti ſpopõderit ſine cauſa, obligatur tamen iure ciuili, qui vtiq; iure gentiũ nullo modo eſt obligatus, Ideóque datur contra eum ex tali ſtipulatione agentẽ exceptio doli *l.2.§.circa D de doli excepr.* cui tũ deſt locus eſſe ſolet cùm id agẽtũ eſt ne cui dolus ſuus per occaſionẽ iuris ciuilis cõtra naturalẽ æquitatẽ proſit *l.1.eod.* Neq; pugnat quod *in l.an inutilis* 8.§.*vlt.de acceptil.* ſcribit Vlp. hoc iure nostri vt hodie iuris gẽtiũ ſit acceptilatio. Iã enim reſpõdimus ad Princ. 4. illa. 1. minùs propriè id dictũ eſſe pro eo quod dicere Vlp. voluit hodie apud omnes gẽtes receptũ eſſe vſum acceptilationis, ſicut & ſtipulationis. Id enim eorũ quæ iuris gentium ſunt proprium aut potiùs commune eſſe videtur, vt apud omnes gentes peræquè ſeruentur *l.omnes populi* 9.*in fine D. de iuſtit & iur. leg.* 1. *De acquiren.rerum dominio.*

l.1.De verb. oblig.l.pluribus 7.*& ſeq.D.de acceptilat.l.* 1. *C.eod.*

l.2.§.circa D.de doli mal.except. l.an inutilis 8.§.*vlt.* D. *de acceptilat.*

Digitized by Google

Solent enim quæ sunt iuris ciuilis eius ciuitatis & reipublicæ vbi primùm inducta sunt finibus coerceri. Cæterùm non eo minus acceptilationem etiam hodie iuris ciuilis esse ille ipse Vlpiani locus probat, cum post eam illationem *& ideo puto & græcè posse acceptum fieri* subiungit *dummodo sic fiat vt latinis verbis solet.* Ita exigens sollennitatem illam verborum, quam ius gentium vt diximus non solum inducere non potest, sed nec admittere *d. l. 1. §.* est autem emptio D. *de contr. empt. d. l.* 1. D. *locat.* Verba enim græca hic opponimus legitimis vt & *in leg. penult. C. de testam. man. l. vlt. C. de test. tutel.* legitima verò non alia sunt quàm quæ ciuilia dicuntur *in l. verbis 7. De valg. & pup. subst.*

ILLATIO V.

De actionibus.

l. 2. §. deinde ex his legibus De orig. iur.

QVintò ex eodem Principio fit vt quamuis obligationes penè omnes iure gentium fuerint introductæ, nulla tamen actio iure gentium comparata sit, sed omnes quotquot sunt actiones iure ciuili sint institutæ *l. 2. §. deinde ex his legibus de origin. iur.* vbi Pomponius scribit latis primùm legibus duodecim tabularum adiectáque prudentum ad eas interpretatione eodem ferè tempore actiones compositas esse, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones, inquit ille, ne populus prout vellet instituerent certas sollennésque esse prudentes voluerunt. Nec quod dici solet obligationem matrem esse actionis *l. licèt* 43. *§. ea obligatio* D. *de procur.* facere potest vt quemadmodum obligationes ita & quæ ex iis nascuntur actiones dici debeant iuris gentium. Quis enim actionum vsus esse posset, aut quæ necessitas si ius gentium inter homines inuiolabile seruaretur? Comparatæ nimirum sunt actiones & comparandæ fuerunt ad exercenda iudicia, ob idque diffinitur actio vt sit ius persequendi in iudicio quod sibi debetur *leg. nihil aliud* 51. *de obligat. & act.* Iudicia autem non nisi contra inuitos exercentur *d. l. inter* 85. *§. 1. de verb. obligat.* id est contra eos qui bonam fidem vltro nolunt agnoscere *l. quoties* 9. *§. sicut autem versiculo nec vtique* D. *de admin. & peric. tutor.* Ex quo intelligimus, non minus iudicia quàm actiones iuris esse ciuilis, quod hac parte vt & aliàs persæpe subsidiarium est iuri gentium, ne alioqui improbo cuique liceat rupta fide ius gentium impunè violare. Ergo & ea omnia quæ ad iudicij exercitionem pertinent iuris ciuilis erunt non iuris gentium, vt puta citatio, libellus, exceptio, replicatio & alia quæ Gothofr. ex ordine congerit ad *l. ex hoc iure* 6. D. *hoc tit.* Etsi non ignoro interpretes nostros vulgo tradere citationem esse iuris naturalis adeóque diuini ex verbis illis Dei Opt. Max. ad Adamum *Adam vbi es?* Sed parum subtiliter. Aliud enim est fieri citationem ex ratione naturali quod admitto libentissimè, Aliud verò fieri ex iure naturali, quod nego. Omnium enim actionum instituendarum principium ab ea edicti parte proficiscitur quæ est de in ius vocando *§. omnium Inst. de pœn. temer. litig.* Denique eorum omnium quæ tota iuris ciuilis sunt, cuiusmodi esse diximus actiones & iudicia, partes quoq; omnes iuris ciuilis esse necesse est, ne vna & eadem res diuerso iure censeatur *l. eum qui* 23. D. *de vsucap.* Et vt generalius dicam quæcunque sollennitatem aliquam desiderant, ea iuris ciuilis

Iudicia omnia sicut & actiones omnes sunt iuris ciuilis.

sem-

Digitized by Google

semper sunt quod ideo sollenne ius appellatur in *l. nec ex prætorio 27. de reg. iur.* iuris gentium esse nullomodo possunt, quia sollennitates omnes ciuilem tantùm rationem habent (qualis illa est quam tradit Pompon. *in d. §. deinde, ne populus prout vellet instituerent actiones*) non etiam naturalem. Inde est quod circa actiones singulis competentes pro arbitrio Princeps disponere potest, circa obligationes quæ sunt ex iure gentium, non potest, vt tractãt nostri ad *l. vlt. C. si contr. ius vel vtil. publ.* quia ius ciuile pro abitrio Principis mutabile est, ius gentium non item *§. vlt. infr. hoc tit.* Ius autem ciuile hîc generaliter intelligimus vt etiam prętorium comprehendat ex quo etiam plęręque sunt actiones *d. l. nec ex prætorio 27. De reg. iur.* iis scilicet casibus quibus ciuiles nullæ sunt proditæ si ad id respicias quod fuit ordinarij iuris prætorij *l. 7. §. 1. vers. miratur D. naut. caup. stabul.*

L. nec prætorio 27. De reg. iur.

CONFVTATIO I.

De iis quæ dicuntur esse iuris gentium origine, ciuilis verò quantum ad sollennitates.

CONtra hoc Principium pugnat quod vulgo interpretibus placet, testamentum, acceptilationem, & alia si qua sunt huiusmodi origine esse iuris gentium, ciuilis verò quod ad sollennitates dũtaxat: Sunt enim merè iuris ciuilis tanquam inducta mera ratione ciuili, quamuis apud omnes gentes recepta sint, vt probauimus. Idque ex eo apparet euidentiùs quod quamuis seruitutes iure gentium non ciuili introductas fuisse certum sit, vt diximus in superioribus, Si tamen liber homo maior annis viginti se vendĩdari passus sit ad precium participandum, placet fieri eum seruum non gentium iure sed ciuili *§. pen infr. De iur. person.* id est ex senatusconsultis de quibus *in l. 3. D. quib. ad libert. proclam. non licet.* Nimirum quia eæ demum seruitutes sunt iuris gentium quæ inductæ sunt ratione aliqua naturali gentibus omnibus communi, id est pęr bella & captiuitates, sine quibus humana societas vt suprà diximus stare non posset. At hæc species seruitutis non nisi ciuilem rationem habet, ciuiúmque romanorum speciali lege constitutam. Iuris ergo ciuilis est.

§. pen Inst. de iur. person l. 3. D. quib. ad libert. procl. non licet.

PRINCIPIVM VI.

De iuris ciuilis diuisione, ac primùm De legibus scriptis earumque interpretatione.

OMne ius ciuile aut scriptum est, aut non scriptum. Scriptum constat ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, Principum placitis, magistratuum edictis, prudẽtum responsis. Non scriptum est quod longa consuetudine populique moribus inductum pro lege custoditur l. ius ciuile 6. §. 1. & l. seq. D. hoc tit. l. de quibus 32. D. *de legib.* Est enim summa & perfecta hæc totius iuris ciuilis diuisio. Siquidem *scriptum* & nõ *scriptum* non solùm contraria sunt, sed etiã contradictoria, inter quę vt dicunt philosophi, medium nullum esse potest, nihil tertium. Scriptum autem intelligimus quod ex suo scripto æstimatur, sed ita tamen vt pro scripto habeamus non solùm id quod verbis & literis diserte expressum

L. ius ciuile 6. §. 1. & l. seq. De inst. & iur. l. de quibus 32. D. de legib.

Digitized by Google

eſt,ſed id etiam omne quod veriſimile ſit eſſe ex ſententia legiſlatoris,ſiue populus ille fuit,ſiue Princeps,ſiue magiſtratus,ſiue autoritas prudentum. Etſi enim vt in cæteris omnibus,ita in legibus maximè verba ſpectanda ſunt, propterea quòd non aliud ſenſiſſe quis facilè credendus ſit, quàm quod dixerit *l. Labeo* 7.§.*Seruius De ſupell.leg.t.l.non aliter* 69.*De verb.ſignif.* ſemper tamen prior atque potentior eſt quàm vox,mens dicentis *d.*§.*Seruius ad fin.l.cùm de*

L.ſcire leges 17. *eod. tit. De legib.*

lanionis 28.§.*aſinam verſ.optimum D.de inſtruct.& inſtr.legat.* Ideóque dicimus ſcire leges non hoc eſſe,verba earum tenere ſed vim ac poteſtatem *l.ſcire leges* 17.*D.de legib.* Et quamuis contra legem non faciat niſi qui facit id quod nominatim lex prohibet , in fraudem tamen legis eum facere , qui ſaluis verbis ſententiam eius circumuenit *l.contra legem* 29. *eod.* Nam vt Vlp. ſubiicit in *l.ſeqq.* fraus legis fit vbi quod fieri lex noluit , fieri autem non vetuit, id fit , & quod diſtat *ῥητὸν ἀπὸ διανοίας*,id eſt dictum à ſententia , hoc diſtat fraus ab eo quod contra legem fit. In quo placet quod Gothofr. notat *ad l. non dubium* 5. *C.de legib.* fraudem fieri ab vna re ad aliam *l.* 3. §.3. *in fin.l.7.* §.3.*de C.Maced.* à perſona ad aliam *l.* 5.*de donat. int. vir. & vxor.* de contractu ad alium *d l.*5.§.5.à modo ad alium *l.*8.§.14.*ad SC Vell.* de nomine ad aliud nomen *l.vlt. C. de aſſeſſor.* de tempore ad aliud tempus *l.*3.§. 1. *De minor.* denique de quantitate ad aliam quantitatem *l.*4. §. 2.*de his qui not.infam. l.*16. *de iur.patron.l.*16.*verſ.qui autem C.de vſur.* Hoc verò ex eo proficiſcitur, quòd cùm iura nõ in ſingulas perſonas ſed generaliter cõſtituẽda ſint *l. iura* 8.*eod.* fieri nõ poteſt vt omnes articuli ſigillatim aut legibus aut ſenatuſconſultis cõprehẽdãtur *l.non poſſunt* 12.*eod.* id eſt omnes caſus qui quãdoq; inciderint,quia multò plura ſunt negotia quàm vocabula *l.*4.*D. de præſc. verb.* & natura ipſa quotidie varias & nouas formas edere properante neceſſe eſt multa emergere negotia quę legũ laqueis adhuc nõ ſit innodata vt loquitur Iuſtin.*in cõſtit. De cõfir. Digeſt. ad Senatũ* §.*Sed quia diuina* . Quid ergo? Sufficit ea quæ ſæpiùs accidũt legibus cõtineri *l.neq;leges* 10. *De l.l.*3.4.5.*&* 6.*eo.* Deinde ex his quæ primò cõſtituta ſũt ſi sẽtẽtia legiſlatoris manifeſta ſit,id iuris ad ſimilia produci debet aut interpretatione,aut ſuppletione,aut ſupremi Principis cõſtitutione *l.&ideo* 11. *d.l.nõpoſſunt* 12.*&ſeq.eo.* Inde etiã eſt quod Celſus ſcribit *in l. inciuile* 24. *eo.ti.*

L. inciuile 24. *eod. tit. De legib.*

Inciuile eſſe niſi tota lege perſpecta vna aliqua parte ei proposita iudicare vel reſpõdere, quia cùm pars vna legis per aliã plerũq;declaretur,non niſi tota lex perſpecta ſciri poteſt quęnã fuerit mẽs & sẽtẽtia legiſlatoris.Sed & pro ſcripto habetur ea iuris ſcripti interpretatio,quę lõga populi cõſuetudine recepta eſt licet ſcripta nõ ſit,Optima enim legũ interpres eſt cõſuetudo *l. ſi de interpretatione* 37.*eo.* Nec minor eſt autoritas rerũ perpetuò ſimiliter iudicatarũ *l.nã imperator* 38.*eo.* vbi Calliſtratus ſcribit ex reſcripto Seueri,in ambiguitatibus quę ex legibus proficiſcuntur,conſuetudinẽ aut rerũ perpetuò ſimiliter iudicatarũ autoritatẽ vim legis obtinere debere.Cęterùm in ſcripto iure interpretãdo ea sẽper cautio adhibẽda eſt,vt benignior interpretatio ſumatur,quãtũ fieri poteſt ſalua legis volũtate,quę ſentẽtia eſt *l.benignius* 18.*eod.* Nã ſi ex verbis legis tã aperta ſit legiſlatoris voluntas vt de ea dubitari non poſſit , ſeruanda lex eſt quãtũuis dura & aſpera,nec improbabili interpretatione cõtra legiſlatoris mẽtem mollienda *l.proſpexit* 12.*D.qui & à quib.manum.* Item vt ſi qua ſit in lege vox ambigua ea capiatur ſignificatio quæ vitio caret,Præſertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi poſſit *l.in ambigua* 19.*De legib.* id eſt ſi interpretatio illa fa-

L.ſi de interpretatione 37.*& ſeq. eod.*

L.benignius 18.*eod.*

L. proſpexit 12.*D.qui & à quib manum.*

L in ambigua 19.*De legib.*

illa factura non sit vt eo minùs bonum sensum lex habeat. Quid enim si absurdi aliquid sequeretur, vel inanis lex & illusoria efficeretur? Non careret vitio eiusmodi interpretatio *l. ita vulner. aut* 15. §. *pen. ad leg. Aquil. l. nam absurdum* 7. *De bon. libert.* Item curandum est quatenus fieri potest vt ex ipsius legis verbis sumatur interpretatio. Illa enim semper iustior & certior interpretatio est quæ vel ex verbis colligitur, vel à verbis saltem minùs abhorret. Finge legem aliquid in præteritum indulgere. Possis nõ malè ex ipsis verbis sic eam interpretari, vt in futurum idipsum vetare intelligatur *l. cùm lex* 22 *D. de legib.* Maximè quia legum & constitutionum omnium cõmune illud est vt futuris dent formã negotiis, nec ad præterita vel ad pendentia reuocentur, nisi cùm id expressum est *l. leges & constitutiones* 7. *C. eod.* iunct. *l. vnic. C. de contr. iudic. l. sancimus* 21. *in fin. C. de sacros. eccles.* Sed & iuris scripta ratio si qua sit diligẽter inuestiganda est, si nulla sit, vt contingit aliquando in iis quæ sunt iuris positiui & constituti secundum ea quæ diximus ad Princip. 2. tit. super illat. 5. nõ eo minùs seruandum est ius scriptum & constitutum, neque curiosiùs exquirenda ratio est, Ne alioqui multa ex his quæ certa sunt subuertantur *l. nõ omnium* 20. *& seq. D. de legib.* Sin ratio aliqua reperiri potest, eam vel singularem vel cõmunẽ & vniuersalem esse necesse est. Si singularis sit, cõstituit ius singulare, id est quod cõtra tenorẽ rationis propter aliquam vtilitatem introductum est *l. ius singulare* 16. *eod.* Et id ius nũquam per interpretationem producendum est ad consequentias *l. quod verò* 14. *eod.* quãuis in ipso casu in quo singulariter constitutum est, perinde obtineat acsi cũ iuris ratione consentiret, quoniã in iis quæ constituta sunt contra rationẽ iuris non possumus sequi regulã iuris *l. in his* 15. *eod.* Si verò scripti iuris ratio cõmunis sit & generalis, extẽdi ius potest per interpretationẽ ad omnes casus similes eandẽ rationem & vtilitatem habentes *L. nam vt ait* 13. *l. ideo* 26. *eod.* & è contrario interdũ restringi. Certum enim est ex cuiuslibet dispositionis ratione ampliandã esse vel restringendam dispositionem *l. vlt. D. de hered. inst. l. cùm pater* 77. §. *dulcissimis de legat.* 2. nimirum si lex sit fauorabilis non etiam si odiosa. Fauorabilis enim & mutanda est per interpretationem *l. hoc modo* 64. §. 1. *De cond. & demonstr.* Odiosa non item *l. cum quidam* 19. *De lib. & post.* Sic dicimus idem ius esse statuẽdum vbi eadem ratio est, ita vt diuersitatis causa reddi nulla possit *vulg. l. illud* 32. D. *ad leg. Aquil. l.* 3. §. *vnde etiam de iniust. rupt.* Illud præcipuè cauendum est ne quod fauore quorundam constitutum est, id duriore interpretatione in eorum odium retorqueatur *l. quod fauore* 6. *C. de legib.* Id enim neque iuris neque æquitatis ratio vlla pati potest *l. nulla* 25. D. *eod. l. plures apochis* 19. *in fin. C. de fid. instrum. l.* 2. *D. de leg. commiss. l. in ratione* 30. §. *tametsi D. ad leg. falcid. l.* 3. §. *ante autem in fin. D. de carbon. edict.* At neque noua interpretatio quærenda est quoties de eo iure scripto agitur quod semper certam habuit interpretationem *l. minimè sunt mutanda* 23. D. *de legib.* vbi Paulus scribit minimè mutanda esse quæ interpretationem certam semper habuerunt. Cui conuenit quod ait Vlp. *in l. De constit. Princip.* in rebus nouis constituendis euidentem vtilitatem esse debere, vt ab eo iure recedatur quod diu æquum visum fuit. Nã si euidens æquitas posceret, quãuis nihil facilè mutãdũ sit ex sollẽnibus, tamẽ subueniẽdũ esset *l. etsi nihil* 183. *De reg. iur.* Cùm autẽ noua interpretatio quæri potest & debet, sumitur accommodatè interdum ex prioribus legibus aut etiã ex posterioribus. Neq; enim nouã est vt priores leges trahãtur ad posteriores aut

L. cùm lex 22. eod.

L. non omnium 20. & seq. eod.

L. quod vero 14. cum duab. seq. l. nã vt ait 13. l. ideo 26. eod.

L. illud 32. ad leg. Aquil.

L. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. D. eod. L. minimè 23. eod. L. 2. de constit. Princip.

L. non est nouum 26. cũ seqq. D. de legib.

vt posteriores etiam ad priores pertineãt, nisi contrariæ sint *l. non est nouum 26. cum d. ab seqq. D. de legib.* Contrariæ autem videri nunquã debent si qua ratione conciliari simúlque stare possint, quia iuris veteris correctio præsumenda non est tãquam odiosa *l. sanctimus 27. C. de testam. l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat.* Quod si ius scriptum cum æquitate pugnet tam apertè vt per interpretationem leniri non possit quin scripto vis fiat, nec tantum verbis, quod parum curandum esset vt iã diximus, sed etiam sententiæ legislatoris, Princeps necessariò consulendus est, ad quem solum pertinet eiusmodi interpretationem non tã admittere, quàm inducere per nouã constitutionem

L. 1. C. de legib.

l. 1. C. de legib. iunct. *d. l. 2. D. de constit. Princip. d. l. prospexit* 12. D. *qui & à quib. manum.* Et hæc de iure scripto, eiúsque interpretatione in genere dixisse sufficiat, De singulis illius partibus posteà dicemus, tùm de iure non scripto, quæ altera est pars nostræ distinctionis.

Ex superioribus apparet in hoc iuris Principio, *ius ciuile* sumi generaliter quatenus omnes iuris ciuilis tã scripti quàm non scripti partes complectitur, Nõ autem specialiter pro eo iure quod ex autoritate & interpretatione prudentum ad fori disputationem accommodatũ & ab ipsis prudentibus

L. 2. §. his legibus De orig. iur.

compositum fuit, quod communi nomine retento simpliciter ius ciuile appellari scribit Põponius in *l. 2. §. his legibus De orig. iur.* Nec rursus de eo iure quod ciuile dicitur ad differentiã prętorij & hõnorarij, Quomodo sumitur

L. ius autẽ 7. De iustit. & iur.

appellatio iuris ciuilis à Papiniano *in l. ius autem 7. D. hoc tit.* vbi ait ius prętorium siue honorarium illud esse, quod prætores introduxerunt iuris ciuilis adiuuãdi, vel corrigendi, vel supplẽdi gratia propter publicã vtilitatem, Qua de causa ibidem ille partes omnes iuris ciuilis scripti enumerãs prætermisit eã partem quæ ex magistratuum edictis venit, (quo nomine non modò prætorum sed ædilium quoque edicta continentur) quã Iustin. non prætermisit *in §. constat. hoc tit.* Eodémque sensu accipiendum est quod Marcianus scribit

L. nam & ipsum 8. eod.

in *l. nam & ipsum 8. eod.* ipsum ius honorarium nihil aliud esse quàm viuã vocem iuris ciuilis. Si enim vox est iuris ciuilis, Ergo ius ipsum ciuile non est. Neque verò in libris nostris quicquã est frequentius, quàm vt ius prętorium tãquam planè diuersum opponatur iuri ciuili. Sed tamen nihil vetat etiã ius prętorium ciuile dici, sumpto generaliter nomine iuris ciuilis, quatenus opponitur iuri gentium & naturali. Quomodo à nobis post Iustinianum in *d. §. constat.* hucusque acceptum est.

Alia diuisio iuris ciuilis.

L. vlt. D. de legib.

ALiam iuris ciuilis diuisionẽ Vlp. tradit in *l. vlt. D. de legib.* vbi scribit totũ ius cõsistere aut in acquirẽdo, aut in cõseruãdo, aut imminuẽdo. Aut enim hoc agitur, inquit, quẽadmodũ quid cuiusq; fiat, aut quẽadmodũ quis rẽ suã vel ius suũ cõseruet, Aut denique quomodo alienet vel amittat. Sed minùs perfecta nec satis plena hæc diuisio est. Cõstat siquidẽ ex iis partibus ex quibus non possis cognoscere quid sit totum, Nec rursus quid iuris ciuilis sit aut non sit. Itaque pertinet magis ad demonstrãdum effectum & exercitium iuris quàm ad ius ipsum in partes suas distribuendum. Iuris inquã omnis priuati, quod tripertitum esse supra diximus, Collectũ scilicèt ex præceptis naturalibus gentium & ciuilibus ex eodem Vlp. *in l. 1. §. huius studij De iustit. & iur.* Proinde spectat ea diuisio etiam ad ius naturale & gentium non minùs

nùs quàm ad ius ciuile. Nec enim ius naturale aut gẽtium versari in alio potest quàm vel in acquirendo, vel in conseruando, vel in minuendo: præsertim verò ius gentium ad quod dominiorum distinctio vsúsque commerciorum refertur *l. ex hoc iure 6. eod.*

Alia diuisio iuris ciuilis.

POstrema iuris diuisio illa est, quam Iustinianus noster tradit *in §. vlt. huius tituli. Omne ius*, inquit, *quo vtimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* Sed hæc quoque non tam iuris diuisio est quàm materiæ circa quam ius versatur, nec tam diuisio dicẽda est quàm subdiuisio iuris siue scripti, siue non scripti. Tam enim hoc quàm illud vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Non tamẽ perinde potest hæc siue diuisio siue subdiuisio sic intelligi vt ius quoq; naturale & gentium comprehendat, propter factam mentionem actionum, quas omnino ex iure ciuili esse, nec iure naturali aut gentium vel cognitas vel necessarias fuisse iam probauimus.

§. vlt. De iust. & iur.

PRINCIPIVM VII.

De legibus, plebiscitis, & senatusconsultis.

LEx est, quod populus Romanus Senatorio magistratu interrogãte veluti Cõsule, constituebat §. lex est hoc tit. Populi autẽ appellatione ciues omnes cuiuscũque ordinis & conditionis contineri nemo nescit, in eóque differre populum à plebe, quo nomine plebeij dũtaxat significantur, Vnde secessus ille plebis à patribus in montem Aucẽtinum, De quo Pomponius in *l. 2. §. deinde cùm esset 8. & in §. & cùm placuisset 24. De orig. iur.* Hinc illa legis laus & dignitas, vt sit communis sponsio ciuitatis & reipublicæ, ad cuius præscriptum omnes qui in ea republica sunt, vitam instituere debent, vt ex Demosthene Marcianus & Papin. scribunt in *l. 1. & 2. D. de legib.* Nam quemadmodum in contrahenda stipulatione interrogatio præcedit responsionem, quæ ipsa nihil aliud quàm sponsio est *l. 1. D. verb. oblig. l. iuris gentium 7. §. quod ferè D. de pact.* ita & in ferenda lege præcedebat interrogatio Senatorij magistratus, ad quã totius populi responsio sponsióque sequebatur. Vnde & rogatas leges dicimus, & quod huic contrarium est, abrogatas. Nam in tabellis quibus suffragia ferebantur, hæc verba scripta erant *vti rogas.* Goucan. *in l. 1. D. ad leg. falc.*

§. lex est De iur. natur. gent. & ciuil.

L. 1. & 2. D. de legib.

ILLATIO I.

De potestate & dominio legis in personas omnes, & bona omnia ciuium.

EX hoc Principio illud primùm fit vt de iis omnibus quæ ad ciuium vitas & bona pertinent disponere lex possit, tanquã quæ & personarum & rerum omniùm domina sit ac veluti regina vt dicebat Chrysippus, licèt alio fortassis sensu cùm de diuinis quoque rebus loqueretur, & de lege in genere, non de ea quæ constitueret partem iuris ciuilis Romanorum, *in l. 2. ad fin. De legib.* Dubitandum enim non est quin respublica quælibet in ciues suos habeat & vitę & necis potestatem, quam olim non solùm domini in seruos, sed etiam patres in filiosfamilias iure patriæ potestatis habuerunt *l. vlt. C. de*

L. 2. ad fin. D. de legib. De patria potestate, & de patria potestate.

*patr.potest.*cùm patriæ lõge maior & potentior sit etiã in filiosfamilias,quàm patria potestas,Vt diximus *ad Princip.vlt.precedentis ex l.postlimunio* 19.*§. filius quoque De cap. & postlim.l.honor.*14.*§.plebey De muner. & honor.l.*1.*§.& generaliter* 15.*D.de vent. in poss.mitt.*Hinc leges illæ publicorum iudiciorũ,quibus tot irrogatæ pœnæ capitis, exilitationis, amissionis bonorum, ve omnium,vel ex parte *l.*1.*& 2.l.infamem.*7.*& tot tit. De public. iudic.l capitalis* 28.*& pass.*D.*de pœn.*imò etiam amissionis libertatis per irrogationem damnationis ad bestias aut ad metallum *l.vlt.*D.*de capit.minut.l.si quis filio* 6.*§.irritum De inoff.test.*

L.vlt. D.de capit.minu. Iunct.l.vlt. C. de patr. potest.

Ex quo apparet plus posse patriæ quàm patriam potestatem. Libertati enim à maioribus tantùm impensum est vt patres quibus vitæ ius in liberos necisque potestas olim erat permissa, libertatem tamen iis eripere non possent *d.l.vlt.C.de patr.potest.* Hinc etiam est quod inter modos transferendi iure Quiritium dominij lex enumeratur ab Vlpiano *in Inst.Tit.*19.*De acquisit.rer.*vbi ait nõ nisi lex modis posse dominium iure Quiritium transferri *traditione,mancipatione,cessione in iure,vsucapione, adiudicatione,& lege.*Quod adeò verum est vt quamuis traditio dummodo à domino facta sit modus transferendi ex iure gentium, *l* 9.*§. hæc quoque de acq. rer.dom.*non aliter tamen efficax sit ad dominium iure Quiritium transferẽdum, quàm si fiat ex causa iusta,id est iuri ciuili ac legibus cognita *l. nunquam nuda* 31.*D. eod.* Indéque nimirum sit vt res tradita ex causa fideicommissi licet ab herede & domino ac præterea iuxta testatoris voluntatẽ nõ tamẽ acquiratur accipiẽti legitimè & iure Quiritiũ *l.*3.*D.si vsusfr.pet.* sed fiat tantum res in bonis fideicommissarij *l.facta* 63.*in princip. D. ad SC. Trebell.* quia ius ciuile non agnoscit fideicommissa 9.1.*inst. De fideic.hered.& §.1.inst.De codicil.* Hinc illud quoque est quod lege inductæ sint hereditates, inducta iura succedendi tam ex testamento quàm ab intestato. Vt diximus *ad Princip.*5.*illat.*3.*huc tit.* quoniam inueniendus erat modus per quem dominium quod viuentis patrisfamilias fuerat in eius defuncti successorem transferretur.Hinc etiam,quod prætor non potuit facere heredem

Modi sex transferendi olim dominij iure Quiritium. L. nũquam nuda 31. *D. de acquir. rer. domin. L* 1, *D.si vsusfr.pet.*

§. quos autẽ Instit.de bonor. poss.

§.quos autem inst. De bonor.poss. quia cùm *heres* nihil nisi dominum significet *9.vlt.Inst.de hered.qualit.& diff.*nõ potuit prætor facere dominũ;quia, nec potuit facere legem,quæ scilicet non ex huius vel illius magistratus voluntate,sed ex totius populi & reipublicæ consensu ac sponsione æstimatur, & ad quam solam ideo pertinet,vt de ciuium suorum bonis eorúmque dominiis prò arbitrio disponat. Hinc denique quod nemo facere potest ne leges in suo testamento locum habeant *l.nemo* 55.*De legat.*1.

L. nemo 55. *de legat.* 1.

ILLATIO II.

De imperio legis,& de legatis & fideicommissis.

L.legis virtus 7.*D. de legib.*

SEcũdò ex eodem Principio fit quod Modestinus scribit *in l.legis virtus* 7. *De legib.* vt legis virtus ea sit *imperare,vetare,permittere, punire.* Sunt enim ista omnia consequentia ei legis dignitati & autoritati vt omnium & hominum & bonorum quoquot in republica sunt,domina esse intelligatur. Vnde & legatum tanquam à lege dictum,sic definit Vlp.in Titulis, *Legatum est quod legis modo imperatum relinquitur.* Ideóque fortasse non fuerunt per legem confirmata fideicommissa, ne quidem ex prudentum interpretatione

Digitized by Google

tatione ad verba tam generalia legis 12.tab. *Paterfamilias vti ſuæ rei legaſſit ita ius eſto l.verbis* 120. *de verb.ſignif.* quia lex quæ teſtatoris voluntatem iuntaxat ſubſequitur & confirmat, imperare non poterat vt id fieret quod teſtator fieri tantùm rogaſſet, Alienum autem à legis maieſtate & dignitate videbatur, vt ciuem ſuum rogaret, cui potiùs imperare & poſſet & deberet. Nam & verbum illud *legaſſit* non aliam habet ſenſum quàm ſi ſcriptum eſſet *legem fecerit*, id eſt, *imperarit*. Nec quod tandem fideicommiſſa iuris vinculum & obligationem habere cœperint *d.§.1. De fideic.hered* facere potuit vt ad fideicommiſſa quæque lex duodecim tabularum extenderetur, Nō ſolùm quòd legibus omnibus commune illud ſit, vt quem effectum ab initio non habent & eo tempore quo ſeruntur, eum habere nunquā poſſint, quia ſemel tantùm lex loquitur, & ipſum perficio, quod ſemel, Sed etiam quia confirmatio illa fideicommiſſorum, vt ad eorum præſtationem obligetur etiam inuitus is qui rogatus tantùm fuit, licet non fiat contra teſtantis voluntatem, fit tamen præter voluntatem, nec proinde pertinere poteſt ad legem duodecim tabularum quæ ſupremas defunctorum voluntates confirmat tantummodo, non etiam auget. Non tamen omnes leges eiuſdē hac parte ſunt virtutis, & poteſtatis. Quædam enim ſunt perfectæ, quædam imperfectæ. Perfectæ dicuntur ea quæ non ſolùm vetant aliquid fieri, ſed etiam quicquid contrà factum fuerit reſcindunt. Imperfectæ ſunt è contrario quæ ita vetant quid fieri, vt tamen quod contrà factum ſit, non reſcindant, vt Vlpianus in Titulis tractat *tit.1. princip.* vbi exemplū adfert ex lege Cincia quæ certum modum donationibus præſcribit, & vltra eum modum donari quid vetat, nec tamen quod ſupra modum donatū eſt reſcindit, Sed ea diſtinctio ſublata hodie eſt per *l.non dubium* 5. *C.de legib.* quæ ipſo iure caſſum & inutile eſſe vult, quicquid factum eſt contra legis prohibitionem, quamuis lex id non dixerit.

L.verbis legis 120 *De verb ſignif.*

Cur lex 12. tab. etiam hodie non porrigatur ad fideicommiſſa.

L.non dubiū 5.C.de leg.

ILLATIO III.

De plebiſcitis & Senatuſconſultis eorúmque poteſtate. Itémque de Principum conſtitutionibus.

TErtiò ex eodem Principio ſit, vt neque plebiſcita, neque Principum conſtitutiones & mandata vim vllam habeant ad vniuerſum populum obligandum niſi ex legibus in eam rem latis, & quas ideo ferri neceſſe fuit. Nam quod ad plebiſcita lex Horatia primùm lata fuit vt refert Gellius *lib. 2.noct. Attic. cap. 25. & Plin. lib.16. cap.*10. deinde lex Hortenſia vt plebiſcita non minùs valerent quàm leges, quemadmodum hîc Iuſtinianus ait, poſt Pomponium *in d.l.2.§. deinde cùm eſſet De orig.iur.* vbi addit ille ita factum eſſe vt inter leges & plebiſcita ſpecies tantum conſtituendi intereſſet, poteſtas autem eadem eſſet. Quod ad Principum verò conſtitutiones lata eſt lex regia per quam populus Principi & in Principē omne ſuum imperium & poteſtatem cōceſſit *§.ſed & quod Principi hoc tit.§. Sed & hoc ſtudioſum l.1.C.de veter.iur.enucl.l.1.D.de conſtit.Princip.* Non enim totius populi poteſtatem habere poterat niſi is cui populus eam dediſſet. Excipiūtur tamen ſenatuſconſulta, quę vt legis vim haberent, nulla lege expreſſa factum eſt, ſed ex neceſſitate potiùs, quia cùm auctus eſſet populus romanus in eum modum vt difficile eſſet in vnum conuocari legis ſanciendæ gratia æquum viſum eſt, vice populi Senatum conſuli vt, Iuſtinianus tradit in

L.2. §. deinde cùm eſſet De orig. iur.

§. ſed & quod Principi Inſt. hoc tit. l.1. D. de conſt. Princ. §. Senatuſconſultum hoc tit.

§. Senatusconsultum huius rei. Ex quibus verbis constat Senatusconsulta ideo vim legis habere non quod à patribus simpliciter constituta sint, sed quod à patribus vice populi, Vt proinde dubitãdum non sit quin ea omnia quę per legem fieri potuerant, etiam per senatusconsultum fieri potuerint, ex lege si minùs expressa saltem tacita totius populi vltro patientis per toe secula eã esse senatusconsulto rum autoritatem. Quò pertinet quod Modestinus scribit in *l. pen. De legib. omne ius*, inquit, *aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmauit consuetudo.* Illã enim partem distinctionis *aut necessitas constituit* ad senatusconsulta refert, nec malè Iacob. Cuiacius in *paratit. ad tit. D. de leg. ex l. 2. §. deinde quia difficile De orig. iur.* vbi scribit Pomponius necessitatem ipsam deduxisse curã reipub. ad Senatum, & ita cœpisse Senatum se interponere, *& quicquid constituisset*, inquit, *obseruabatur*. Adde eundem Cuiac. *lib. 14. obser. cap. 16.* Nemo tamen dixerit, Senatum posse facere legem, neque ita loquitur Vlp. *in l. non ambigitur 9. De legib.* sed ita vt dicat, non ambigi quin Senatus facere ius possit. Aliud nãque est ius facere aliud facere legem, quamuis ius quod facit Senatus tale sit vt legis vim habeat; tanquam à Senatu factum vice populi vt dixi, Sic nec lege Hortensia factum est vt plebiscita leges essent, sed tantùm vt legum vi ac potestate censerentur, Etsi leges quoque appellantur *l. 1. D. ad leg. Aquil.* vbi additur potuisse plebiscito etiam legi 12. tab. derogari.

L. pen. D. de legib.

L. non ambigitur 9. eod.

L. 1. D. ad leg. Aquil.

ILLATIO IV.

De legum & senatusconsultorum & plebiscitorum generalitate.

QVartò ex eodem Principio fit vt leges generales esse debeãt non in singulas personas, in eóque differunt à constitutionibus Principum quę vt plurimùm sunt personales *l. 3. l. omnes 10. C. de legib.* iunct. *l. 2. eod. l. iura 8. D. eod.* Sic & plebiscita generalia sunt, & senatusconsulta, tùm etiam cùm certa persona senatusconsulto causam dedit, vt apparet ex SC. Macedoniano *l. 1. D. de SC. Maced.* Cur enim aut vniuersus populus aut plebs interrogaretur aut vice populi Senatus consuleretur, vnius hominis causa? Repugnabat enim lex duodecim tabularum, *Priuilegia ne irroganto.*

L. 2. l. omnes 10. C. de legib. l. iura 8. D. eod.

ILLATIO V.

De tacita legum abrogatione.

QVintò ex eodem Principio fit, vt leges non solùm suffragio populi, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogẽtur *l. de quibus 32. in fin. D. de legib.* vbi sic Iulianus infert ex eo quod priùs dixerat, non alia ex causa leges nos tenere quàm quòd iudicio populi sint receptæ. Nihil enim tã naturale est quàm dissolui vnũquodque eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale 35. De regul. iur. l. prout 80. De solut.* Dices, Huic rationi potius consequens esse, vt non possint sine suffragio & ad Consulis interrogationem latæ sunt. Respondeo cum Iuliano in *d. l. de quibus*, Nihil interesse an suffragio populus suam voluntatem declaret, an rebus ipsis & factis *l. non tantùm 5. D. rat. rem haber.* Ex quo ibidem infert Iulianus illa etiam quæ sine vllo scripto populus probauit, perinde tenere omnes, legisque scriptæ & rogatæ vim obtinere. Consequens igitur illud quoque est vt & plebiscita & sena-

L. de quibus 32. D. eod. vit. D. legib.

by Google

& Senatusconsultum æquè per desuetudinem tacito populi consensu abrogentur, non solùm quod maiorem potestatem habere non debeant, quàm si leges essent, sed etiam quia quicquid viriũ & potestatis habent, id ex populi tacito consensu habent non ex sola vel plebis, vel Senatus autoritate. Cõstitutionum principalium alia ratio est, vt ad sequens Principium dicemus.

PRINCIPIVM VIII.

De constitutionibus & mandatis Principum.

Lege regia, quæ de Principis imperio lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem concessit. §. *sed & quod Principi hoc ius* Huius legis regiæ meminit etiam Iustin. *in l. 1. §. sed & hoc studiosum* C. *de vet. iur. enucl.* quæ aliàs est constitutio *De concept Digest.* vbi disertè Iustinianus scribit, ex antiqua illa lege quæ regia nuncupabatur, propterea quòd prò regibus lata esset, translatum esse omne ius omnémque potestatem populi romani etiã in Imperatoriam potestatem. Videtur etiam ad hanc legem respexisse Pomponius, licèt nulla eius mentione facta *in l. 2. §. quod ad magistratus* 14. *De orig. iur.* cùm scribit initio ciuitatis romanæ reges omnem potestatem habuisse. Fuit autem illa lex non minùs honorifica regibus, quàm populo damnosa, ne supremam illam potestatem per vim & iniuriam accepisse dici possent quæ à populo per generalem legem iis tributa esset.

§ *sed & quod Principi hoc tit.*

l. 2. §. quod ad magistratus 14. De orig. iur.

ILLAT. I.

De potestate constitutionum Principis vt habeant vim legum.

EX hoc Principio illud primùm fit vt quicquid Principi placuit legis habeat vigorem *d. §. sed & quod Principi*, *l. 1. D. de const. Princip.* vbi Vlpianus in hanc ipsam sententiam meminit legis regiæ, Infértque generaliter quicquid imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscẽs decreuit, vel de plano interloçutus est (id est non adhibita causæ cognitione *l. nec quicquã* 9. §. 1. *De offic. pro cõs. l. omnia quæcunque* 71. *de reg. iur.*) vel edicto præcipit, legem esse, id est perinde ius facere acsi lex esset, & has esse quas constitutiones appellamus. Denique constitutio Principis facit legem vt Tryphon. loquitur in *l. in bello* 12. *§. manumittendo* 9. *vers. at is de quo queritur de capt. & postlim.* Sed hoc tamẽ accipiẽdũ est cũ distinctione. Etsi enim quicquid à Principe quoquomodo constituitur valet, ac ius facit non tamen cõtinuò lex est, sed id demũ quod à Principe cõstitutum est generaliter ad hoc vt esset lex generalis, quemadmodum explicat Harmenop. *lib. 1. tit. 2.* Cúmq; ex cõstitutionibus Principũ quædam sint personales, quæ nec ad exemplum trahũtur, nec personã egrediuntur, vt puta si quid Princeps alicui ob merita indulserit, vel si quã pœnã irrogauerit, vel denique si cui sine exẽplo subuenerit, *d. l. 1. in fin.* nemo rectè dixerit esse eas leges, quãuis possit admitti hactenus vim legis habere quod in suis casibus ius faciũt. Idq; ab Imp. Theodosio & Valẽtin. disertè constitutũ est *in l. 2. C. de legib.* in illis verbis *nec generalia iura sint, sed leges faciant his duntaxat negotijs atque personis pro quibus fuerint promulgata.* Quò etiã pertinet distinctio illa Iustiniani *in l. vlt. C. eod.* Si imperialis maiestas, inquit, causam cognitionaliter examinauerit & partibus cõminus constitutis sententiã dixerit, censendã esse eã legem non solùm illi causæ pro qua producta est, sed & omnibus similibus, vt intelligamus si quid

l. 1. D. de offic. Princip.

l. in bello 12. *§. manumittendo vers. at is de cap. & postlim.*

Constitutiones Principum sæpe personales. Leges semper generales.

l. 2. C. de legib.

l. vlt. C. eod.

è contrario Princeps per epiſtolam, & ſubſcriptionem ſine cauſæ cognitione conſtituerit, generalis legis vim habere id non debere ſed ſpecialis, id eſt priuilegij, quod ipſum vel ex nominis etymo, nihil niſi priuata lex eſt. Eadémque Impp. Theodoſij & Valentin. ſententia eſt *in l.3.eod.* Porrò priuilegiorum ex mera Principis indulgentia emanantiũ vtile & beneficia appellantur, ſingulare ius eſt vt quàm pleniſsimam recipiant interpretationem *l pen.* D. *de conſtit. Princip. l.2. C. de bon. vac. lib.10. tit.*10. ſcilicet dummodo non in alterius diſpẽdium vergant, ne incipiant fieri iniqua *l. ex facto* 43. *De vulg. & pub. ſubſt. l.2. §. mercàm & §. ſi quis à Principe. D. ne quid in loc. public.* Quidni enim liberalitatem & indulgentiam Principis pleniſsimè interpretemur, cùm eam faciendæ liberalitatis & indulgentiæ poteſtatem Princeps habeat ex populi indulgentia & liberalitate? Videtur vtique Princeps hoc caſu reddere potiùs quàm dare *arg. l. ſi verò non remunerandi* 12 § *idem Papinianus D. mandat.* Sanè Principis eſt interpretari, quem ſui beneficij modum eſſe velit *d. l. ex facto l. Neratius* 191. *De reg. iur.*

l.3.eod. De priuilegijs.

ILLAT. II.

De poteſtate Principis ſupra leges.

SEcundò ex eodem Principio ſit vt Princeps ſit ſolutus legibus nec tantùm pœnarlis, vt interpretatur Harmenop. *lib.1. tit.*1. ſed etiam alijs quibuſcunque, Auguſta non item niſi ex priuilegio *l. Princeps* 31. *D. de legib. l. ex imperfecto* 23. *De legat.*3. Nam cum lex regia omne ius omnémque poteſtatẽ populi tranſtulerit in Principem, non etiam in Auguſtam, planè conſequens eſt, vt Princeps non priuati ſed totius populi iure cenſeatur. Populus autem, ſi vniuerſitatem ipſam conſideremus, ſolutus erat legibus cùm pro arbitrio leges condere & abrogare poſſet, nec tantùm expreſſo ſuffragio, ſed etiam vt ſuprà diximus tacito conſenſu: quamuis quilibet è populo legũ vinculis teneretur. Ergo & Princeps eſt ſupra leges, earúmq; pro arbitrio & condẽdarũ & abrogãdarũ ius habet, non etiã Auguſta, ad quam ſcilicet lex regia non pertinet. Hinc eſt quod principum conſtitutiones plæræq; vt modò dicebamus ſunt perſonales, & priuilegia, quia lex duodecim tabularum quæ priuilegia irrogari prohibet, non ligat Principem, ſicut & eam abrogare populus, ſi voluiſſet, potuiſſet. Nec ſanè priuilegia vlla in iure noſtro reperias inducta legibus, ſed omnia ex Principum conſtitutionibus. Cuiuſmodi ſunt priuilegia illa militum vt teſtari poſsint quomodo velint, & pro parte decedere teſtati, pro parte inteſtati, heredẽ habere ex tempore & ad tẽpus aliáq; ſimilia, de quibus *in Tit.* De *milit. teſtam. D. & C.* Eſſe enim ex conſtitutionibus Imperatorũ ſcribit Iuſtin. *initio eiuſd. tit.* poſt Vlp. *in l.1. eod.* Itémq; tot priuilegia dotiũ, quæ Iuſtinianus nimio fauore mulierum contra iuris veteris rationem induxit *l. vnic. C de rei vxor. act. l. aſſiduis* 12. C. *qui potior. in pignor. hab.* Sanè ſunt etiam nonnulla priuilegia quæ ſola prudentum autoritas & interpretatio, ex ſummo æquitate & ex ipſa negotiorum qualitate inducere potuit, qualia ſunt priuilegia tacitæ hypothecæ in caſibus de quibus *in tit. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* itémq; prælationis in vtilitatem certi generis creditorum ſiue chirographariorum ſiue hypothecariorum, de quibus in *l. interdum* 5. *& ſeqq. D. qui potior. in pignor. hab. & in tit.* De *priuileg. credit.* ſecundum vulgarem titulorum diſtinctionem. Quod ideo addo quia in Paul. Florẽt. non eſt titulus ille diſtinctus *à tit. De reb. autor. iudic.*

l. Princeps 31. D. de legib. l. ex imperfecto 23. De legat. 3.

l.1. D. de teſtam. milit. l. vnic. C. de rei vxor. act. l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pignor. hab.

De priuilegijs inductis ex ſola prudentũ autoritate.

dic.possid.vel venund. Hinc etiam est, quod illa etiam quæ per legem fieri non possent, Principes ex priuilegio faciunt plerumque & facere possunt, Puta vt qui semel heres fuit desinat esse heres. Id enim euenit in herede quē miles instituit ad tempus *l.miles ita* 41 *D.de milit.test.* quod tamen per legem fieri non posse ostendunt exempla legis Sentiæ *l.ei qui soluendo* 88. *D. de hered.inst.* & Senatusconsulti Trebelliani *§.restituta infr. De fideic.hered.* Nec enim dubitandum est quin Senatus potuerit heredem facere sicut & lex posset, vt apparet ex Senatusconsultis Tertylliano & Orfitiano *l.1.& tot. tit. ad Sc.Tertyll.* nec rursum quin facturus fuerit Senatus vt fidei commissarius per hereditatis restitutionem heres fieret si facere potuisset vt semel heres desineret esse heres, Quod tamē vt fieri non potuerit ne quidem per legem in causa illud est, quod acquisitio hereditatis non tantùm sit in iure, sed etiam facti *l.pro herede* 20. *l.aditio* 45 *l.gerit* 88. *de acquir. hered.* factum ait pro infecto haberi nō posse *l in bello* 12. *§ fideli De capt. et postlim. l. veram est* 31. *De reg. iur.* In eóque erant egregiè interpretes qui putant posse Ba.tol. *ad l. vlt. D. ad SC. Tertyll* posse fieri per legem & consequenter vt illi inserunt etiam per statutum vt quis possit desinere heres esse, nec tamen habent vnde id probent, nisi ex priuilegiis militarium testamentorum. Quæ sint illa ex legibus ac non potiùs ex constitutionibus Principum qui non alia ratione concedere illa potuerunt, quàm quia sint supra leges: Inde nanque factum est vt militaribus testamentis priuilegium dederint, ne vllis testamentorum legibus obstricta essent: Et vt possit miles etiā ab initio decedere pro parte testatus, pro parte intestatus, quod in paganis omnino diuersum est *l ius nostrū* 24. *de reg. iur.* iun. *l.circa* 24. *D. de inoffic. test.* Nec est contrariū quod Plinius in panegyrico ad Traianū scribit nō esse Principē supra leges, sed leges supra Principē. Id enim nō tā ad rei veritatē & stabilitātiā quàm ad boni Principis mores & cōdicionē referendū est. Digna siquidē vox maiestate regnā is, legibus se alligatū non solutum profiteri, Adeò de autoritate iuris pēdet principis autoritas. Et re vera maius imperio est legibus submittere principatū, inquit eleganter *l.digna vox* 4. *C. de legib.* Eodemq; sensu accipiendū est quod Paulus scribit in *d.l. ex imperfecto* 23. *de legat.* 3. decere Maiestatē Imperatoris eas seruare leges quib. ipse solutus esse videatur, Nō quod reuera nō sit solutus, sed quòd multò decentius ei sit alligatum se profiteri: licèt alij aliter interpretētur post Cuiac. *lib.* 15. *obser. c.* 30. Hoc ipsum tamen quod dicimus Principē esse supra leges sic intelligi volumus vt sit supra leges ciuiles non etiā supra eas quæ sint iuris naturalis aut gentium. Neq; enim populus lege regia potuit transferre in principem plus iuris quàm ipse populus haberet suo iure *vulg. l.nemo plus iuris* 54. *De reg. iur.* Nūquā autē licuit populo naturale ius aut gentiū violare *§. vlt. infr. hoc tit.* Ex quo infero nullā esse in Principe quamuis supremo si non etiam tyranno, absolutā potestatē per quam possit eam rem quæ tua sit iure gentiū tibi inuito auferre pro arbitrio. Nec si pro precio tibi offerat duplum aut triplum iustæ æstimationis, quoniam id & naturali & gentium iuri repugnat *l.ex hoc iure D. de iust.& iur. l.id quod nostrum est* 11. *De reg. iur. l.nec quasi* 70. *D. de rei vindic. l.non enim* 9. *D. rer. amot.* Nisi fortasse ex causa publicæ vtilitatis cui aliter prospici non possit, Perpetua enim & sine exceptione est illa lex duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto.* Itaque numquam probaui distinctionem istam interpretum qui dupliciē in Principe volunt esse potestatem, Absolutā vnam, ordinariā alterā

l.miles ita 41. D de milit. testam. l. ei qui soluēdo 88 D. de hered. instit. §. restituta Inst. de fideic. hered.

Non potest fieri per legem, neque per statutū vt quis semel heres, desinat heres esse.

l digna vox 4. C. de legib.

Princeps nō est supra ius naturale, aut gentiū

De potestate absoluta.

Salus populi suprema lex.

De quo iam aliquid ſcripſimus ad *Princip. 2.in fin. ſup. tit. prox.* & alibi fuſiùs ſcribemus. Huc refero *l.2.C.de precib. Imp.offer.* de qua ſcripſi *in Decad. De error.pragmat.*

l.2.C.de precib. Imper.offer.

ILLATIO III.

De poteſtate legis condendæ.

l.vlt.C.de legib.

TErtiò ex eodem Principio ſit vt hodie ſolus imperator condendæ legis poteſtatem habeat quemadmodum ſcribit Iuſtinianus *in l.vlt.C.de legib.* ſicut & olim penes ſolum populum ea poteſtas erat. Itē vt ſolius Principis ſit leges interpretari, quoniā eius eſt interpretari, qui vel legem condidit vel poteſt condere aut abrogare. Princeps autē ſolus hodie leges abrogare poteſt nec tātùm à populo latas ſed etiā à ſeipſo. Id .n. eſt quod generaliter Modeſtinus ſcribit *in l.vlt.* D. *decōſt. Princip.* cōſtitutiones tēpore poſteriores potiores eſſe ijs quæ ipſas præceſſerunt. Quod & cæteris legibus omnibus commune eſt vt poſteriores derogent prioribus *l.1.* D. *ad leg. Aquil.l.* 1. D. *ad leg.falcid.l.1.§. ſi ſerui* D. *de quæſt.* ſicut & in conuentionibus euenit *l. pacta nouiſſima* 12.*C.de pact.* Denique ſolus imperator hodie tam conditor quàm interpres legū iure exiſtimandus eſt, vt ait Iuſtin. *in d.l.vlt.* Cui conuenit quod Conſtantinus iam ante Iuſtinianū reſcripſerat, Inter æquitatem iúſque interpoſitam interpretationem ſoli imperatori & oportere & licere inſpicere *l.1.eod.* Et quod Impp. Leo & Zeno *in l.cùm de nouo* 11.*eod.* Cùm de nouo iure, inquiunt, quod inueterato vſu non adhuc ſtabilitum eſt, dubitatio emergit, neceſſaria eſt tam ſuggeſtio iudicantis quàm ſententiæ principalis auctoritas, Id eſt Princeps à iudice conſulendus & adeundus eſt qui nouum ius faciat *l.itaque* 27.iunct.*§.vlt. leg.præced.* D. *de fideic.libert.* An ergo Senatuſconſulta non habebunt hodie legis autoritatem? Imò habebunt, quia ſicuti vice populi olim conſulebatur Senatus *§.Senatuſconſultum hoc tit.* ita & hodie ipſius Principis vice conſuli intelligitur *l.vnic.Senatuſc.* vbi extat Impp. conſtitutio ad Senatum quæ vult Senatuſconſultorum vſque adeò perpetuam eſſe firmitatem, vt ſi quiſquam ſpeciali ſupplicatione eliciendum aliquod reſcriptum tentauerit, vt tranſire ei formam liceat ſtatutorum, tertia patrimonij parte mulctari, & damnatus ambitus crimine infamis manere iubeatur, Quinetiam, quod amplius eſt noluerunt Impp. quicquam legibus ſuis ineſſe ponderis & autoritatis niſi à ſenatu primùm eſſent cōfirmatę *l.humanum* 8.vbi eſt text. perlegans *C.de legib.* Eſt enim Senatus, pars corporis imperatoris *l.quiſquis* 5.*C.ad leg.Iul,maieſt.* ſicut & contrà, Imperator pars eſt corporis & ordinis ſenatorij *l.ius Senatorum* 8.C. *de dignit.lib.*12. Sed neque ex eo quod diximus ſolius Principis eſſe leges interpretari, poſsis inferre, nullā ergo in eā rem hodie ſupereſſe prudentum autoritatem. Hanc enim Iuſtinianus exceptam diſertè voluit *in d.l.vlt.* poſtremis illis verbis *nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus* & ſubiecta etiam ratione *quia & eis hoc maieſtas imperialis permiſit*, Auguſti ſcilicet Imperatoris qui vt maior iuris autoritas haberetur, conſtituit vt prudentes qui ſtudiorum ſuorum fiduciam haberent, non ſolùm reſpondere de iure poſſent, ſed ex ipſius etiam imperatoris autoritate reſponderent, vt Pompon. refert *in l.2.§.poſt hunc* 47.*verſ.& videbitur de origin.iur.* & cōſequenter vt ex imperatoris autoritate iura interpretarentur. Nimirū quatenus iuris iā inducti ratio, legúmque latarum tenor & ſententia pateretur, Non etiam vt ſupplere quicquā poſſent, aut nouum ius facere *d.l.cùm de nouo*, ne quidē ſub prætextu æquitatis ſi quando æquitas à iuris ſcripti verbis & ſentētia diſſideret *d.l.1.eod.3.*

l.1.eod. l.cùm de nouo 11.D.eod

l.vnic.C.de ſenatuſc.

l.humanū 8 C.de legib.

l.2.§.poſt hunc 47.de orig.iur.

ILLAT.

ILLATIO, IV.

De *rescriptis principalibus contra ius impetratis.*

QVartò ex eodem Principio fit vt vniuersa Principis rescripta contra ius elicita vel contra publicam vtilitatem à iudicibus omnibus refutari negligíque ipsis etiam imperatorum constitutionibus iubeantur *l.* 3. *l. rescripta* 7. *C. de precib. Imp. offer. l vlt. C. si contr. ius vel vtil. public.* Credibile namque est, populum cuius iure & potestate Princeps vtitur, nũquam tale quid sanciturum fuisse quod non solùm generali iuri, sed etiam publicæ vtilitati repugnaret. Id verò à Principe tanto alieniùs est, quod ipsius autoritas nõ iã à populo dependet, sed à iuris autoritate *d. l. digna vox* 4. C. *de legib.* facit *l.* 2. *C. de mand. Princip.* ibi, aut aliquid diuersum iudicari ab iis quæ apud ipsos fiunt. Vnde fit vt si quando Princeps aliquid iniqui rescripserit alitérve constituerit, credendus sit, vel impetrantis calliditate & mendaciis deceptus fuisse, vel importunis precibus adactus, potiùs quàm proprio & spontaneo motu ad id rescribendum inductus, De Principis enim erga subditos suos pietate & iustitia benignè semper quantum fieri potest suspicandum est ne cuiquam facere iniuriam voluisse existimetur, vt scripsimus ad Princip. 2. *sup. in. prox ad fin.* Inde fit vt siue Principi obreptum sit, tacita scilicet veritate, siue subreptum, id est, expresso mendacio, non solùm rescripti fructu carere impetrans debeat *l.* 2. *C. de legib. l. vlt. C. de precip. Imp. offer. l.* 2. 3. *&* 4. *C. si contr. ius vel vtil. publ. l. vniuersa* 7. *C. de diuers. rescript.* sed etiam puniri debeat mendacium, si nimia mentientis improbitas inueniatur etiamsi alioqui legibus consentaneum sit rescriptum, Inquit *l. etsi legibus* 5. *C. si contra ius vel vtil. publ.* Planè si leue mendacium sit, quo etiam tacito non eo minùs nec difficiliùs fuerit Princeps idem rescripturus, aliud est, quia non potest videri dolo malo fuisse mentitus nec animo decipiendi Principis qui tale mendacium expresit, Sicut nec is qui non omnia expressit quæ exprimi potuerũt, si non consulto quid tacuerit ex iis quæ expressa potuissent Principem à concedẽdo rescripto prorsus reuocare vel eum reddere difficiliorem *l.* 1. *eod. tit.* Inde etiam est quod à concessione rescripti appellari non potest *l. ne causas* 15. C. *de appell.* quoniam qui appellat de iniquitate conqueritur *l.* 1. D. *eod. l. præfecti* 17. *D. de minor.* Sacrilegij autem instar est de Principis aut æquitate aut potestate dubitare *l. sacrilegij* 5. C. *de diuers. rescript.* iunct. *l.* 4. *C. de emhcip. liber.* Quid ergo? An appellationis auxilium ei denegabitur? Minimè. Appellari enim potest *l.* 2. *C. de appellat. l.* 1. *§.* 1. D. *eod.* Sed ab interpretatione aut ab executione non à concessione. Ita ex pragmaticorum Gallorum sententia Gothofr. *ad l.* 2. *C. si contr. ius vel vtil. publ.* vide text. elegantem in *l.* 1. *vers. quid ergo est* D. *quand. app. sit & intr. quæ tempor.* Item per viam exceptionis potest impugnari rescriptum ad falsas preces concessum *d. l.* 2. Facit enim vitiũ obreptionis aut subreptionis vt qui habet rescriptum à Principe non idcirco censeatur habere ipsius voluntatem. Siquidem voluntas Principis aliquid concedentis tacitam condicionem illam semper habet si preces veritate nitantur *d. l. vniuersa* 7. *C. de diuers. rescript.* cùm ex facto ius oriatur, & consequenter ad propositam facti speciem semper accommodetur *l. si ex plagis* 52. *§. cliuo* D. *ad leg. Aquil. l. vt responsum* 15. *C. de transact.* Quæ ratio facit vt non aliud dicendum sit si prætori obreptum proponatur *l.* 1. *§.* 1. *l.* 5. *§. penult.* D. *de*

l. rescripta 7. *C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. si contr. ius vel vtilit. public.*

l. 2. *C. de legib. l. vlt. C. de precib. Imp. offer. l. etsi legib. 5. C. si contr. ius vel vtili. public.*

l. 1. *eod. tit. l. ne causas 5. C. de appellat.*

De vicio obreptionis & subreptionis.

L. non est nouum num. 26. cũ seqq. D. de legib.

vt posteriores etiam ad priores pertineãt, nisi contrariæ sint *l. non est nouum 26. cum duab seqq. D. de legib.* Contrariæ autem videri nunquã debent si qua ratione conciliari simúlque stare possint, quia iuris veteris correctio præsumenda non est tãquam odiosa *l. sancimus 27. C. de testam. l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat.* Quod si ius scriptum cum æquitate pugnet tam apertè vt per interpretationem leniri non possit quin scripto vis fiat, nec tantum verbis, quod parum curandum esset vt iã diximus, sed etiam sententiæ legislatoris, Princeps necessariò consulendus est, ad quem solum pertinet eiusmodi interpretationem non tã admittere, quàm inducere per nouã constitutionem *l. 1. C. de legib.* iunct. *d. l. 2. D. de constit. Princip. d. l. prospexit 12. D. qui & à quib. manum.* Et hæc de iure scripto, eiúsque interpretatione in genere dixisse sufficiat, De singulis illius partibus posteà dicemus, tùm de iure non scripto, quæ altera est pars nostræ distinctionis.

L. 1. C. de legib.

Ex superioribus apparet in hoc iuris Principio, *ius ciuile* sumi generaliter quatenus omnes iuris ciuilis tã scripti quàm non scripti partes complectitur, Nõ autem specialiter pro eo iure quod ex autoritate & interpretatione prudentum ad fori disputationem accommodatũ & ab ipsis prudentibus compositum fuit, quod communi nomine retento simpliciter ius ciuile appellari scribit Põponius in *l. 2. § his legibus De orig. iur.* Nec rursus de eo iure quod ciuile dicitur ad differentiã prętorij & hònorarij, Quomodo sumitur appellatio iuris ciuilis à Papiniano *in l. ius autem 7. D. hoc tit.* vbi ais ius prętorium siue honorarium illud esse, quod prætores introduxerunt iuris ciuilis adiuuãdi, vel corrigendi, vel supplẽdi gratia propter publicã vtilitatem, Qua de causa ibidem ille partes omnes iuris ciuilis scripti enumerãs prætermisit eã partem quæ ex magistratuum edictis venit, (quo nomine non modò prætorum sed ædilium quoque edicta continentur) quã Iustin. non prætermisit *in § constat. hoc tit.* Eodémque sensu accipiendum est quod Marcianus scribit in *l. nam & ipsum 8. eod.* ipsum ius honorarium nihil aliud esse quàm viuã vocem iuris ciuilis. Si enim vox est iuris ciuilis, Ergo ius ipsum ciuile non est. Netque verò in libris nostris quicquã est frequentius, quàm vt ius prętorium tãquam planè diuersum opponatur iuri ciuili. Sed tamen nihil vetat etiã ius prętorium ciuile dici, sumpto generaliter nomine iuris ciuilis, quatenus opponitur iuri gentium & naturali. Quomodo à nobis post Iustinianum in *d. § constat*, hucusque acceptum est.

L. 2. § his legibus De orig. iur.

L. ius autè 7. De iustit. & iur.

L. nam & ipsum 8. eod.

Alia diuisio iuris ciuilis.

L. vlt. D. de legib.

ALiam iuris ciuilis diuisionẽ Vlp. tradit in *l. vlt. D. de legib.* vbi scribit tũ ius cõsistere aut in acquirẽdo, aut in cõseruãdo, aut imminuẽdo. Aut enim hoc agitur, inquit, quẽadmodũ quid cuiusq; fiat, aut quẽadmodũ quis tẽ suã vel ius suũ cõseruet, Aut denique quomodo alienet vel amittat. Sed minùs perfecta nec satis plena hæc diuisio est. Cõstat siquidẽ ex iis partibus ex quibus non possis cognoscere quid sit totum, Nec rursus quid iuris ciuilis sit aut non sit. Itaque pertinet magis ad demonstrãdum effectum & exercitium iuris quàm ad ius ipsum in partes suas distribuendum. Iuris inquã omnis priuati, quod tripertitum esse supra diximus, Collectũ scilicèt ex pręceptis naturalibus gentium & ciuilibus ex eodem Vlp. *in l. 1. § huius studij De iustit. & iur.* Proinde spectat ea diuisio etiam ad ius naturale & gentium non minùs

nùs quàm ad ius ciuile. Nec enim ius naturale aut gẽtium verſari in alio poteſt quàm vel in acquirendo, vel in conſeruando, vel in minuendo: præſertim verò ius gentium ad quod dominiorum diſtinctio vſuſque commerciorum refertur *l. ex hoc iure 6. eod.*

Alia diuiſio iuris ciuilis.

POſtrema iuris diuiſio illa eſt, quam Iuſtinianus noſter tradit *in §. vlt. huius tituli. Omne ius*, inquit, *quo vimur vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* Sed hæc quoque non tam iuris diuiſio eſt quàm materiæ circa quam ius verſatur, nec tam diuiſio dicẽda eſt quàm ſubdiuiſio iuris ſiue ſcripti, ſiue non ſcripti. Tam enim hoc quàm illud vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Non tamẽ perinde poteſt hęc ſiue diuiſio ſiue ſubdiuiſio ſic intelligi vt ius quoq; naturale & gentium comprehendat, propter factam mentionem actionum, quas omnino ex iure ciuili eſſe, nec iure naturali aut gentium vel cognitas vel neceſſarias fuiſſe iam probauimus.

§. vlt. De iuſtit. & iur.

PRINCIPIVM VII.

De legibus, plebiſcitis, & ſenatuſconſultis.

LEx eſt, quod populus Romanus Senatorio magiſtratu interrogãte veluti Cõſule, conſtituebat §. lex eſt hoc tit. Populi autẽ appellatione ciues omnes cuiuſcũque ordinis & conditionis contineri nemo neſcit, in eóque differre populum à plebe, quo nomine plebeij dũtaxat ſignificantur, Vnde ſeceſſus ille plebis à patribus in montem Aucẽtinum, De quo Pomponius in *l. 2. §. deinde cùm eſſet 8. & in §. & cùm placuiſſet 24. De orig. iur.* Hinc illa legis laus & dignitas, vt ſit communis ſponſio ciuitatis & reipublicæ, ad cuius præſcriptum omnes qui in ea republica ſunt, vitam inſtituere debent, vt ex Demoſthene Marcianus & Papin. ſcribunt in *l. 1. & 2. Dde legib.* Nam quemadmodum in contrahenda ſtipulatione interrogatio præcedit reſponſionem, quæ ipſa nihil aliud quàm ſponſio eſt *l. 1. D. verb. oblig. l. in ris gentium 7. §. quod ferè D. de pact.* ita & in ferenda lege præcedebat interrogatio Senatorij magiſtratus, ad quã totius populi reſponſio ſponſióque ſequebatur. Vnde & rogatas leges dicimus, & quod huic contrarium eſt, abrogatas. Nam in tabellis quibus ſuffragia ferebantur, hæc verba ſcripta erant *vti rogas.* Goucan. *in l. 1. D. ad leg. falc.*

§. lex eſt De iur. natur. gent. & ciuil.

L. 1. & 2. D. de legib.

ILLATIO I.

De poteſtate & dominio legis in perſonas omnes, & bona omnia ciuium.

EX hoc Principio illud primùm fit vt de iis omnibus quæ ad ciuium vitas & bona pertinent diſponere lex poſſit, tanquã quæ & perſonarum & rerum omniũm domina ſit ac veluti regina vt dicebat Chryſippus, licẽt alio fortaſſis ſenſu cùm de diuinis quoque rebus loqueretur, & de lege in genere, non de ea quæ conſtitueret partem iuris ciuilis Romanorum, *in l. 2. ad fin. De legib.* Dubitandum enim non eſt quin reſpublica quælibet in ciues ſuos habeat & vitę & necis poteſtatem, quam olim non ſolùm domini in ſeruos, ſed etiam patres in filiosfamilias iure patriæ poteſtatis habuerunt *l. vlt. C. de*

L. 2. ad fin. D. de legib. De patria poteſtate, & de patria poteſtate.

patr.potest. cùm patriæ lõgè maior & potentior sit etiã in filiosfamilias, quàm patria potestas, Vt diximus *ad Princip.vlt.precedentis ex l.postlimunia* 19.*§. filius quoque De cap & postlim.l.honor.* 14.*§.plebey De muner.& honor.l.1.§.& generaliter* 15.*D.de vent.in poss.mitt.* Hinc leges illæ publicorum iudiciorũ, quibus tot irrogatæ pœnæ capitis, existimationis, amissionis bonorum, ve omnium, vel ex parte *l.1.& 2.l.infamem.7.& tot tit.De public. iudic.l capitali* 28.*& pass.* D.*de pœn.* imò etiam amissionis libertatis per irrogationem damnationis ad bestias aut ad metallum *l.vlt.*D.*de capit.minut.l.si quis filio* 6.*§.irritum De inoff.rupt.* Ex quo apparet plus posse patriæ quàm patriam potestatem. Libertati enim à maioribus tantum impensum est vt patres quibus vitæ ius in liberos necisque potestas olim erat permissa, libertatem tamen iis eripere non possent *d.l.vlt.C.de patr.potest.* Hinc etiam est quod inter modos transferendi iure Quiritium dominij lex enumeratur ab Vlpiano *in Instit.Tit.*19.*De acquisit.rer.* vbi ait nõ nisi sex modis posse dominium iure Quiritium transferri *traditione, mancipatione, cessione in iure, vsucapione, adiudicatione, & lege.* Quod adeò verum est vt quamuis traditio dummodo à domino facta sit modus transferendi ex iure gentium, *l* 9.*§. hac quoque de acq. rer.dom.* non aliter tamen efficax sit ad dominium iure Quiritium transferẽdum, quàm si fiat ex causa iusta, id est iuri ciuili ac legibus cognita *l. nunquam nuda* 31.*D. eod.* Indéque nimirum sit vt res tradita ex causa fideicommissi licet ab herede & domino ac præterea iuxta testatoris voluntatẽ nõ tamẽ acquiratur accipiẽti legitimè & iure Quiritiũ *l.*3.*D.si vsusfr.pet.* sed fiat tantùm res in bonis fideicommissarij *l.facta* 63.*in princip. D. ad SC. Trebell.* quia ius ciuile non agnoscit fideicommissa *§.1.infr. De fideic.hered.& §.1.infr.De codicil.* Hinc illud quoque est quod lege inductæ sint hereditates, inducta iura succedendi tam ex testamento quàm ab intestato. Vt diximus *ad Princip.*5.*illat.3 hoc tit.* quoniam inueniendus erat modus per quem dominium quod viuentis patrisfamilias fuerat in eius defuncti successorem transferretur. Hinc etiam, quod prætor non potuit facere heredem *§.quos autem infr. De bonor.poss.* quia cùm *heres* nihil nisi dominum significet *§.vlt.Inst.de hered.qualit.& diff.* nõ potuit prætor facere dominũ, quia, nec potuit facere legem, quæ scilicet non ex huius vel illius magistratus voluntate, sed ex totius populi & reipublicæ consensu ac sponsione æstimatur, & ad quam solam ideo pertinet, vt de ciuium suorum bonis eorúmque dominiis pro arbitrio disponat. Hinc denique quod nemo facere potest ne leges in suo testamento locum habeant *l.nemo* 55.*De legat.*1.

L.vlt. D.de capit.minut. Iunct.l.vlt. C. de patr. potest.

Modi sex transferendi olim dominij iure Quiritium. L. nũquam nuda 31. *D. de acquir. rer. domin. L.*1, *D.si vsusfr.pet.*

§. quos autẽ Instit.de bonor. poss.

L. nemo 55. *de legat.* 1.

ILLATIO II.

De imperio legis, & de legatis & fideicommissis.

L.legis virtus 7.*D. de legib.*

SEcũdò ex eodem Principio fit quod Modestinus scribit *in l.legis virtus* 7. *De legib.* vt legis virtus ea sit *imperare, vetare, permittere, punire.* Sunt enim ista omnia consequentia ei legis dignitati & autoritati vt omnium & hominum & bonorum quoquot in republica sunt, domina esse intelligatur. Vnde & legatum tanquam à lege dictum, sic definit Vlp. in Titulis, *Legatum est quod legis modo imperatiuè relinquitur.* Ideóque fortasse non fuerunt per legem confirmata fideicommissa, ne quidem ex prudentum interpretatione

tatione ad verba tam generalia legis 12.tab. *Paterfamilias vti super familia sua rei legassit ita ius esto l.verbis 120.de verb.signif.* quia lex quæ testatoris voluntatem cunctaxat subsequitur & confirmat, imperare non poterat vt id fieret quod testator fieri tantùm rogasset, Alienum autem à legis maiestate & dignitate videbatur, vt ciuem suum rogaret, cui potiùs imperare & posset & deberet. Nam & verbum illud *legassit* non aliam habet sensum quàm si scriptum esset *legem fecerit*, id est, *imperarit*. Nec quod tandem fideicommissa iuris vinculum & obligationem habere cœperint *d.§.1.De fideic.hered* facere potuit vt ad fideicommissa quæque lex duodecim tabularum extenderetur. Nō solùm quòd legibus omnibus commune illud sit, vt quem effectum ab initio non habent & eo tempore quo seruntur, eum habere nunquā possint, quia semel tantùm lex loquitur, & ipsum perficit, quod semel, Sed etiam quia confirmatio illa fideicommissorum, vt ad eorum præstationem obligetur etiam inuitus is qui rogatus tantùm fuit, licet non fiat contra testantis voluntatem, fit tamen præter voluntatem, nec proinde pertinere potest ad legem duodecim tabularum quæ suprema defunctorum voluntates confirmat tantummodo, non etiam auget. Non tamen omnes leges eiusdē hac parte sunt virtutis, & potestatis. Quædam enim sunt perfectæ, quædam imperfectæ. Perfectæ dicuntur ea quæ non solùm vetant aliquid fieri, sed etiam quicquid contrà factum fuerit rescindunt. Imperfectæ sunt è contrario quæ ita vetant quid fieri, vt tamen quod contrà factum sit, non rescindant, vt Vlpianus in Titulis tractat *tit.1. princip.* vbi exemplū adfert ex lege Cincia quæ certum modum donationibus præscribit, & vltra eum modum donari quid vetat, nec tamen quod supra modum donatū est rescindit, Sed ea distinctio sublata hodie est per *l.non dubium 5.C.de legib.* quæ ipso iure cassum & inutile esse vult, quicquid factum est contra legis prohibitionem, quamuis lex id non dixerit.

L.verbis legis 120 De verb signif.

Cur lex 12. tab. etiam hodie non porrigatur ad fideicommissa.

L.non dubium 5.C.de leg.

ILLATIO III.

De plebiscitis & Senatusconsultis eorúmque potestate. Itémque de Principum constitutionibus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt neque plebiscita, neque Principum constitutiones & mandata vim vllam habeant ad vniuersum populum obligandum nisi ex legibus in eam rem latis, & quas ideo ferri necesse fuit. Nam quod ad plebiscita lex Horatia primùm lata fuit vt refert Gellius *lib. 2.noct. Attic. cap. 25. & Plin. lib.16. cap.10.* deinde lex Hortensia vt plebiscita non minùs valerent quàm leges, quemadmodum hic Iustinianus ait, post Pomponium *in d.l.2.§. deinde cùm esset De orig.iur.* vbi addit ille ita factum esse vt inter leges & plebiscita species tantum constituendi interesset, potestas autem eadem esset. Quod ad Principum verò constitutiones lata est lex regia per quam populus Principi & in Principē omne suum imperium & potestatem cōcessit *§. sed & quod Principi hoc tit. §. Sed & hoc studiosum l.1.C.de veter.iur.enucl. l.1.D.de constit.Princip.* Non enim totius populi potestatem habere poterat nisi is cui populus eam dedisset. Excipiūtur tamen senatusconsulta, quę vt legis vim haberent, nulla lege expressa factum est, sed ex necessitate potiùs, quia cùm auctus esset populus romanus in eum modum vt difficile esset in vnum conuocari legis sanciendæ gratia æquum visum est, vice populi Senatum consuli vt, Iustinianus tradit in

L.2.§.deinde cùm esset De orig. iur.

§. sed & quod Principi Inst. hoc tit. l.1. D.de const. Princ. §. Senatusconsultum hoc tit.

Digitized by Google

§. Senatusconsultum huius tit. Ex quibus verbis constat Senatusconsulta ideo vim legis habere non quod à patribus simpliciter constituta sint, sed quod à patribus vice populi, Vt proinde dubitãdum non sit quin ea omnia quę per legem fieri potuerunt, etiam per senatusconsultum fieri potuerint, ex lege si minùs expressa saltem tacita totius populi vltro patientis per tot secula cã esse senatusconsultorum autoritatem. Quò pertinet quod Modestinus scribit in *l. pen. De legib. omne ius*, inquit, *aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmauit consuetudo.* Illã enim partem distinctionis *aut necessitas constituit* ad senatusconsulta refert, nec malè Iacob. Cuiacius in *paratit. ad tit. D. de leg. ex l. 2. §. deinde quia difficile De orig. iur.* vbi scribit Pomponius necessitatem ipsam deduxisse curã reipub. ad Senatum, & ita cœpisse Senatum se interponere, *& quicquid constituisset*, inquit, *obseruabatur*. Adde eundem Cuiac. *lib. 14. obser. cap. 16.* Nemo tamen dixerit, Senatum posse facere legem, neque ita loquitur Vlp. *in l. non ambigitur 9. De legib.* sed ita vt dicat, non ambigi quin Senatus facere ius possit. Aliud nãque est ius facere aliud facere legem, quamuis ius quod facit Senatus tale sit vt legis vim habeat, tanquam à Senatu factum vice populi vt dixi. Sic nec lege Hortensia factum est vt plebiscita leges essent, sed tantùm vt legum vi ac potestate censerentur. Etsi leges quoque appellantur *l. 1. D. ad leg. Aquil.* vbi additur potuisse plebiscito etiam legi 12. tab. derogari.

L pen. D. de legib.

L. non ambigitur 9. eod.

L. 1. D. ad leg. Aquil.

ILLATIO IV.

De legum & senatusconsultorum & plebiscitorum generalitate.

QVartò ex eodem Principio fit vt leges generales esse debeãt non in singulas personas, in eóque differunt à constitutionibus Principum quę vt plurimùm sunt personales *l. 3. l. omnes 10. C. de legib.* iunct. *l. 2. eod. l. iura 8. D. eod.* Sic & plebiscita generalia sunt, & senatusconsulta, tùm etiam cùm certa persona senatusconsulto causam dedit, vt apparet ex SC. Macedoniano *l. 1. D. de SC. Maced.* Cur enim aut vniuersus populus aut plebs interrogaretur aut vice populi Senatus consuleretur, vnius hominis causa? Repugnabat enim lex duodecim tabularum, *Priuilegia ne irrogarentur.*

L. 2. l. omnes 10. C. de legib. l. iura 8. D. eod.

ILLATIO V.

De tacita legum abrogatione.

QVintò ex eodem Principio fit, vt leges non solùm suffragio populi, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogẽtur *l. de quibus 32. in fin. D. de legib.* vbi sic Iulianus infert ex eo quod priùs dixerat, non aliã ex causa leges nos tenere quàm quòd iudicio populi sint receptæ. Nihil enim tã naturale est quàm dissolui vnũquodque eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale 35. De regul. iur. l. prout 80. De solut.* Dices, Huic rationi potius consequens esse, vt non possint sine suffragio & ad Consulis interrogationem latæ sunt. Respondeo cum Iuliano in *d. l. de quibus*, Nihil interesse an suffragio populus suam voluntatem declaret, an rebus ipsis & factis *l. non tantum 5. D. rat. rem haber.* Ex quo ibidem infert Iulianus illa etiam quæ sine vllo scripto populus probauit, perinde tenere omnes, legisque scriptæ & rogatæ vim obtinere. Consequens igitur illud quoque est vt & plebiscita & sena-

L. de quibus 32. D. eod. iit. D. legib.

Digitized by Google

& Senatusconsultum æquè per desuetudinem tacito populi consensu abrogentur, non solùm quod maiorem potestatem habere non debeant, quàm si leges essent, sed etiam quia quicquid viriū & potestatis habent, id ex populi tacito consensu habent non ex sola vel plebis, vel Senatus autoritate. Cōstitutionum principalium alia ratio est, vt ad sequens Principium dicemus.

PRINCIPIVM VIII.

De constitutionibus & mandatis Principum.

Lege regia, quæ de Principis imperio lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem concessit §. sed & quod Principi hoc tit. Huius legis regiæ meminit etiam Iustin. *in l.1.§. sed & hoc studiosum* C. *de vet.iur.enucl.* quæ aliàs est constitutio *De concept Digest.* vbi disertè Iustinianus scribit, ex antiqua illa lege quæ regia nuncupabatur, propterea quòd pro regibus lata esset, translatum esse omne ius omnémque potestatem populi romani etiã in Imperatoriam potestatem. Videtur etiam ad hanc legem respexisse Pomponius, licèt nulla eius mentione facta *in l.2.§. quod ad magistratus* 14. *De orig.iur.* cùm scribit initio ciuitatis romanæ reges omnem potestatem habuisse. Fuit autem illa lex non minùs honorifica regibus, quàm populo damnosa, ne supremam illam potestatem per vim & iniuriam accepisse dici possent quæ à populo per generalem legem iis tributa esset.

§. sed & quod Principi hoc tit.

l.2. §. quod ad magistratus 14. De orig.iur.

ILLAT. I.

De potestate constitutionum Principis vt habeant vim legum.

EX hoc Principio illud primùm fit vt quicquid Principi placuit legis habeat vigorem *d.§ sed & quod Principi*, *l.1. D. de const. Princip.* vbi Vlpianus in hanc ipsam sententiam meminit legis regiæ, Infértque generaliter quicquid imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscēs decreuit, vel de plano interlocutus est (id est non adhibita causæ cognitione *l.nec quicquã 9.§.1. De offic.pro cōs. l.omnia quæcunque 71. de reg.iur.*) vel edicto præcipit, legem esse, id est perinde ius facere acsi lex esset, & has esse quas constitutiones appellamus. Denique constitutio Principis facit legem vt Tryphon. loquitur in *l.in bello 12.§. manumittendo 9. vers. at is de quo quæritur de capt. & postlim.* Sed hoc tamē accipiēdū est cū distinctione. Etsi enim quicquid à Principe quoquomodo constituitur valet, ac ius facit, non tamen cōtinuò lex est, sed id demū quod à Principe cōstitutum est generaliter ad hoc vt esset lex generalis, quemadmodum explicat Harmenop. *lib.1. tit.2.* Cúmq; ex cōstitutionibus Principū quædam sint personales, quæ nec ad exemplum trahūtur, nec personã egrediuntur, vt puta si quid Princeps alicui ob merita indulserit, vel si quã pœnã irrogauerit, vel denique si cui sine exēplo subuenerit, *d.l.1. in fin.* nemo rectè dixerit esse eas leges, quãuis possit admitti hactenus vim legis habere quod in suis casibus ius faciũt. Idq; ab Imp. Theodosio & Valētin. disertè constitutũ est *in l.2. C. de legib.* in illis verbis *nec generalia iura sint, sed leges faciant his duntaxat negotijs atque personis pro quibus fuerint promulgata.* Quò etiã pertinet distinctio illa Iustiniani *in l.vlt. C. eod.* Si imperialis maiestas, inquit, causam cognitionaliter examinauerit & partibus cōminus constitutis sententiã dixerit, censendã esse eã legem non solùm illi causæ pro qua producta est, sed & omnibus similibus, vt intelligamus si quid

l.1. D. de offic. Princip.

l.in bello 12. §. manumittendo vers. at is de cap. & postlim.

Constitutiones Principum sæpe personales, Leges semper generales.

l.2. C. de legib.

l.vlt. C. eod.

è contrario Princeps per epiſtolam, & ſubſcriptionem ſine cauſæ cognitione conſtituerit, generalis legis vim habere id non debere ſed ſpecialis, id eſt priuilegij, quod ipſum vel ex nominis etymo, nihil niſi priuata lex eſt. Eadémque Impp. Theodoſij & Valentin. ſententia eſt *in l.3.eod.* Porrò priuilegiorum ex mera Principis indulgentia emanantiũ vſus & beneficia appellantur, ſingulare ius eſt vt quàm pleniſsimam recipiant interpretationem *l pen.* D. *de conſtit. Princip. l.2. C. de b. n. vac. lib. 10. tit.* 10. ſcilicet dummodo non in alterius diſpẽdium vergant, ne incipiant fieri iniqua *l. ex facto* 43. *De vulg. & pub. ſubſt. l.2. §. mercẽ & §. ſi quis à Principe. D. ne quid in loc. public.* Quidni enim liberalitatem & indulgentiam Principis pleniſsimè interpretemur, cùm eam faciendæ liberalitatis & indulgentiæ poteſtatem Princeps habeat ex populi indulgentia & liberalitate? Videtur vtique Princeps hoc caſu reddere potiùs quàm dare *arg. l. ſi verò non remunerandi* 12 § *idem Papinianus D. mandat.* Sanè Principis eſt interpretari, quem ſui beneficij modum eſſe velit *d. l. ex facto l. Neratius* 191. *De reg. iur.*

l.3.eod. De priuilegijs.

ILLAT. II.

De poteſtate Principis ſupra leges.

SEcundò ex eodem Principio ſit vt Princeps ſit ſolutus legibus nec tantùm pœnarijs, vt interpretatur Harmenop. *lib. 1. tit.* 1. ſed etiam alijs quibuſcunque, Auguſta non item niſi ex priuilegio *l. Princeps* 31. *D. de legib. l. ex imperfecto teſtamento* 23. *De legat.* 3. Nam cùm lex regia omne ius omnémque poteſtatẽ populi tranſtulerit in Principem, non etiam in Auguſtam, planè conſequens eſt, vt Princeps non priuati ſed totius populi iure cenſeatur. Populus autem, ſi vniuerſitatem ipſam conſideremus, ſolutus erat legibus cùm pro arbitrio leges condere & abrogare poſſet, nec tantùm expreſſo ſuffragio, ſed etiam vt ſuprà diximus tacito conſenſu: quamuis quilibet è populo legũ vinculis teneretur. Ergo & Princeps eſt ſupra leges, earúmq; pro arbitrio & condẽdarũ & abrogãdarũ ius habet, non etiã Auguſta, ad quam ſcilicet lex regia non pertinet. Hinc eſt quod principum conſtitutiones plæræq; vt modò dicebamus ſunt perſonales, & priuilegia, quia lex duodecim tabularum quæ priuilegia irrogari prohibet, non ligat Principem, ſicut & eam abrogare populus, ſi voluiſſet, potuiſſet. Nec ſanè priuilegia vlla in iure noſtro reperias inducta legibus, ſed omnia ex Principum conſtitutionibus. Cuiuſmodi ſunt priuilegia illa militum vt teſtari poſsint quomodo velint, & pro parte decedere teſtati, pro parte inteſtati, heredẽ habere ex tempore & ad tẽpus aliáq; ſimilia, de quibus *in Tit.* De *milit. teſtam. D. & C.* Eſſe enim ex conſtitutionibus Imperatorũ ſcribit Iuſtin. *imo eiuſd. tit.* poſt Vlp. *in l.1. eod.* Itémq; tot priuilegia dotiũ, quæ Iuſtinianus nimio fauore mulierum contra iuris veteris rationem ĩduxit *l. vnic. C de rei vxor. act. l. aſſiduis* 12. C. *qui potior. in pignor. hab.* Sanè ſunt etiam nonnulla priuilegia quæ ſola prudentum autoritas & interpretatio, ex ſumma æquitate & ex ipſa negotiorum qualitate inducere potuit, qualia ſunt priuilegia tacitæ hypothecæ in caſibus de quibus *in tit. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Itémq; prælationis in vtilitatem certi generis creditorum ſiue chirographariorum ſiue hypothecariorum, de quibus in *l. interdum* 5. *& ſeqq. D. qui potior. in pignor. hab. & in tit.* De *priuileg. credit.* ſecundum vulgarem titulorum diſtinctionem. Quod ideo addo quia in Paul. Florẽt. non eſt titulus ille diſtinctus à *tit. De reb. autor. iudic.*

l. Princeps 31. D. de legib. l. ex imperfecto 23. De legat. 3.

l. 1. D. de teſtam. milit. l. vnic. C. de rei vxor. act. l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pignor. hab.

De priuilegijs inductis ex ſola prudentũ autoritate.

dic.posid.vel venund. Hinc etiam est, quod illa etiam quæ per legem fieri non possent, Principes ex priuilegio faciunt plerumque & facere possunt, Puta vt qui semel heres fuit desinat esse heres. Id enim euenit in herede quē miles instituit ad tempus *l.miles ita* 41 *D.de milit.test.* quod tamen per legem fieri non posse ostendunt exempla legis Sentiæ *l.ei qui soluendo* 88. *D. de hered.instit.* & Senatusconsulti Trebelliani *§.restituta infr. De fideic.hered.* Nec enim dubitandum est quin Senatus potuerit heredem facere sicut & lex posset, vt apparet ex Senatusconsultis Tertylliano & Orfitiano *l.1.& tot. tit. ad Sc.Tertyll.* nec rursum quin facturus fuerit Senatus vt fidei commissarius per hereditatis restitutionem heres fieret si facere potuisset vt semel heres desineret esse heres, Quod tamē vt fieri non potuerit ne quidem per legem in causa illud est, quod acquisitio hereditatis non tantùm sit iuris, sed etiam facti *l.pro herede* 20. *l.adito* 45 *l gerit* 88. *de acquir. hered.* factum ait pro infecto haberi nō potest *l in bello* 12. *§ facti De capt. & postlim. l. verum est* 31. *De reg. iur.* In eóque erant egregiè interpretes qui putant posse Bart. *ad l. vlt. D. ad SC. Tertyll* posse fieri per legem & consequenter vt illi inserunt etiam per statutum vt quis possit desinere heres esse, nec tamen habent vnde id probent, nisi ex priuilegiis militarium testamentorum. Q ali sint illa ex legibus ac non potiùs ex constitutionibus Principum qui non alia ratione concedere illa potuerunt, quàm quia sint supra leges: Inde namque factum est vt militaribus testamentis priuilegium dederint, ne vllis testamentorum legibus obstricta essent: Et vt possit miles etiā ab initio decedere pro parte testatus, pro parte intestatus, quod in paganis omnino diuersum est *l ius nostrū* 24. *de reg. iur.* iun. *l.circa* 24. *D. de inoff. test.* Nec est contrariū quod Plinius in panegyrico ad Traianū scribit nō esse Principē supra leges, sed leges supra Principē. Id enim nō tā ad rei veritatē & stabilitātiā quàm ad boni Principis mores & cōdicionē referendū est. Digna siquidē vox maiestate regnā is, legibus se alligatū non solutum profiteri, Adeò de autoritate iuris pēdet principis autoritas. Et re vera maius imperio est legibus submittere principatū, inquit eleganter *l.digna vox* 4. *C. de legib.* Eodemq; sensu accipiendū est quod Paulus scribit in *d.l. ex imperfecto* 23. *de legat.* 3. decere Maiestatē Imperatoris eas seruare leges quib. ipse solutus esse videatur, Nō quod reuera nō sit solutus, sed quòd multo decentius ei sit alligatum se profiteri: licèt alij aliter interpretētur post Cuiac. *lib.* 15. *obser. c.* 30. Hoc ipsum tamen quod dicimus Principē esse supra leges sic intelligi volumus vt sit supra leges ciuiles non etiā supra eas quæ sint iuris naturalis aut gentium. Neq; enim populus lege regia potuit transferre in principem plus iuris quàm ipse populus haberet suo iure *vulg. l.nemo plus iuris* 54. *De reg. iur.* Nūquā autē licuit populo naturale ius aut gentiū violare *§. vlt. infr. hoc tit.* Ex quo intero nullā esse in Principe quamuis supremo si non etiam tyranno, absolutā potestatē per quam possit eam rem quæ tua sit iure gentiū tibi inuito aufferre pro arbitrio. Nec si pro precio tibi offerat duplum aut triplum iustæ æstimationis, quoniam id & naturali & gentium iuri repugnat *l.ex hoc iure D. de iust. & iur. l.id quod nostrum est* 11. *De reg. iur. l.nec quasi* 70. *D. de rei vindic. l.non enim* 9. *D. rer. amot.* Nisi fortasse ex causa publicæ vtilitatis cui aliter prospici non possit, Perpetua enim & sine exceptione est illa lex duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto.* Itaque numquam probaui distinctionem istam interpretum qui duplicē in Principe volunt esse potestatem, Absolutā vnam, ordinariā alterā

l.miles ita 41. D de milit testam. l. ei qui soluēdo 88 D. de hered instit. §. restituta Instit. de fideic. hered.

Non potest fieri per legem, neque per statutū vt quis semel heres, desinat heres esse.

l.digna vox 4. C. de legib.

Princeps nō est supra ius naturale, aut gentiū

De potestate absoluta.

Salus populi suprema lex.

ILLATIO, IV.

De reſcriptis principalibus contra ius impetratis.

QVartò ex eodem Principio fit vt vniuerſa Principis reſcripta contra ius elicita vel contra publicam vtilitatem à iudicibus omnibus refutari negligíque ipſis etiam imperatorum conſtitutionibus iubeantur *l. 3. l. reſcripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. ſi contr. ius vel vtil. public.* Credibile namque eſt, populum cuius iure & poteſtate Princeps vtitur, nũquam tale quid ſanciturum fuiſſe quod non ſolùm generali iuri, ſed etiam publicæ vtilitati repugnaret. Id verò à Principe tanto alieniùs eſt, quod ipſius autoritas nõ iã à populo dependet, ſed à iuris autoritate *d. l. digna vox 4. C. de legib.* facit *l. 2. C. de mand. Princip.* ibi, aut aliquid diuerſum iudicari ab iis quæ apud ipſos fiunt. Vnde fit vt ſi quando Princeps aliquid iniqui reſcripſerit alitérve conſtituerit, credendus ſit, vel impetrantis calliditate & mendaciis deceptus fuiſſe, vel importunis precibus adactus, potiùs quàm proprio & ſpontaneo motu ad id reſcribendum inductus, De Principis enim erga ſubditos ſuos pietate & iuſtitia benignè ſemper quantum fieri poteſt ſuſpicandum eſt ne cuiquam facere iniuriam voluiſſe exiſtimetur, vt ſcripſimus ad Princip. 2. *ſup. tit. prox ad fin.* Inde fit vt ſiue Principi obreptum ſit, tacita ſcilicet veritate, ſiue ſubreptum, i. d eſt, expreſſo mendacio, non ſolùm reſcripti fructu carere impetrans debeat *l. 2. C. de legib. l. vlt. C. de precip. Imp. offer. l. 2. 3. & 4. C. ſi contr. ius vel vtil. publ. l. vniuerſa 7. C. de diuerſ. reſcript.* ſed etiam puniri debeat mendacium, ſi nimia mentientis improbitas inueniatur etiamſi alioqui legibus conſentaneum ſit reſcriptum, Inquit *l. etſi legibus 5. C. ſi contra ius vel vtil. publ.* Planè ſi leue mendacium ſit, quo etiam tacito non eo minùs nec difficiliùs fuerit Princeps idem reſcripturus, aliud eſt, quia non poteſt videri dolo malo fuiſſe mentitus nec animo decipiendi Principis qui tale mendacium expreſsit, Sicut nec is qui non omnia expreſsit quæ exprimi potuerũt, ſi non conſulto quid tacuerit ex iis quæ expreſſa potuiſſent Principem à concedẽdo reſcripto prorſus reuocare vel eum reddere difficiliorem *l. 1. eod. tit.* Inde etiam eſt quod à conceſsione reſcripti appellari non poteſt *l. ne cauſas 15. C. de appell.* quoniam qui appellat de iniquitate conqueritur *l. 1. D. eod. l. præfecti 17. D. de minor.* Sacrilegij autem inſtar eſt de Principis aut æquitate aut poteſtate dubitare *l. ſacrilegij 5. C. de diuerſ. reſcript.* iunct. *l. 4. C. de emancip. liber.* Quid ergo? An appellationis auxilium ei denegabitur? Minimè. Appellari enim poteſt *l. 2. C. de appellat. l. 1. §. 1. D. eod.* Sed ab interpretatione aut ab executione non à conceſsione. Ita ex pragmaticorum Gallorum ſententia Gothofr. *ad l. 2. C. ſi contr. ius vel vtil. publ.* vide text. elegantem in *l. 1. verſ. quid ergo eſt D. quand. app. ſit & intr. qua tempor.* Item per viam exceptionis poteſt impugnari reſcriptum ad falſas preces conceſſum *d. l. 2.* Facit enim vitiũ obreptionis aut ſubreptionis vt qui habet reſcriptum à Principe non idcirco cenſeatur habere ipſius voluntatem. Siquidem voluntas Principis aliquid concedentis tacitam condicionem illam ſemper habet ſi preces veritate nitantur *d. l. vniuerſa 7. C. de diuerſ. reſcript.* cùm ex facto ius oriatur, & conſequenter ad propoſitam facti ſpeciem ſemper accommodetur *l. ſi ex plagis 52. §. cluo D. ad leg. Aquil. l. vt reſponſum 15. C. de tranſact.* Quæ ratio facit vt non aliud dicendum ſit ſi prætori obreptum proponatur *l. 1. §. 1. l. 5. §. penult. D. de*

l. reſcripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. ſi contr. ius vel vtilit. public. l. 2. C. de mand. Princip.

l. 2. C. de legib. l. vlt. C. de precib. Imp. offer. l. etſi legib. 5. C. ſi contr. ius vel vtil. public.

l. 1. eod. tit. l. ne cauſas 5. C. de appellat.

De vicio obreptionis & ſubreptionis.

reb.eor.qui ſub tutel.l.tres tutores 55.*§.vlt.D.de admin.tutor.* aut etiam iudici cuius religio fallis allegationibus aut teſtibus aut inſtrumentis ſit circumuenta *l.Diuus* 33.D.*de re iudic.l.2.& vlt.C.ſi ex falſ. inſtrum.*

CONFVT. I.

De iniquitate reſcriptorum, conſtitutionum, & edictorum.

ERgo contra hoc Principium peccant Principes, quotquot aut reſcriptis aut conſtitutionib: ſuis & edictis generalibus id agant vt contra publicam vtilitatem nouum ius inducant ex quo vel vniuerſus populus, vel ex populo aliquis vel vnus damnum & iniuriam ſenſurus ſit. Abuti enim illud eſt, non vti ea poteſtate quam populus lege regia à ſe abdicatam, & in populum principem tranſlatam voluit. Neque enim vnquam populus aut ſibi ipſi aut alicui ex ſuis ciuibus iniurioſum ius induxiſſet, Vix tamen Princeps quiſquam credendus eſt ea eſſe voluntate vt iniquum aliquid ſciens ſtatuat, vt ſuprà diximus.

CONFVT. II.

De poteſtate abſoluta.

Poteſtas boni Principis abſoluta, quam vocant, nulla eſt.

PEccant etiam interpretes, qui Principi duplicem poteſtatem tribuunt vt iam diximus. Ordinariam vnam, & abſolutam alteram, hanc appellantes, per quam liceat ei facere quicquid velit, & illa etiam quæ à gentium adeóque naturali iure abhorreant. Qua diſtinctione ſi vera eſt id aſſequuntur vt nulla iam diſtinctio ſit inter Principem bonum, & tyrannum, quemadmodum à recentioribus pleriſque rectè ac verè diſputatum eſt qui iſtam plenitudinem poteſtatis, non inſulsè plenitudinem tempeſtatis appellarunt: Non enim populus ſuam poteſtatem ſuúmque imperium tranſtuliſſet in Principem ſi non exiſtimaſſet Principem ea ipſa conſtituturum quæ populus ipſe pro publica vtilitate fuerat conſtituturus. Exemplo eiús quod de præfectorum prætorio dignitate & autoritate ſcribit Iurec. *in l.vnic.§. his cunabulis De offic præf.præt.* vbi ait voluiſſe Principem appellari poſſe à præfectis prætorio, propterea quòd credidit eos qui ob ſingularem induſtriam explorata eorum fide & grauitate ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos eſſe pro ſapientia ac luce dignitatis ſuæ quàm ipſe foret iudicaturus.

CONFVTATIO III.

De clauſula Motu proprio.

PEccarunt denique contra hoc Principium illi qui primi clauſulam *motu proprio* in reſcripta Principum inuexerunt, ne obijciendæ ſubreptionis vel obreptionis periculo ſubiacerent. Tritum enim eſt eam huius clauſulæ vim eſſe, vt tollat omne vicium obreptionis aut ſubreptionis: quaſi nõ poſsit videri Princeps alieno mendacio deceptus fuiſſe motúſque ad concedendum id quod proprio motu conceſſerit. Et tamen nihil eſt frequentius quàm vt in iis etiam reſcriptis quæ ad importunas mendacis impetrantis preces conceduntur clauſula iſta inſeratur, maximè verò in Pontificum reſcriptis, etſi nec imperatoribus noſtris incognitum id fuiſſe conſtat ex *l.3. C.de*

Digitized by Google

C.de legib. in illis verbis, *ſiue eas nobis ſpontaneus motus ingeſſerit, ſiue precatio, ſiue relatio vel lis mota legis occaſionem poſtulauerit.* Inde eſt quod apud nos in rescriptis ordinariis in parua, vt vocant, Cancellaria, obtinendis nunquam clausula hæc inseritur, vt ei contra quem rescriptum impetratur salua sit mendaciorum præscriptio, quomodo loquitur *l.2.C.ſi contr.ius vel vtil. public.* quã & aduersus ea rescripta quibus Princeps ipse subscripserit opponi posse, Principes nostri optimi iurisque religiosissimi voluerunt. Sed neque huic clausulæ multum tribuere solet Senatus noster quoties eam calliditate impetrantis potiùs quàm spontanea Principis voluntate insertam videt. Ac sanè sicuti quod à populo decepto constitutum esset, ratũ haberi non deberet nisi concurrente fauore publicæ vtilitatis, vt in *l.3.de offic.præt.* ita nec quod à Principe: quia decepti Principis & consequenter errantis volũtas nulla est *l.ſi per errorem 15. De iuriſd. l.nihil 116.§.vlt. De reg.iur.*

l.2.C.ſi cõtr.ius vel vtilit. publ.

PRINCIPIVM IX.

De *reſponſis prudentum.*

ANtiquitus constitutum fuit, vt essent qui iura publicè interpretarentur, quibus à Cæsare ius respondendi datum esset, qui iureconsulti appellabantur, quorum omnium sententiæ & opiniones eam autoritatem tenebant vt iudici recedere ab eorum responso non liceret, quemadmodum est constitutum. Ita Iustinianus *in §.1. reſponſa hoc tit.* Quod tamen non ita accipiendum est, quasi longo ante Cæsares tempore nullus fuerit in ciuitate vsus prudentum, nullaue ipsorum autoritas. Refert enim Pomponius *in l. 2.§.his legibus latis 5. De orig.iur.* statim post latas leges vt naturaliter euenire solet, cœpisse interpretationem legum desiderare prudentum authoritatem, & necessariam esse fori disceptationem: ideóque ius illud quod sine scripto venit per iuris scripti interpretationem compositum fuisse à prudentibus, nullaque propria denominatione accepta communi nomine ius ciuile appellatum esse: compositas item ab ijsdem prudentibus actiones legitimas quibus inter se ciues disceptarent, ne cuilibet ex populo eas pro arbitrio instituere liceret. Denique si verum est quod idem Pompon. scribit *in d.l.2.§.poſt originem* 13. nõ posse ius constare nisi sit aliquis iurisperitus per quem possit quotidie in melius produci, non potuisset ius ciuile in eam dignitatem & amplitudinem crescere in qua temporibus Augusti Cæsaris fuit si non maxima iam inde ab initio nascentis iuris, autoritas prudentum fuisset. Sic igitur accipi debet quod Iustinianus scribit, vt ab Augusto longè maior autoritas, quàm anteà esset, prudentum responsis accesserit, inducto eo vt non tam ex causa propria & pristina, quàm ex ipsius Cęsaris autoritate de iure responderent, Fefte eodem Pompon. *in d.l.2.§.penult.verſ.primus Divus Auguſtus.* Vnde illud quoque fieri & constitui necesse fuit vt ab eorum responsis quę scilicet imperatoriam autoritatem præferebant, recedere iudicibus non liceret.

§.reſponſa hoc tit.

l.2.§.his legibus latis 5. §.poſt originem 13. & § penult. D. de orig.iur.

ILLAT. I.

De iis quæ iure ciuili recepta ſunt ex prudentum interpretatione.

EX hoc Principio fit vt tam multa in iure noſtro habeamus quæ iuris ciuilis eſſe dicuntur, nec tamen ad populi romani leges aut ad plebiſcita aut ad Senatuſconſulta vel Principum conſtitutiones referri poſſunt. Omnia enim eiuſmodi referenda ſunt ad prudentum interpretationem. Quale ius illud eſt De ſuis heredibus neceſſariò inſtituendis vel exheredandis, De ſollennitatibus teſtamentorum, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem, De querela, ni fallor, inofficioſi teſtamenti, licèt eam Iacobus Cuiacius acceptam referat legi Gliciæ, ſatis leui argumento vt ſuo loco dicemus. Denique ea omnia, de quibus neque lex lata extat, neque plebiſcitum, neque Senatuſconſultum, neque conſtitutio Principis, neque edictum prætoris aut ædilis, non ad aliam iuris partem referri poſſunt quàm ad hanc, quæ vna ſupereſt, quæque cõſtat ex prudentum ad alias iuris ciuilis partes interpretatione, Idque minùs mirabitur quiſquis conſiderabit quod ex Pomponio proximè diximus, tantæ autoritatis eſſe hanc iuris partem, vt ſola retinuerit generale ac commune nomen iuris ciuilis.

Prudentum interpretatio retinuit nomen generale iuris ciuilis.

ILLATIO II.

Prudentes interpretari tantùm poſſe non ſupplere.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi quando ſupplendum aliquid ſit ſiue in lege, ſiue in Senatuſconſulto, ſiue in edicto, ſiue denique in hominum contractibus aut vltimis voluntatibus, manca in eo ſit autoritas prudentũ, quibus ſcilicet datũ eſt ius duntaxat interpretandi non etiam ſuppleendi. Proinde fuit ſemper illis caſibus neceſſaria autoritas & conſtitutio Imperatoris vt in ſpecie *l. commodiſſimè* 10. *D. de liber. & poſt.* iun. *l. vlt. C. de poſt. hered. inſt. l. 4. De vulg. & pup. ſubſt. l. vnum ex familia* 67. *§. vlt. de leg. 2. l. qui filium* 74. *D. ad SC. Treb.* aut Senatus vt in *l. ex facto* 17. *eod. l. filius familias* 114. *§. vt quis heredem de leg. 1.* Extántque alia innumera in libris noſtris huius rei exempla. Longè namque aliud eſt interpretari, aliud ſupplere *l. Gallus* 29. *§. videndum De lib. & poſt.* Interpretatio naſcitur ex verborum conceptione *d. l. Gallus* §. 1. ſuppletio ex verborum defectu. Interpretatio eſt iuris ſuppletio facti. De iure autem duntaxat reſpondendi ius datum eſt Iureconſultis vt ſcripſi ad Princip. 2. *tit. praced. illat.* 7.

l. commodiſſimè 10. D. de liber. & poſthum.

ILLATIO III.

De autoritate veterum prudentum, non etiam interpretum iuris.

TErtiò ex hoc eodem Principio fit vt in decidendis iis quæſtionibus In quibus expreſſam habemus aut ſaltẽ non obſcurã Papiniani vel alterius cuiuſpiam ex veteribus autoritatẽ, parũ curare debeamus quid Bartolus, quid Baldus alijque minorum gentium interpretes ſenſerint. Quod enim antiquorum illorum prudentum reſponſis priuilegium datum eſt vt ab iis recedere iudici non liceret, tantum abeſt vt aliqua conſtitutione abrogatũ ſit, vt è contrario fuerit confirmatum, cùm à cæteris omnibus Imperatoribus qui Auguſtum ſecuti ſunt, tum maximè à Iuſtiniano in conſtitutionibus *De conce[illegible] confirm. Digeſt. & in d. l. vlt. C. de legib.* Hoc etiam expreſsim addite

dito vt quicquid ex prudentum responsis in pãdectas relatum est,pro eo habeatur acsi ex Iustiniani ore profectum esset,Interpretibus verò, ne mentiar si generaliter dicam prudentibus nostri temporis, tale priuilegium nullum vnquam datum est,Imo expressim prohibitum à Iustiniano ne suis commẽtarijs & interpretationibus adeò præclara illa prudentum veterum responsa obscurent & deforment:In quo si boni Imperatoris voluntati paritum fuisset,non ea nunc difficultatum & errorum nedum librorum mole qua miserè premitur ius nostrum laboraret.

CONFVTATIO I.

De iis quæ interpretes prætextu æquitatis contra ius induxerunt.

ITaque peccant contra hoc Principium interpretes nostri quoties aut manifesta iuris ignoratione qua nihil apud eos frequentius, aut etiam nescio cuius æquitatis commentitiæ prætextu non erubescunt respondere contrà quàm à veteribus iuris cõditoribus responsum fuerit,quasi meliores aut iuris,aut æquitatis magistri,& prudentibus ipsis prudentiores.

CONFVT. II.

De iis quæ passim Doctores supplent in legibus,contractibus & testamentis interpretandis.

IIdem peccant etiã quoties siue de legum,siue de contractuum aut vltimarum voluntatum interpretatione agitur,tantùm sibi adrogant, vt audeant supplere, Nunc inducendo vtilem actionem vbi vel nullam,vel aliam dant Iureconsulti vt in specie *l.ita tamen* 27.*§.si ex Trebelliano*, iunct.*l. deducta* 58. *in princip.D.ad SC.Trebell.*Nunc inducendo fideicommissum etiam vbi nulla sunt verba fideicommissi puta liberis in nuda fideicommissi condicione positis,Præsertim si adsint vel minimæ coniecturæ voluntatis,Vt tractant illi *ad l.1.C.de pact.*In quibus omnibus & aliis similibus agunt sanè Principes & Imperatores potiùs quàm interpretes iuris.

CONFVTATIO III.

De iudicibus qui pro communi opinione contra leges iudicant.

SEd peccant etiam,& multò periculosius iudices illi, qui eò vsque deuenerunt vel dementiæ,vel ignorantiæ,vt prudentum responsa in iudicando & cõsulẽdo non magis curent,quàm si nulla extarent,inque vno eo laborẽt vt quenam hodie apud interpretes receptior opinio sit inuestigent,eámque passim sine delectu& iudicio vllo sequantur,quasi & ipsi iudicio careant, nec vlla vel iuris ratione vel prudentum autoritate reuocari possunt ac persuaderi vt iudicent vel consulant ex iuris arte.

PRINCIPIVM X.

De *iure prætorio.*

IVs prætorium est,quod prætores introduxerunt adiuuandi, vel supplendi,vel corrigendi iuris ciuilis gratia propter publicam vtilitatem: quod & [illegible]rum di-

Digitized by Google

§. Senatusconsultum huius tit. Ex quibus verbis constat Senatusconsulta ideo vim legis habere non quod à patribus simpliciter constituta sint, sed quod à patribus vice populi, Vt proinde dubitãdum non sit quin ea omnia quę per legem fieri potuerant, etiam per senatusconsultum fieri potuerint, ex lege si minùs expressa saltem tacita totius populi vltro patientis per tot secula eã esse senatusconsulto rum autoritatem. Quò pertinet quod Modestinus scribit in *l. pen. De legib. omne ius*, inquit, *aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmauit consuetudo.* Illã enim partem distinctionis *aut necessitas constituit* ad senatusconsulta refert, nec male Iacob. Cuiacius in *paratitl. ad tit. D. de leg. ex l. 2. §. deinde quia difficile De orig. iur.* vbi scribit Pomponius necessitatem ipsam deduxisse curã reipub. ad Senatum, & ita coepisse Senatum se interponere, *& quicquid constituisset*, inquit, *obseruabatur*. Adde eundem Cuiac. *lib. 14. obser. cap.* 16. Nemo tamen dixerit, Senatum posse facere legem, neque ita loquitur Vlp. *in l. non ambigitur 9. De legib.* sed ita vt dicat, non ambigi quin Senatus facere ius possit. Aliud nãque est ius facere aliud facere legem, quamuis ius quod facit Senatus tale sit vt legis vim habeat, tanquam à Senatu factum vice populi vt dixi, Sic nec lege Hortensia factum est vt plebiscita leges essent, sed tantùm vt legum vi ac potestate conferentur. Etsi leges quoque appellantur *l. 1. D. ad leg. Aquil.* vbi additur potuisse plebiscito etiam lege 12. tab. derogari.

L. pen. D. de legib.

L. non ambigitur 9. eod.

L. 1. D. ad leg. Aquil.

ILLATIO IV.

De legum & senatusconsultorum & plebiscitorum generalitate.

QVartò ex eodem Principio fit vt leges generales esse debeãt non in singulas personas, in eóque differunt à constitutionibus Principum quę vt plurimùm sunt personales *l. 3. l. omnes* 10. *C. de legib.* iunct. *l. 2. eod. l. iura* 8. *D. eod.* Sic & plebiscita generalia sunt, & senatusconsulta, tùm etiam cùm certa persona senatusconsulto causam dedit, vt apparet ex SC. Macedoniano *l. 1. D. de SC. Maced.* Cur enim aut vniuersus populus aut plebs interrogaretur aut vice populi Senatus consuleretur, vnius hominis causa? Repugnabat enim lex duodecim tabularum, *Priuilegia ne irrogarito.*

L. 1. l. omnes 10. C. de legib. l. iura 8. D. eod.

ILLATIO V.

De tacita legum abrogatione.

QVintò ex eodem Principio fit, vt leges non solùm suffragio populi, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogẽtur *l. de quibus 32. in fin. D. de legib.* vbi sic Iulianus infert ex eo quod priùs dixerat, non aliã ex causa leges nos tenere quàm quòd iudicio populi sint receptæ. Nihil enim tã naturale est quàm dissolui vnũquodque eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur. l. prout* 80. *De solut.* Dices, Huic rationi potius consequens esse, vt non possint sine suffragio & ad Consulis interrogationem latæ sunt. Respondeo cum Iuliano in *d. l. de quibus*, Nihil interesse an suffragio populus suam voluntatem declaret, an rebus ipsis & factis *l. non tantum* 5. *D. rat. rem haber.* Ex quo ibidem infert Iulianus illa etiam quæ sine vllo scripto populus probauit, perinde tenere omnes, legisque scriptæ & rogatæ vim obtinere. Consequens igitur illud quoque est vt & plebiscita & sena-

L. de quibus 32. D. eod. sit. D. legib.

ed by Google

& Senatusconsultum æquè per desuetudinem tacito populi consensu abrogentur, non solùm quod maiorem potestatem habere non debeant, quàm si leges essent, sed etiam quia quicquid virium & potestatis habent, id ex populi tacito consensu habent non ex sola vel plebis, vel Senatus autoritate. Cõstitutionum principalium alia ratio est, vt ad sequens Principium dicemus.

PRINCIPIVM VIII.

De constitutionibus & mandatis Principum.

Lege regia, quæ de Principis imperio lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem concessit §. *sed & quod Principi hoc vi* Huius legis regiæ meminit etiam Iustin. *in l.1.§. sed & hoc studiosum* C. *de vet.iur.enucl.* quæ aliàs est constitutio *De concept Digest.* vbi disertè Iustinianus scribit, ex antiqua illa lege quæ regia nuncupabatur, propterea quòd pro regibus lata esset, translatum esse omne ius omnémque potestatem populi romani etiã in Imperatoriam potestatem. Videtur etiam ad hanc legem respexisse Pomponius, licèt nulla eius mentione facta *in l.2.§. quod ad magistratus* 14. *De orig.iur.* cùm scribit initio ciuitatis romanæ reges omnem potestatem habuisse. Fuit autem illa lex non minùs honorifica regibus, quàm populo damnosa, ne supremam illam potestatem per vim & iniuriam accepisse dici possent quæ à populo per generalem legem iis tributa esset.

§. sed & quod Principi hoc tit.

l.2. §. quod ad magistratus 14. De orig.iur.

ILLAT. I.

De potestate constitutionum Principis vt habeant vim legum.

EX hoc Principio illud primùm fit vt quicquid Principi placuit legis habeat vigorem *d.§ sed & quod Principi*, *l.1. D. de constit. Princip.* vbi Vlpianus in hanc ipsam sententiam meminit legis regiæ, Infértque generaliter quicquid imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscẽs decreuit, vel de plano interloçutus est (id est non adhibita causæ cognitione *l. nec quicquã* 9. §. 1. *De offic. pro cõs. l. omnia quæcunque* 71. *de reg. iur.*) vel edicto præcipit, legem esse, id est perinde ius facere acsi lex esset, & has esse quas constitutiones appellamus. Denique constitutio Principis facit legem vt Tryphon. loquitur in *l. in bello* 12. §. *manumittendo* 9. *vers. at is de quo quæritur de capt. & postlim.* Sed hoc tamẽ accipiẽdũ est cũ distinctione. Etsi enim quicquid à Principe quoquomodo constituitur valet, ac ius facit non tamen cõtinuò lex est, sed id demũ quod à Principe cõstitutum est generaliter ad hoc vt esset lex generalis, quemadmodum explicat Harmenop. *lib.1. tit.2.* Cúmq; ex cõstitutionibus Principũ quædam sint personales, quæ nec ad exemplum trahũtur, nec personã egrediuntur, vt puta si quid Princeps alicui ob merita indulserit, vel si quã pœnã irrogauerit, vel denique si cui fine exẽplo subuenerit, *d. l.1. in fin.* nemo rectè dixerit esse eas leges, quãuis possit admitti hactenus vim legis habere quod in suis casibus ius faciũt. Idq; ab Imp. Theodosio & Valẽtin. disertè constitutũ est *in l.2. C. de legib.* in illis verbis *nec generalia iura sint, sed leges faciant his duntaxat negotijs atque personis pro quibus fuerint promulgata.* Quò etiã pertinet distinctio illa Iustiniani *in l. vlt. C. eod.* Si imperialis maiestas, inquit, causam cognitionaliter examinauerit & partibus cõminus constitutis sententiã dixerit, censendã esse eã legem non solùm illi causæ pro qua producta est, sed & omnibus similibus, vt intelligamus si quid

l.1. D. de offic. Princip.

l. in bello 12. §. manumittendo vers. at is de cap. & postlim.

Constitutiones Principum sæpe personales. Leges semper generales.

l.2. C. de legib.

l. vlt. C. eod.

by Google

è contrario Princeps per epiſtolam, & ſubſcriptionem ſine cauſæ cognitione conſtituerit, generalis legis vim habere id non debere ſed ſpecialis, id eſt priuilegij, quod ipſum vel ex nominis etymo, nihil niſi priuata lex eſt. Eadémque Impp. Theodoſij & Valentin. ſententia eſt *in l.3.eod.* Porrò priuilegiorum ex mera Principis indulgentia emanantiũ vim & beneficia appellantur, ſingulare ius eſt vt quàm pleniſsimam recipiant interpretationem *l.pen.D.de conſtit.Princip.l.2.C.de bon.vac.lib.10.tit.10.* ſcilicet dummodo non in alterius diſpẽdium vergant, ne incipiant fieri iniqua *l.ex facto* 43. *De vulg. & pub.ſubſt.l.2.§.meritò & 9.ſi quis à Principe.D.ne quid in loc.publ.ic.* Quidni enim liberalitatem & indulgentiam Principis pleniſsimè interpretemur, cùm eam faciendæ liberalitatis & indulgentiæ poteſtatem Princeps habeat ex populi indulgentia & liberalitate? Videtur vtique Princeps hoc caſu reddere potiùs quàm dare *arg.l.ſi verò non remunerandi* 12 *§ idem Papinianus D. mandat.* Sanè Principis eſt interpretari, quem ſui beneficij modum eſſe velit *d.l.ex facto l.Neratius* 191. *De reg.iur.*

l.3.eod. De priuilegijs.

ILLAT. II.

De poteſtate Principis ſupra leges.

SEcundò ex eodem Principio ſit vt Princeps ſit ſolutus legibus nec tantùm pœnalibus, vt interpretatur Harmenop. *lib.1.tit.1.* ſed etiam alijs quibuſcunque, Auguſta non item niſi ex priuilegio *l.Princeps* 31. *D. de legib.l.ex imperfecto teſtamento* 23. *De legat.*3. Nam cùm lex regia omne ius omnémque poteſtatẽ populi tranſtulerit in Principem, non etiam in Auguſtam, planè cõſequens eſt, vt Princeps non priuati ſed totius populi iure cenſeatur. Populus autem, ſi vniuerſitatem ipſam conſideremus, ſolutus erat legibus cùm pro arbitrio leges condere & abrogare poſſet, nec tantùm expreſſo ſuffragio, ſed etiam vt ſuprà diximus tacito conſenſu: quamuis quilibet è populo legũ vinculis teneretur. Ergo & Princeps eſt ſupra leges, earúmq; pro arbitrio & condẽdarũ & abrogãdarũ ius habet, non etiã Auguſta, ad quam ſcilicet lex regia non pertinet. Hinc eſt quod principum conſtitutiones plæræq; vt modò dicebamus ſunt perſonales, & priuilegia, quia lex duodecim tabularum quæ priuilegia irrogari prohibet, non ligat Principem, ſicut & eam abrogare populus, ſi voluiſſet, potuiſſet. Nec ſanè priuilegia vlla in iure noſtro reperias inducta legibus, ſed omnia ex Principum conſtitutionibus. Cuiuſmodi ſunt priuilegia illa militum vt teſtari poſsint quomodo velint, & pro parte decedere teſtati, pro parte inteſtati, heredẽ habere ex tempore & ad tẽpus aliáq; ſimilia, de quibus *in Tit.De milit.teſtam.D.& C.* Eſſe enim ex conſtitutionibus Imperatorũ ſcribit Iuſtin. *initio eiuſd.tit.* poſt Vlp. *in l.1.eod.* Itémq; tot priuilegia dotiũ, quæ Iuſtinianus nimio fauore mulierum contra iuris veteris rationem induxit *l.vnic.C de rei vxor.act.l.aſſiduis* 12. C. *qui potior.in pignor.hab.* Sanè ſunt etiam nonnulla priuilegia quæ ſola prudentum autoritas & interpretatio, ex ſummia æquitate & ex ipſa negotiorum qualitate inducere potuit, qualia ſunt priuilegia tacitæ hypothecæ in caſibus de quibus *in tit.In quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.* Itémq; prælationis in vtilitatem certi generis creditorum ſiue chirographariorum ſiue hypothecariorum, de quibus in *l.interdum* 5. *& ſeqq.D.qui potior.in pignor.hab. & in tit. De priuileg.credit.* ſecundum vulgarem titulorum diſtinctionem. Quod ideo addo quia in Paul. Florẽt. non eſt titulus ille diſtinctus *à tit.De reb.autor.iudic.*

l.Princeps 31.D. de legib.l.ex imperfecto 23. De legat.3.

l.1.D.de teſtam.milit. l.vnic.C.de rei vxor. act.l.aſſiduis 12.C. qui potior. in pignor. hab.

De priuilegijs inductis ex ſola prudentũ autoritate.

Digitized by Google

dic.posid.vel venund. Hinc etiam est, quod illa etiam quæ per legem fieri non possent, Principes ex priuilegio faciunt plerumque & facere possunt, Puta vt qui semel heres fuit desinat esse heres. Id enim euenit in herede quē miles instituit ad tempus *l.miles ita* 41 *D.de milit.test.* quod tamen per legem fieri non posse ostendunt exempla legis Sentiæ *l.ei qui soluendo* 88. *D. de hered.inst.* & Senatusconsulti Trebelliani *§.restituta infr. De fideic.hered.* Nec enim dubitandum est quin Senatus potuerit heredem facere sicut & lex posset, vt apparet ex Senatusconsultis Tertylliano & Orfitiano *l.1.& tot. tit. ad Sc.Tertyll.* nec rursum quin facturus fuerit Senatus vt fideicommissarius per hereditatis restitutionem heres fieret si facere potuisset vt semel heres desineret esse heres, Quod tamē vt fieri non potuerit ne quidem per legem in causa illud est, quod acquisitio hereditatis non tantùm sit iuris, sed etiam facti *l.pro herede* 20. *l.aditio* 45 *l.gerit* 88. *de acquir.hered.* factum autē pro infecto haberi nō potest *l in bello* 12. *§ facti De capt. & post.lim. l.verum est* 31. *De reg.iur.* In eóque erant egregiè interpretes qui putant posse Bart. *ad l. vlt. D. ad SC. Tertyll* posse fieri per legem & consequenter vt illi inerunt etiam per statutum vt quis possit desinere heres esse, nec tamen habent vnde id probent, nisi ex priuilegiis militarium testamentorum. Quæ sint illa ex legibus ac non potiùs ex constitutionibus Principum qui non alia ratione concedere illa potuerunt, quàm quia sint supra leges: Inde namque factum est vt militaribus testamentis priuilegium cederint, ne vllis testamentorum legibus obstricta essent: Et vt possit miles etiā ab initio decedere pro parte testatus, pro parte intestatus, quod in paganis omnino diuersum est *l ius nostrū* 24. *de reg.iur.* iun. *l.circa* 24. *D. de inoff.test.* Nec est contrariū quod Plinius in panegyrico ad Traianū scribit nō esse Principē supra leges, sed leges supra Principē. Id enim nō tā ad rei veritatē & subtilitatiā quàm ad boni Principis mores & cōdicionē referendū est. Digna siquidē vox maiestate regnā is, legibus se alligatū non solutum profiteri, Adeò de autoritate iuris pēdet principis autoritas. Et re vera maius imperio est legibus submittere principatū, inquit eleganter *l.digna vox* 4. *C. de legib.* Eodémq; sensu accipiendū est quod Paulus scribit in *d.l. ex imperfecto* 23. *de legat.3.* decere Maiestatē Imperatoris eas seruare leges quib. ipse solutus esse videatur, Nō quod reuera nō sit solutus, sed quòd multò decentius ei sit alligatum se profiteri: licèt alij aliter interpretētur post Cuiac. *lib.15. obser.c.30.* Hoc ipsum tamen quod dicimus Principē esse supra leges sic intelligi volumus vt sit supra leges ciuiles non etiā supra eas quæ sint iuris naturalis aut gentium. Neq; enim populus lege regia potuit transferre in principem plus iuris quàm ipse populus haberet suo iure *vulg.l.nemo plus iuris* 54. *De reg.iur.* Nūquā autē licuit populo naturale ius aut gentiū violare *§. vlt. infr. hoc tit.* Ex quo intero nullā esse in Principe quamuis supremo si non etiam tyranno, absolutā potestatē per quam possit eam rem quæ tua sit iure gentiū tibi inuito aufferre pro arbitrio. Nec si pro precio tibi offerat duplum aut triplum iustæ æstimationis, quoniam id & naturali & gentium iuri repugnat *l.ex hoc iure D. de iust.& iur. l.id quod nostrum est* 11. *De reg.iur. l.nec quasi* 70. *D. de rei vindic. l.non enim* 9. *D. rer. amot.* Nisi fortasse ex causa publicæ vtilitatis cui aliter prospici non possit, Perpetua enim & sine exceptione est illa lex duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto.* Itaque numquam probaui distinctionem istam interpretum qui duplicē in Principe volunt esse potestatem, Absolutā vnam, ordinariā alterā

l.miles ita 41. D de milit.testam. l. ei qui soluēdo 88 D. de hered.instit. §.restituta Inst. de fideic. hered.

Non potest fieri per legem, neque per statutū vt quis semel heres, desinat heres esse.

l.digna vox 4. C. de legib.

Princeps nō est supra ius naturale, aut gentiū

De potestate absoluta.

Salus populi suprema lex.

ILLATIO, IV.

De rescriptis principalibus contra ius impetratis.

QVartò ex eodem Principio fit vt vniuersa Principis rescripta contra ius elicita vel contra publicam vtilitatem à iudicibus omnibus refutari negligique ipsis etiam imperatorum constitutionibus iubeantur *l. 3. l. rescripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. si contr. ius vel vtil. public.* Credibile namque est, populum cuius iure & potestate Princeps vtitur, nũquam tale quid sanciturum fuisse quod non solùm generali iuri, sed etiam publicæ vtilitati repugnaret. Id verò à Principe tanto alieniùs est, quod ipsius autoritas nõ iã à populo dependet, sed à iuris autoritate *d. l. digna vox 4. C. de legib.* facit *l. 2. C. de mand. Princip.* ibi, aut aliquid diuersum iudicari ab iis quæ apud ipsos fiunt. Vnde fit vt si quando Princeps aliquid iniqui rescripserit alitérve constituerit, credendus sit, vel impetrantis calliditate & mendaciis deceptus fuisse, vel importunis precibus adactus, potiùs quàm proprio & spontaneo motu ad id rescribendum inductus, De Principis enim erga subditos suos pietate & iustitia benignè semper quantum fieri potest suspicandum est ne cuiquam facere iniuriam voluisse existimetur, vt scripsimus ad Princip. 2. *sup. tit. prox ad fin.* Inde fit vt siue Principi obreptum sit, tacita scilicet veritate, siue subreptum, id est, expresso mendacio, non solùm rescripti fructu carere impetrans debeat *l. 2. C. de legib. l. vlt. C. de precip. Imp. offer. l. 2. 3. & 4. C. si contr. ius vel vtil. publ. l. vniuersa 7. C. de diuers. rescript.* sed etiam puniri debeat mendacium, si nimia mentientis improbitas inueniatur etiamsi alioqui legibus consentaneum sit rescriptum, Inquit *l. etsi legibus 5. C. si contra ius vel vtil. publ.* Planè si leue mendacium sit, quo etiam tacito non eo minùs nec difficiliùs fuerit Princeps idem rescripturus, aliud est, quia non potest videri dolo malo fuisse mentitus nec animo decipiendi Principis qui tale mendacium expresit, Sicut nec is qui non omnia expresit quæ exprimi potuerũt, si non consulto quid tacuerit ex iis quæ expressa potuissent Principem à concedẽdo rescripto prorsus reuocare vel eum reddere difficiliorem *l. 1. eod. tit.* Inde etiam est quod à concessione rescripti appellari non potest *l. ne causas 15. C. de appell.* quoniam qui appellat de iniquitate conqueritur *l. 1. D. eod. l. præfecti 17. D. de minor.* Sacrilegij autem instar est de Principis aut æquitate aut potestate dubitare *l. sacrilegij 5. C. de diuers. rescript.* iunct. *l. 4. C. de emhcip. liber.* Quid ergo? An appellationis auxilium ei denegabitur? Minimè. Appellari enim potest *l. 2. C. de appellat. l. 1. §. 1. D. eod.* Sed ab interpretatione aut ab executione non à concessione. Ita ex pragmaticorum Gallorum sententia Gothofr. *ad l. 2. C. si contr. ius vel vtil. publ.* vide text. elegantem in *l. 1. vers. quid ergo est D. quand. app. sit & intr. quæ tempor.* Item per viam exceptionis potest impugnari rescriptum ad falsas preces concessum *d. l. 2.* Facit enim vitiũ obreptionis aut subreptionis vt qui habet rescriptum à Principe non idcirco censeatur habere ipsius voluntatem. Siquidem voluntas Principis aliquid concedentis tacitam condicionem illam semper habet si preces veritate nitantur *d. l. vniuersa 7. C. de diuers. rescript.* cùm ex facto ius oriatur, & consequenter ad propositam facti speciem semper accommodetur *l. si ex plagis 52. §. cliuo D. ad leg. Aquil. l. vt responsum 15. C. de transact.* Quæ ratio facit vt non aliud dicendum sit si prætori obreptum proponatur *l. 1. §. 1. l. 5. §. penult. D. de*

l. rescripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. si contr. ius vel vtilit. public.

l. 2. C. de mand. Princip.

l. 2. C. de legib. l. vlt. C. de precib. Imp. offer. l. etsi legib. 5. C. si contr. ius vel vtil. public.

l. 1. eod. tit. l. ne causas 5. C. de appellat.

De vicio obreptionis & subreptionis.

Digitized by Google

reb.eor.qui ſub tutel.l.tres tutores 55.*§.vlt.D.de admin.tutor.* aut etiam iudici cuius religio falſis allegationibus aut teſtibus aut inſtrumentis ſit circumuenta *l.Diuus* 33.D.*de re iudic.l.2.& vlt.C.ſi ex falſ. inſtrum.*

CONFVT. I.

De iniquitate reſcriptorum, conſtitutionum, & edictorum.

ERgo contra hoc Principium peccant Principes, quotquot aut reſcriptis aut conſtitutionib. ſuis & edictis generalibus id agunt vt contra publicam vtilitatem nouum ius inducant ex quo vel vniuerſus populus, vel ex populo aliquis vel vnus damnum & iniuriam ſenſurus ſit. Abuti enim illud eſt, non vti ea poteſtate quam populus lege regia à ſe abdicatam, & in populum principem tranſlatam voluit. Neque enim vnquam populus aut ſibi ipſi aut alicui ex ſuis ciuibus iniurioſum ius induxiſſet, Vix tamen Princeps quiſquam credendus eſt ea eſſe voluntate vt iniquum aliquid ſciens ſtatuat, vt ſuprà diximus.

CONFVT. II.

De poteſtate abſoluta.

Poteſtas boni Principis abſoluta, quam vocant, nulla eſt.

PEccant etiam interpretes, qui Principi duplicem poteſtatem tribuunt vt iam diximus. Ordinariam vnam, & abſolutam alteram, hanc appellantes, per quam liceat ei facere quicquid velit, & illa etiam quæ à gentium adcóque naturali iure abhorreant. Qua diſtinctione ſi vera eſt id aſſequuntur vt nulla iam diſtinctio ſit inter Principem bonum, & tyrannum, quemadmodum à recentioribus pleriſque rectè ac verè diſputatum eſt qui iſtam plenitudinem poteſtatis, non inſulsè plenitudinem tempeſtatis appellarunt: Non enim populus ſuam poteſtatem ſuúmque imperium tranſtuliſſet in Principem ſi non exiſtimaſſet Principem ea ipſa conſtituturum quæ populus ipſe pro publica vtilitate fuerat conſtituturus. Exemplo eius quod de præfectorum prætorio dignitate & autoritate ſcribit Iurec. *in l.vnic.§. his cunabulis De offic præf.præt.* vbi ait voluiſſe Principem appellari poſſe à præfectis prætorio, propterea quòd credidit eos qui ob ſingularem induſtriam explorata eorum fide & grauitate ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos eſſe pro ſapientia ac luce dignitatis ſuæ quàm ipſe foret iudicaturus.

CONFVTATIO III.

De clauſula Motu proprio.

PEccarunt denique contra hoc Principium illi qui primi clauſulam *motu proprio* in reſcripta Principum inuexerunt, ne obijciendæ ſubreptionis vel obreptionis periculo ſubiacerent. Tritum enim eſt eam huius clauſulæ vim eſſe, vt tollat omne vicium obreptionis aut ſubreptionis: quaſi nō poſsit videri Princeps alieno mendacio deceptus fuiſſe motúſque ad concedendum id quod proprio motu conceſſerit. Et tamen nihil eſt frequentius quàm vt in iis etiam reſcriptis quæ ad importunas mendacis impetrantis preces conceduntur clauſula iſta inſeratur, maximè verò in Pontificum reſcriptis, etſi nec imperatoribus noſtris incognitum id fuiſſe conſtat ex *l.3. C.de*

Digitized by Google

C. de legib. in illis verbis, *sive eas nobis spontaneus motus ingesserit, sive precatio, sive relatio vel lis mota legis occasionem postulaverit.* Inde est quod apud nos in rescriptis ordinariis in parua, vt vocant, Cancellaria, obtinendis nunquam clausula hæc inseritur, vt ei contra quem rescriptum impetratur salua sit mendaciorum præscriptio, quomodo loquitur *l. 2. C. si contr. ius vel vtil. public.* quã & aduersus ea rescripta quibus Princeps ipse subscripserit opponi posse, Principes nostri optimi iurisque religiosissimi voluerunt. Sed neque huic clausulæ multum tribuere solet Senatus noster quoties eam calliditate impetrantis potiùs quàm spontanea Principis voluntate insertam videt. Ac sanè ficuti quod à populo decepto constitutum esset, ratũ haberi non deberet nisi concurrente fauore publicæ vtilitatis, vt in *l. 3. de offic. præt.* ita nec quod à Principe: quia decepti Principis & consequenter erantis volũtas nulla est *l. si per errorem 15. De iurisd. l. nihil 116. §. vlt. De reg. iur.*

l. 2. C. si cõtr. ius vel vtilit. pub.

PRINCIPIVM IX.

De *responsis prudentum.*

ANtiquitus constitutum fuit, vt essent qui iura publicè interpretarentur, quibus à Cæsare ius respondendi datum est, qui Iureconsulti appellabantur, quorum omnium sententiæ & opiniones eam autoritatem tenebant vt iudici recedere ab eorum responso non liceret, quemadmodum est constitutum. Ita Iustinianus *in §. 1. responsa hoc tit.* Quod tamen non ita accipiendum est, quasi longo ante Cæsares tempore nullus fuerit in ciuitate vsus prudentum, nullaue ipsorum autoritas. Refert enim Pomponius *in l. 2. §. his legibus latis 5. De orig. iur.* diutinum post latas leges vt naturaliter euenire solet, cœpisse interpretationem legum desiderare prudentum authoritatem, & necessariam esse fori disceptationem: ideóque ius illud quod sine scripto venit per iuris scripti interpretationem compositum fuisse à prudentibus, nullaque propria denominatione accepta communi nomine ius ciuile appellatum esse: compositas item ab ijsdem prudentibus actiones legitimas quibus inter se ciues disceptarent, ne cuilibet ex populo eas pro arbitrio instituere liceret. Denique si verum est quod idem Pompon. scribit *in d. l. 2. §. post originem 13.* nõ posse ius constare nisi sit aliquis iurisperitus per quem possit quotidie in melius produci, non potuisset ius ciuile in eam dignitatem & amplitudinem crescere in qua temporibus Augusti Cæsaris fuit si non maxima iam inde ab initio nascentis iuris, autoritas prudentum fuisset. Sic igitur accipi debet quod Iustinianus scribit, vt ab Augusto longè maior autoritas, quàm anteà esset, prudentum responsis accesserit, inducto eo vt non tam ex causa propria & pristina, quàm ex ipsius Cæsaris autoritate de iure responderent, Testè eodem Pompon. *in d. l. 2. §. penult. vers. primus Diuus Augustus.* Vnde illud quoque fieri & constitui necesse fuit vt ab eorum responsis quę scilicet imperatoriam autoritatem præferebant, recedere iudicibus non liceret.

§. responsa hoc tit.

l. 2. §. his legibus latis 5. §. post originem 13. & §. penult. D. de orig. iur.

Digitized by Google

dito vt quicquid ex prudentum responsis in pãdectas relatum est,pro eo habeatur acsi ex Iustiniani ore profectum esset,Interpretibus verò, ne mentiar si generaliter dicam prudentibus nostri temporis, tale priuilegium nullum vnquam datum est,Imo expressim prohibitum à Iustiniano ne suis commẽtarijs & interpretationibus adeò præclara illa prudentum veterum responsa obscurent & deforment:In quo si boni Imperatoris voluntati paritum fuisset,non ea nunc difficultatum & errorum nedum librorum mole qua miserè premitur ius nostrum laboraret.

CONFVTATIO I.

De iis quæ interpretes prætextu æquitatis contra ius induxerunt.

ITaque peccant contra hoc Principium interpretes nostri quoties aut manifesta iuris ignoratione qua nihil apud eos frequentius, aut etiam nescio cuius æquitatis commentitiæ prætextu non erubescunt respondere contrà quàm à veteribus iuris cõditoribus responsum fuerit,quasi meliores aut iuris,aut æquitatis magistri,& prudentibus ipsis prudentiores.

CONFVT. II.

De iis quæ passim Doctores supplent in legibus,contractibus & testamentis interpretandis.

IIdem peccant etiã quoties siue de legum,siue de contractuum aut vltimarum voluntatum interpretatione agitur,tantùm sibi adrogant, vt audeant supplere, Nunc inducendo vtilem actionem vbi vel nullam,vel aliam dant Iureconsulti vt in specie *l.ita tamen* 27.*§.si ex Trebelliano*, iunct.*l. deducta* 58. *in princip.D.ad SC.Trebell.*Nunc inducendo fideicommissum etiam vbi nulla sunt verba fideicommissi puta liberis in nuda fideicommissi condicione positis,Præsertim si adsint vel minimæ coniecturæ voluntatis,Vt tractant illi *ad l.1.C.de pact.*In quibus omnibus & aliis similibus agunt sanè Principes & Imperatores potiùs quàm interpretes iuris.

CONFVTATIO III.

De iudicibus qui pro communi opinione contra leges iudicant.

SEd peccant etiam,& multò periculosius iudices illi, qui eò vsque deuenerunt vel dementiæ,vel ignorantiæ,vt prudentum responsa in iudicando & cõsulẽdo non magis curent,quàm si nulla extarent,inque vno eo laborẽt vt quęnam hodie apud interpretes receptior opinio sit inuestigent,eámque passim sinè delectu& iudicio vllo sequantur,quasi & ipsi iudicio careant, nec vlla vel iuris ratione vel prudentum autoritate reuocari possunt ac persuaderi vt iudicent vel consulant ex iuris arte.

PRINCIPIVM X.

De iure prætorio.

IVs prætorium est,quod prætores introduxerunt adiuuandi, vel supplendi,vel corrigendi iuris ciuilis gratia propter publicam vtilitatem: quod & [illegible]rum di-

Digitized by Google

L. ius autem 7. §. ius prætorium D de iustit. & iur. § prætorum hoc tit.

citur, ab honore & ad honorem prætorum sic nominatum, Cuius & portio quædam est ædilitium edictum. Ita Papinianus *in l. ius autem 7. §. ius prætorium De iust. & iur.* & post eum Iustinianus in *§. prætorum.* Dicimus autem postremo loco de iure prætorio, quia licet fuerit anterius Principum constitutionibus de quibus iam diximus, nec minùs ad edictum prætoris quàm ad alias iuris nostri partes accommodata & necessaria fuerit interpretatio prudentum, sequimur tamen libenter Papinianum, qui in *d.l. ius autem*, non enumerat ius prætorium inter cæteras partes iuris ciuilis, sed de eo separatim tractat, quasi diuersum quidpiam sit, iuris ciuilis adiuuandi, vel supplendi, vel corrigendi potiùs quàm constituendi gratia introductum, licèt Iustinianus sumpto largiùs iuris ciuilis nomine ius hoc prætoriũ faciat partem iuris ciuilis, Vt diximus *Princip. 6 sup. eod. vers. ex superioribus.* Obseruandum autem est sic loqui Iustinianum vt dicat, prætorum edicta non minimam obtinere iuris autoritatem, Quasi non tam ius verè faciant, quàm iuris potestate & autoritate censeantur, in cóque differant à senatusconsultis. Non enim ambigitur Senatum ius facere posse *l. non ambigitur 9. D. de legib.* Huiúsque inter senatusconsulta & prætorum edicta dissimilitudinis ratio duplex fuisse videtur. Vna, quod quamuis solius populi esset legem facere, Senatus tamen vice populi consulebatur, tanquam populi vices gerens. Itaque nihil prohibebat, quominùs salua populi maiestate vim legis obtineret quicquid à Senatu decretum esset. Prætor autem quamuis esset magistratus populi Romani, nulla tamen lege potestatem habebat à populo iuris constituendi, neque in reddendo iure vice populi fungebatur, Sed tantùm iure magistratus & propter vim imperij sui, vt loquitur Paulus in *l. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic.* more denique vt eadem lex ait, potiùs quàm iure proponebat edictum, cui nihil erat quod autoritatem præstaret præter honorem ipsum prætoris, Vnde & honorarium appellatum hoc ius fuisse ait Iustinianus, *quod*, inquit, *qui honores gerunt, id est, magistratus autoritatem huic iuri dederunt.* Quod perinde est acsi diceret honorarium appellatum ab honore magistratuum, licèt Papinianus paullo aliter, dictum sic velit ad honorem prætorum. Altera ratio fuit, quòd sicut prætores aliique Romani magistratus erant ab initio annui, ita & eorum edicta annua, Vnde & annales actiones omnes prætoriæ, annalia itẽ interdicta omnia, tãquã quæ ex prætoris edicto annuo proficiscerentur. Propter quam causam in omnibus ferè edicti partibus videas adiecta illa verba *intra annum*, Ad differentiam actionum ciuilium quæ ex legibus, & senatusconsultis competentes, erant vt plurimùm perpetuæ non annales, ante constitutiones posteriorum Imperatorum quæ ex perpetuis fecerunt tricenarias vel quadragenarias, vt dicemus ad *tit. De perpet. & tempor. action.* Populus enim fuit perpetuus, itémque Senatus, licèt compositus ex indiuiduis non perpetuis, vt eleganter & subtiliter philosophatur Iurec. *in l proponebatur 76. D. de iudic.* Adeò autem iura quæ prætores reddebant, erant annua, vt etiam factis perpetuis magistratibus, compositóque per Saluium Iulianum edicto perpetuo temporibus iussúque Diui Hadriani, nihilominùs manserint annales actiones prætoriæ, & annalia interdicta. Atqui ex natura iuris est vt sui natura si perpetuum,

Cur minoris potestatis fuerint edicta prætorũ quàm senatusconsulta.

L. cùm prætor 12. §. 1 D de iudic.

Edicta prætorũ annua.

L. proponebatur 76. D. de iudic.

Ius perpetuum est.

& quod

& quod semel ius fuit, nunquam ius esse desinat quousque saltem iure aliquo contrario fuerit abrogatum. Iura enim generaliter constituenda sunt *l. iura 8. D. de legib.* Generaliter, inquam, non solum ratione personarum id est ita vt non in singulas personas constituantur, sed etiam ratione temporis, id est vt nullo certo tempore concludantur. Tempus enim sicut non est modus tollendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet De oblig. & act.* ita nec tollendi iuris. Alioqui cùm obligatio sit iuris vinculum *§. 1. infr. eod. tit.* tempus tolleret obligationem si ius tollere posset, nec alia ratio est propter quam non sit modus tollendæ obligationis, quàm quia ius tollere non potest. Hodie sanè facto perpetuo edicto prætoris, non est dubitandum quin edictum ius faciat verè, tanquam quod autoritatem iam habeat, non ab honore prætoris, sed ab autoritate Imperatoris Hadriani, iréque Iustiniani, qui corpus hoc iuris ciuilis quod in Pandectas retulit, constare maxima ex parte voluit edicto illo perpetuo prætoris, prudentúmque ad illud interpretatione. Nam & ante Hadrianum, licèt potissima iuris honorarij autoritas ex prætoris honore descenderet, vt tamen is honor edicto prętoris tribueretur, non tantùm ex magistratus dignitate proficiscebatur. (Ædilium enim dignitas erat perexigua teste Cicerone in illo loco *ego factus sum Ædilis*, id est paullo plus quàm priuatus, & tamen ius ædilium pars erat iuris honorarij) sed ex illo etiam maximè quòd in edictis illis proponendis ad ius ciuile vel adiuuandum, vel supplendum, vel corrigendum, prætores nihil aliud quàm naturalem æquitatem, publicámque vtilitatem præ oculis habebant, vt ex continua edicti serie perspici facilè potest. Erant enim, & quotidie occurrebant innumera in quibus mera ratio rigórque iuris pugnabat cum naturali æquitate, aut in quibus æquitas pereuidens ratione iuris destituebatur. Quod cùm eueniebat, alterutrum fieri necesse erat, vt vel supplendum aut corrigendum, aut adiuuandum esset ius ciuile, Vel summum ius summa fieret iniuria, quod postremum à prętoris qui iuri dicundo præerat dignitate alienum videbatur, cùm esset ille viua vox iuris ciuilis vt Papin. ait *in l. nam & ipsum 8. hoc tit.* Illa verò naturalis æquitas publicáque vtilitas, tùm etiam cùm prætores erant annui, perpetua tamen erat. Ergo cùm ius omne ex ratione semper æstimandum sit vt in superioribus totes diximus, æquum fuit & conueniens perpetuum ius fieri quod suam ac perpetuam haberet rationem. Tantóque magis hanc autoritatem iuris ciuilis adiuuandi vel supplendi vel corrigendi habere prætores decuit, quòd ea non erat prudentibus concessa, quibus nimirum hoc vnum concessum erat, quemadmodum ad Princip. præcedens diximus vt ius ciuile interpretari duntaxat possent, non etiam vel corrigere vel supplere. Planè adiuuare potuerunt quantum id fieri posset per interpretationem, citra suppletionem.

L. obligationū ferè 44. § placet D. de obligat. & action.

L. nam & ipsum 8. De iustit. & iur.

ILLATIO I.

Prætores neque legem facere potuisse, neque ius, quod haberet potestatem legis.

EX hoc Principio fit, vt prætores neque legem facere potuerint, neque tale ius quod legis potestatem haberet, quomodo Senat[illegible]otuit, quo-

§. quos autē De bonor. possess.

modo plebs, quomodo ipsi denique Principes, quoniam nihil iuris in eam rem habuerunt à populo cuius solius erat legem condere, aut eã potestatem in alium transferre, vel alij communicare. Neque verò necesse erat tantam autoritatem prætoribus indulgeri (cùm in vrbe esset Senatus qui vice populi multò commodiùs & pro P.R. maiestate honorificentiùs consuli posset) imò nec possibile cùm essent illi annui, legem verò, vt diximus perpetuam esse oporteret. Inde est quod prætor heredem facere non potuit *§. quos autem Inst. de bonor. poss.* quia nec dominum, propterea quòd legis potestas illa fuit vt dominium transferre posset, quemadmodum docuimus *ad Princip. 7. illat. 1. supr. eod.*

ILLAT. II.

Prætores neque legem neque ius ciuile tollere potuisse.

L. ius autem 7. §. ius prætorium De iustit. & iur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt oratores nonp otuerint legem tollere aut ius ciuile. Eius siquidem est tollere cuius & condere *l. vlt. C. de legib.* Prætores autem, vt dixi, neque legem, neque ius ciuile condere potuerunt. Nec est cõtrariũ quod ex Papiniano admisimus, prætoribus corrigere ius ciuile licuisse. Aliud enim est corrigere, aliud tollere. Tollit qui facit ne ius sit quod anteà fuit. Corrigit verò etiã ille qui saluo pristino iure facit vt ius nouum sit quod anteà non fuit. Exempli causa, Vocat lex duodecim tabularum suos heredes duntaxat ad hereditatem paternam ab intestato. De emancipatis nihil dicit, quod sufficit ne possint illi succedere iure ciuili cùm non alij succedendi ius habeant, quàm qui habent ex lege. Prætor tamen naturalem æquitatem secutus, & ad id respiciens quòd emancipati liberi non minùs liberi sunt natura quàm sui heredes, Vocat eos ad bonorum possessionem ex capite edicti *si tabul. testam. null. ext ab. Vnd. liber.* An idcirco tollit ius ciuile? Minimè: quia non facit vt iure ciuili succedant emancipati. Quid ergo? Corrigit ius ciuile, cùm facit vt qui iure ciuili heredes esse nullomodo possunt, iure tamen prætorio fieri possint bonorum possessores. Sic dicimus suum heredem etiam postquàm se abstinuit paterna hereditate nihilominùs heredem remanere, Et tamen dat ei prætor beneficium abstentionis. An ergo tollit ius ciuile? Minimè sed illud corrigit vt quamuis suus heres post abstentionem quoque heres sit *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. lib.* effectu tamen ipso & à prætore heredis loco non habetur *l. si filium 12. De interrog. in iur. fac l. necessariis 57. De acquir. hered.* Denique prætor nihil fecit, neque facere potuit contra legem, sed omnia vel cũ lege vel præter legẽ *arg l. iuris gentium 7. §. ait prætor D. de pact. l. necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior.* Longè enim aliud est vt alibi scripsimus, si quid fiat lege non permittente, aliud si ea prohibẽte dict. *§. quoad eius, l. 1. D. de manumiss.* Nulla autem edicti pars est ex qua sumi possint plura & apertiora exempla eius quod dicimus ius prætorium introductum esse adiuuandi, vel supplendi vel corrigendi iuris ciuilis gratia, quàm illa, quæ est, De bonorũ possessionibus. Nã cùm omnes bonorum possessiones sint prætoriæ, ex iis tamen quædam pertinent ad ius ciuile adiuuandum, qualis illa est quæ rite scriptis heredibus datur *secundum tabulas*, aut quæ suis heredibus ab intestato, ex capite Vnde liberi. Item illa quæ ex tit. *Vt ex legib. & senatusc.* Quædam ad ius ciuile supplendũ,

L. si filius 12. De interrog. in iur. fac. l. necessariis 57. D. de acquir. hered.

Edictũ Prætoris De bonor. possess.

Vt illa

Digitized by Google

Vt illa Vnde decem personæ, Item Vnde vir & vxor. Aliæ denique ad ius ciuile corrigendum & emendandũ, vt quæ liberis emancipatis præteritis contra tabulas accommodatur, aut iisdem ab intestato Vnde liberi, & aliæ plæræque, De quibus omnibus suo loco & tempore dicemus.

ILLATIO III.

De actionibus in factum prætoriis & subsidiariis.

TErtiò ex hoc eodem Principio fit, vt actiones pleræsque in factum & subsidiarias prætores introduxerint, iis nimirum casibus, quibus actionem dari æquum erat, neque tamen ciuilis aliqua competebat siue quæ proprium nomen haberet, siue quæ carens nomine præscriptis verbis & in factum ciuilis dici posset *d. l. iuris gentium 7. §. 1. vers. & ideo puto De pact.* iunct. *l. naturalis 5. §. at cùm do. & tot. tit. D. de præscript. verb l. pater 10. §. vlt. De capt. & postli.* Sic enim adiuuandi & supplendi iuris ciuilis gratia fieri necesse fuit. Quãquam sunt etiam actiones quædã in factum prætoriæ, ipsi quoque prætorio iuri subsidiariæ, qualis illa est quæ liberis aut libertis à parente aut patrono deceptis accommodatur in locum actionis De dolo *l. non debet. 11. in fin. D. de dolo. l. si superstite 5. C. eod.* nã & actio ipsa de dolo prætoria est *l. 1. eod. D.* aut in locum interdicti, quod atrocitatem facinoris in se habeat, vt in *l. 1. §. interdictum hoc 43. De vi & vi armat.* licèt nulla interdicta sint famosa *l. cessat 36. de oblig. l. neque 13. De vi & vi arm.*

L. iuris gentium 7. §. 1. vers. & ideo puto D. de pact. L. naturalis 5. §. at cùm do, De præscr. ver. L. pater 10. §. vlt. De captiu. & postlim.

ILLATIO IV.

Ius prætorium viuam esse vocem iuris ciuilis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ius honorarium dicatur viua vox iuris ciuilis *l. nã & ipsum 8. De iust. & iur.* Nã cùm omne ius hoc eò spectet vt ius ciuile vel adiuuet, vel suppleat, vel emendet, idque propter publicam vtilitatem, vt ait Papinianus *in d. l. ius autem 7. §. 1. eod.* credibile est non aliud prætorem facere, quàm quod ius ipsum ciuile faceret si loqui posset, cùm nihil nisi publicam vtilitatem intueatur. Æstimatur enim ius ciuile vt diximus ex ciuili ratione, ciuilis autem ratio ex populi vtilitate, propter quam solam iura omnia ciuilia in vnaquaque ciuitate & republica condita reperiuntur.

L. nam & ipsum 8. De iustit. & iur.

ILLATIO V.

De æquitate perpetuò nititur edictum prætoris.

DEnique ex eodem Principio fit vt edicta omnia prætoris æquitate potissimum nitantur, quia non posset publicè vtile videri quod esset iniquum, Præsertim cùm illud quoque verum sit quod iam sæpius monuimus legislatorem ciuilem æstimare æquitatem ex publica vtilitate, vt id duntaxat æquum putet, quod populo vtile & commodum esse videatur, Etsi paullo pinguiùs æquitatem prætor considerat, eámque æstimat ex naturali etiam ratione, cum hoc tamen temperamento, né aliena sit à publica vtilitate. Neque enim nouum est, vt pro temporum varietate quod aliquando vtile fuit posteà inutile existimetur, Nec rursus, vt hic legislator à publica vtilitate alienum putet, quod alius vtilissimum esse putauerit.

Æquitatem prætor æstimat ex publica vtilitate, sicut & ciuilis legislator, sed paullò pinguius habito etiam respectuad naturalem rationem.

PRINCIPIVM XI.

De iure non scripto.

§. *sine scripto hoc tit.*

IVS non scriptum est quod in iis de quibus scriptum ius nullum extat, solo vsu adprobatum populique moribus velut tacito quodam ciuium consensu introductum fuit. Ita Iustinianus in § *sine scripto hoc tit.* Dixi *in iis de quibus scriptum ius nullum extat*, post Vlpianum in *l. diuturna* 33. De *legib.* vbi ait diuturnam consuetudinem pro iure & lege obseruari solere in his demum quæ non ex scripto descendunt. Cui similiter Iulianus in *l. de quibus* 32. *eod.* De quibus causis, inquit, scriptis legibus non vtimur, illa custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est, Vt intelligamus è contrario in quibus causis iure scripto vtimur, de moribus & consuetudine parum aut nihil curandum esse, Nisi scilicet ius scriptum tale sit quod interpretationem aliquam postulet aut admittat. Quoties enim de interpretatione legis quæritur, imprimis inspiciendum est quo iure ciuitas in eiusmodi casibus retro vsa fuerit *l. si de interpretatione* 37. *eod.* vbi additur *optima enim legum interpres est consuetudo.* Quod & ab Imperatore Seuero rescriptum fuisse refert Callistratus in *l nam Imperator sequ.* In ambiguitatibus nimirum quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuò similiter iudicatarum autoritatem, vim legis obtinere debere. Sed in iis quæ per scriptam legem tã apertè definita sunt, vt nullus interpretationi locus relinquatur, nulla potest vis esse consuetudinis contra legem. Idque est quod ait *l.* 2. *C. quæ sit long. consuet.* consuetudinis vsusque longæui non vilem esse autoritatem, sed non vsque adeò sui valituram momento vt aut rationem vincat aut legem. Dixi *solo vsu adprobatum*, quia licet plerũque contingat vt ius hoc moris & cõsuetudinis in scripturã redigatur, quomodo in Gallia scriptas legimus consuetudines Parisienses, Burdegalenses, Borbonienses, & alias non paucas & apud nos Augustanas, non idẽ tamẽ ius ex scriptura æstimatur, sed ex solo vsu, Ideóque perinde ius non scriptum rectè dicitur, acsi nulla de eo scriptura extaret, quia non nisi facilioris probationis gratia scriptum intelligitur, Ne alioqui litibus & sũptibus prouinciales assiduè vexari necesse esset, si per testes probari oporteret quid esset in more & consuetudine. Quomodo apud nos quotidiè vsuenire cernimus vt ob nõ scriptas consuetudines quę De talliabiliũ, quos vocãt, successionibus pro locorũ diuersitate aliq atq; aliæ sunt, testiũ fidei rẽ cõmitti necesse sit, maximósq; in eã rẽ sumptus fieri, & quod est indignius, aliter atque aliter in iisdem etiã quęstionibus per eosdem iudices iudicari. Deficientibus nimirum in vna lite probationibus, quę in alia & inter alias partes quãuis circa eãdem quæstionem pleniſſimæ fuerint & exquisitæ. Isque ordinarius & vt ita dicã naturalis scripturæ effectus est, vt ad probationẽ futurámque rei memoriã prosit, adeóque necessaria esse existimetur *l.* 4. D. *de pignor. l.* 4. *D. de fid. instrum.* Diximus suprà ad Princip. *tit.* 1. *post illat. vlt. verſ. contra hoc Principium*, vbi tractauimus de æquitate scripta & non scripta. In summa ius hoc non scriptũ, si quãdo scriptum sit, nõ ideo ius est quia ita scriptum est, sed ex contrario ita scriptum est quia priùs etiam quàm scriberetur tale ius fuit, neque vnquã ex scripto æstimatur, quomodo

L. diuturna 33. D. de legib

L. de quibus 32. eod.

L. si de interpretatione 37. eod.

L. nam imperator 38. eod.

L. 2. C. quæ sit long. consuet.

Ius non scriptum dicitur etiam postquã scriptum fuit.

modo ius quod ſcriptum eſt *l proſſexit* 12. *D. qui & à quib. manum.* Atque ita accipi debet quod Paulus ſcribit in *l imò magna* 36. *De legib.* quantæ autoritatis ſit hoc ius non ſcriptũ ex eo apparere, quod in tãtum probatum eſt vt nõ fuerit neceſſe ſcripto id comprehendere. Ita ſignificans, Non eſſe neceſſariã ſcripturam ad ius conſtituẽdum, quãuis poſſit eſſe vtilis & neceſſaria ad probandum faciliùs quodnã & quale ius fuerit vſu & conſuetudine receptum. Quod tamen dicimus *ſolo vſu adprobatum* caue ne ſic intelligas vt ad hoc ius inducendum ſolus vſus ſufficiat. Nã illud etiam neceſſe eſt, vt vſui & conſuetudini ratio aliqua cauſam dederit *l. 1. verſ. nam & consuetudo præcedens, & ratio quæ conſuetudinem ſuaſit, cuſtodienda eſt C. quæ ſit long. conſuet.* Cùm enim ius omne ex ratione æſtimetur, vt diximus ad *Princip. 1 tit. præced.* non magis fieri poteſt vt ius non ſcriptum ſit ſine ratione, quàm quod ſcriptum eſt cùm æquè ius ſit. Imò hoc plus eſt in iure non ſcripto, quod cùm ſcripturam nullam habeat ex qua poſſit autoritatem accipere, neceſſe omnino eſt, vt autoritatem accipiat ex ratione. Et ſanè vix, at ne vix quidem reperias ius aliquod non ſcriptum & conſuetudinarium cuius non aliqua probabilis ratio reddi poſſit, Niſi proponas, quod euenit aliquando, errore aliquo inductam conſuetudinem fuiſſe: Quo caſu ne ius quidem dicendum eſt, & quamuis obtinuerit in caſibus præteritis, in futurum tamen obtinere non debet, id eſt, ne quidem in ſimilibus cauſis, vt Celſus ſcribit in *l. quod non ratione* 39. *De legib.* Nempe quia ius non facit. Quod in iure ſcripto diuerſum eſt. Habet enim ſcripturam ex qua poteſt autoritatem accipere, tùm etiam cùm nulla probabilis eius ratio adferri poteſt. Itaque ad ius ſcriptum duntaxat non etiam ad non ſcriptum pertinet, quod ait Iulianus in *l. non omnium* 20. *D. eod.* non omnium quæ à maioribus conſtituta fuerunt, rationem reddi poſſe. Ius enim conſtitutum, illud eſt, quod ſcriptum eſt, quod non ſcriptum eſt, non conſtitutum, ſed receptum eſt & introductum. Eóque reſpexit Conſtantinus in *d. l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* iis verbis *vt aut rationem vincat, aut legem.* Duo enim tantùm ſunt quę conſuetudini opponi poſſint *lex* & *ratio.* Lex, in his quæ ex legibus deſcendunt, aut ex alia iuris ſcripti parte quę legum poteſtate & autoritate cenſeatur. Ratio in his de quibus ius ſcriptum nullum eſt. Proinde ita demũ valere poteſt conſuetudo & ius facere, ſi neque iuri ſcripto repugnet, neque rationi. Propter quam etiam cauſam videtur Tertull. *in libr. De coron. milit.* ſcripſiſſe conſuetudinem dici interpretem rationis, vt oſtenderet neque ſine ratione conſuetudinem eſſe poſſe, neque rationem deſuetudine vlla abrogari.

L. imò magna 36. *D. de legib.*

L. 1. C. quæ ſit long. conſuet.

L. quod non ratione 39. *D. de legib.*

L. non omniũ 20. *eod.*

L. 2 C. quæ ſit long. conſuet.

Conſuetudo interpretatio nis.

Sequitur in Principio noſtro *populi moribus* quoniã in conſuetudine inducenda non huius & illius vel hominis vel etiã ordinis morẽ inſpicere debemus, ſed totius populi vſum, eúmque colligere ex illis quæ non ſemel aut bis ſi ſæpius caſus euenerit, ſed quæ frequenter circa eandem rem & controuerſiam obſeruata ſunt *d. l. 1. C. quæ ſit long. conſuet.* Sed nec frequenter idem obſeruatum fuiſſe ſatis eſt, ſi non etiam tenaciter, vt ait *l. vlt. eod.* id eſt perpetuo ſimiliter: quomodo nec rerum in eadem controuerſia iudicatarum autoritas vlla eſſe poteſt, niſi perpetuò ſimiliter iudicatæ ſint *d. l. nam imperator* 38. *D. de legibus*, Siue quòd cùm idem populus nunc ſit qui fuit ante mille annos, non poſſent videri eiuſdem populi iidem mores qui hodie diuerſi eſſent ab antiquioribus.

L. 1. C. quæ ſit long. conſuet. L. vlt. eod. tit.

L. nam imperator 38. *D. de legib.*

l.proponebatur 76.*D. de iudic.* Siue quòd ea diuersitas impediat ne in vllum ius certum consensisse ciues intelligãtur,ex quo tamen tacito ciuium omniũ consensu totam vim suam accipit ius illud quod nos non scriptum appellamus,vt mox dicemus.Et in eo errant vulgo ex pragmaticis plerique,cõsuetudinem cum præscriptione iurium confundentes. Alia enim sunt iura præscriptionis,alia consuetudinis. Præscripto nullum ius acquirit nisi præscribenti,& in eos duntaxat contra quos præscriptum fuit & in tantùm in quantum possedit vel quasi.Ideóque ex vno etiam vel altero actu ius acquiritur per præscriptionẽ,si præscriptionis casus semel tãtùm aut bis euenerit:Consuetudo ve.ò acquirit ius in vniuersum omnibus & contra omnes in suo casu,quia cùm sit lex quædã tacita legem imitatur.*d l.vlt.C.quæ sit long.cons.*lex autem generalis esse debet,vt diximus ad Princip.7.illat.4.quare nec ex vno vel altero actu consuetudo constituitur , quia nec de iis quæ rarò accidunt lex fieri solet,sed de iis quæ frequenter *l.1.eod.*iunct.*l.3.4.5.& 6.D.de legib.*

Aliud est cõsuetudo, Aliud præscriptio.

Addimus postremo loco *veluti tacito ciuium consensu*, quia consensus ille tacitus solus est qui iuri non scripto tantam tribuit autoritatem, vt elegãter Iulianus tractat in *d.l.de quibus* §.1.Vbi postquàm dixit,inueteratam consuetudinem pro lege non immeritò custodiri,idque esse ius quod dicitur moribus constitutum,rationem subiicit in hæc verba.Nam cùm ipsæ leges non ex alia causa nos teneant,quàm quòd iudicio populi receptæ sint , meritò & ea quæ sine vllo scripto populus probauit tenebũt omnes.Quid enim interest,inquit,vtrum suffragio populus volũtatem suã declarauerit,an rebus ipsis & factis?Ex quo illud etiam infert,rectissimè id quoque receptum esse vt leges non solùm suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.Sic & Hermogenianus in *l.sed & ea* 35.*eod.tit.*scribit ea quę longa consuetudine comprobata sunt,ac per annos plurimos obseruata *velut tacitam ciuium conuentionem*,nõ minùs quàm ea,quæ scripta sunt iura seruari.Denique consensus ille tacitus causa proxima est & immediata iuris non scripti. Consuetudo autem quæ non tantùm ex tacito huiusmodi consensu,sed etiam ex temporis longinquitate & antiquitate æstimatur,non tam inducit ius non scriptum,quàm illud firmat , vt Modestinus loquitur in *l.penult. eod.tit.*illis verb.*aut firmauit consuetudo.*

L. de quibus 32. §.1 D. de legib.

L. sed & ea 35.eod.

L.penult.eo.

ILLATIO I.

De consuetudine pro qua nunquam,aut contra quam aliquando iudicatum fuit.

EX hoc Principio fit,vt cùm de inducta consuetudine probanda quæritur, non sit necesse probare , quòd fuerit illa obseruata in iudicio contradictorio.Quid enim si tãtopere certum ius fuerit vt de eo nunquam apud iudicem fuerit dubitatum ? Quidni maioris autoritatis habebitur consuetudo quàm in cõtradictorio iudicio adprobata fuisset?*arg.d.l.imò magnæ* 36.*De leg.* Cùm enim verum sit quod diximus,hoc ius non scriptũ ex solo populi consensu tacito induci, quid cum illo consensu habet commune quòd nõ etiam interuenerit res iudicata?Et verò alia est autoritas consuetudinis,alia autoritas rerum iudicatarum.Et ponuntur ista tanquã diuersa in *d.l.nam imperator* 38.*eod.*Planè si de consuetudine dubitari aliquando contigerit,& sententiam reddi,

Digitized by Google

reddi, plurimum confert ad firmandam probandámque cōsuetudinem quod pro ea semper, dummodò numquam contra eam sit iudicatum, quia nō potest videri vniuersus populus eo iure vsus, quod iudices alíve magistratus quorum munus publicum est, & autoritas à populo, non putauerint admittendū. Eáque sententia est Vlpiani in *l. cum de consuetudine 34. eod.* Neque hìc potest illud obiici quod vulgo iactari solet, non exemplis iudicandum esse sed legibus *l. nemo iudex 13. C. de sent. & interlo. omn. iudic. l. sed licèt 12. D. de offic. præsid. §. vlt. Inst. de satisd.* Id enim non alio casu locum habere potest quàm quo lex certa sit secundum quam iudex iubetur iudicare. Certa autem esse non potest nisi vel scripta sit, vel per certam consuetudinem inducta, quam consuetudinē vtique probatam esse oportet, priùs quàm tacitæ legis autoritate censeatur. Nos autem de ea consuetudine tractamus de qua dubitari possit, an consuetudo dici debeat, & haberi pro iam recepta: Eóque nimirum casu dicimus non indigere quidem consuetudinem auxilio rerum iudicatarum, sed tamen multum ei obstare si contraria rerum perpetuo similiter iudicatarum autoritate debilitetur.

L. cùm de consuetudine 34. eod.

L. nemo iudex 13. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.

ILLATIO II.

De extensione iuris non scripti ad casus similes.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si qua in re deficiat ius non scriptum (Siquidem non magis consuetudine quàm expressa lege casus omnes comprehendi possunt) tunc quod proximum & consequens ei est id accipi debeat & seruari *d. l. de quibus in princip.* Nam & idem in lege expressa eueniret, vt ad illos etiam casus de quibus nullomodo locuta esset, si tamen expressis similes eandémque rationem habentes proponerentur, ad eos quoque per interpretationem porrigi regem oporteret. *l. & ideo 11. cum duab. seqq. D. de legib.* Planè si ne id quidem appareat, quod iuri non scripto proximum & consequens videatur, tunc ius quo vrbs Roma vtitur seruandum erit, inquit Iulianus in *d. l. de quibus.* nimirum quia ius romanorum ius commune est populorum omnium qui sub romano imperio degunt, nisi quatenus vnaquæque ciuitas proprium aliquod ius sibi constituit, quod dici possit ius ciuile proprium ipsius ciuitatis *§. 1. hoc tit. & l. omnes populi 9. D. eod.*

L. de quibus 32. D. de legib.

L. & ideo 11. cum duab. seqq. eod.

De statutis eorúmque potestate ac interpretatione.

COnsuetudini comparant vulgo interpretes ius statutarium, indéque tractant ea demum posse induci per statutū quæ & per consuetudinem, ac contrà. Sed non video cur potiùs lex scripta dici statutū non debeat, siue à populo factum sit qui nulli Principi subiectus liberam habeat condendæ legis potestatē, siue ab eo qui sit quidem sub Principe, sed qui Principe permittente statutū fecerit, aut præcedēte permissione, aut subsecuta vt plerumque sit adprobatione. In quo igitur differet statutum alicuius ciuitatis à iure ciuili romanorum? In hoc vno, quod statutū, vt dixi, ius ciuile proprium est illius ciuitatis cuius est statutum. Ius autem ciuile romanorū ius cōmune est omnium gentium romano imperio subiectarum. Porrò ius proprium cuiusque ciuitatis potentius est quàm ius commune *l. prohibere 3. §. planè D. quod vi aut clam, l. vt gradatim 11. §. etsi lege De numer. & honor. l. item eorum 6. in princ. D. quod cu-*

L

Ius municipale & statutariũ potentius est cõmuni, sed commune fauorabilius Ius statutarium recipit interpretationem ex communi.

iuscunque vniuers. nomin. in eo scilicet in quo specialiter & expressim disponit contra ius commune. Alioqui fauorabilius censetur ius commune vt in dubio, & extra quàm statuti verbis diserte comprehensum sit non videatur recessum à iure communi. Sed & in verbis statutorum interpretandis placet cã semper interpretationem capiendam esse quæ â iure communi minùs abhorreat, vt iuri communi quàm minimum fieri potest derogetur. Nã & in iis in quibus municipale ius & statutariũ cõuenit cum communi, placet potiorem esse causam iuris communis, Vt puta si, quod in Italia frequentissimum est, excludãtur fœminæ à paterna successione propter masculos. Potior quidem erit causa iuris municipalis in eo quod contra ius commune disponit vt fœminæ excludantur, sed tamen non eò minùs eueniet vt ex iure communi succedant masculi fœminis exclusis, quia quod ad masculos non est iis ablatum ius succedendi ab intestato ex lege duodecim tabularum ex qua etiã vt supra dictum est inducta sunt iura omnia hereditatũ & successionum, idque ita esse apparet etiam ex eo quod illa fœminarum exclusio statutaria, necessariam habet tacitam hanc condicionem si hereditas iis deferetur, cùm alioqui fieri nullomodo possit vt excludantur, vt tractant nostri ad *l. qui superstitis* 94. *De acquir. hered.* Ergo statutum non impedit quominus ex iure cõmuni hereditas deferatur etiam fœminis quas excludit. Cur igitur faciet quominus ex eodem iure communi succedere possint masculi quorum fauore fœminas excludit? Sed de tota illa quæstione scripsimus commodiùs in Hemischiliade *De Error. pragmat* Hæc de iuris tã consuetudinarij quàm statutarij potestate breuiter dixisse sufficiat, Si priùs monuerimus vtrumque ius & statutarium & consuetudinarium municipalis appellatione contineri, tam scilicet quòd scriptum est, quàm quod non scriptum.

PRINCIPIVM XII.

De iure non nisi hominum gratia comparato.

L. 2. D. de stat hom. §. vlt. hac tit.

IVs omne hominum duntaxat gratia comparatum & constitutum est *§. vlt. hoc tit. l. 2. D. de stat. hom.* Nam cùm omne ius quo vtimur vel ad personas pertineat, vel ad res, vel ad actiones *l. 1. eod. tit. 1.* certum est res omnes quę sub cœlo sunt hominum causa esse comparatas *l. in pecudum* 28. *in fin. D. de vsur. l. vetus quæstio* 68. *D. de vsufr. §. in pecudum* 37. *infr. De rer. diuis.* itémque actiones, quibus scilicet inter se homines disceptarent, inquit, *l. 2. §. deinde ex his legibus De orig. iur.* imò & ipsas personas cùm hominem beneficio affici interest hominis *l. si venditor* 6. §. 1. *De ser. export.*

ILLATIO I.

Salus populi suprema lex.

EX hoc Principio nata est lex illa. 12. tab. Salus populi suprema lex esto.

ILLATIO II.

INde etiam fit vt nobilior sit ideóque præcedere debeat tractatus De personis quàm de rebus & actionibus *d. §. vlt. & d. l. 2.* ex axiomate illo philosophorum *Propter quod vnumquodque tale, & illud magis.*

ILLA-

Digitized by Google

ILLATIO III.

INde denique quod excondicione personarum mutatur condicio bonorum *l. per curatorem 90. §. 1. De acq. hered. l. vlt. C. ne inoff test.*

L. per curatorem 90. §. 1. De acquir. hered. l. vlt. D. de inoff. testam.

TIT. III.

De iure personarum.

PRINCIPIVM I.

Diuisio summa De iure personarum.

SVmma de iure personarum diuisio hæc est quòd omnes homines aut liberi sunt aut serui l. 3. D de stat. hom. & apud Iusti. *hoc tit.* vbi addit liberos homines dici à libertate, Et consequenter seruos à seruitute. Seruitutem verò dictam puto à seruiendo. Seruire namque & inseruire Latinis idem est quod prodesse, vnde & seruitia in *l. 3. C. de tabul. lib. 10. tit. 69.* & seruire dici potest is etiã qui seruus non est quia seruire facti est, seruum esse, iuris *l. 4. C. Strebus sit Tit.* vbi Gothof. *De statulib. l. lex quæ tutores 22. vers. & tolerabilius C. de admin tutor.* Certum autẽ est iure gentium inductas seruitutes, vt hunc victoriæ suæ fructum, hanc vtilitatem haberent illi qui victores remãsissent, Etsi non ignoro Florentinum Iurec. in *l. libertas 4. vers. serui eod tit. De stat. hom.* putare seruos dictos à seruãdo, quod imperatores vẽdere captiuos, & propter hoc eos seruare, nec occidere solerent, quod & Iustin. *in hoc tit.* probat. Sed ne probare possim illud facit, quod secundum hãc sententiã dicendum esset seruitutem à seruis appellatam esse non seruos à seruitute, quod esset præposterum. Concreta nãque dicta sunt ab abstractis non abstracta à concretis, vt diximus ad Princip. *tit. De iustit. & iur.* Deinde quis credat imperatores non aliam ex captiuis vtilitatem ab initio cepisse quàm vt eos venderent? Quid enim si vendere nollẽt, sed iis vti sibique eos habere mallent? Etsi hoc quoque sensu poterant à seruãdo serui dici, quia perinde seruandi erant nõ occidendi ij, quibus victor tãquam suis vti vellet. Cæterùm illo etiam casu quo eos vendere victor mallet, non eo minùs à seruiendo seruorum nomen retinere poterant, quia qui precio serui fruitur nõ minùs eum habere intelligitur quàm si eo ipso frueretur *l. quia qui precio 39. D. de vsufr. 22. in fin l. filiusfamilias 34. §. 1. cum l. seq. D. de pecul. hered. l. sed si quis 33. & seq.* D. *de pecul.* Mãcipia sane ex eo dicta esse cõstat quòd manu capta essent, in eó que cũ Florentino & Iustiniano sentio.

L. libertus 4. vers. serui. eod. tit.

Serui à seruando an à seruiendo dicti sint.

Mancipia.

Nullam hominum differentiam esse iure naturali, vel ciuili, sed tantùm iure gentium.

OBseruandum autem est hanc de iure personarum diuisionem ad solum ius gentium pertinere, non etiam ad ius naturale aut ciuile. Nam si naturam inspicias, vnum duntaxat genus est hominum scilicet liberorum, cùm naturaliter omnes liberi nascãtur *l. manumissiones 4. D. de iust. & iur.* & vno cõmuni nomine omnes *homines* appellẽtur vt Iustin. scribit in princ. *tit. De libertin.* Si ius ciuile, æquè vnũ hominũ genus est, & quidẽ liberorũ, quia ius

L. manumissiones. 4. De iust. & iur.

ciuile non alios homines agnoſcit quàm qui ſint ciues. Quiſquis autem liber non eſt, is nec ciuis eſſe poteſt. Nam qui dicit ciuitatem dicit libertatem in neceſſariam antecedens, licèt non ſimiliter è contrario qui dicit libertatem dicat etiã ciuitatẽ, quãdo nihil prohibeat liber eſſe illum quoque qui ciuis nõ ſit. Vnde eſt quod qui amittit libertatẽ, amittit etiã ciuitatẽ, qui verò amittit ciuitatem non continuò amittit libertatẽ. *l. vlt. D. de capit. minut.* Hinc fit, vt quod ad ius ciuile attinet ſerui pro nullis magis quàm pro mortuis habeantur *l. quod attinet* 32. *De reg. iur.* imò etiam apud prętorẽ *l.* 1. *D. de iur. delib.* quãuis ſoleant prętores maximam & potiſſimam habere rationem iuris naturalis, vt diximus ad Princip. 10. *ſup. tit. prox.* Denique quadrupedibus comparantur *l.* 2. *in princ. & §.* 1. *D. ad leg. aquil.* Quidni enim cõparentur, ſi pro hominibus non habeãtur? Aut quomodo homines videri poſſunt qui caput nullum in ciuitate habent, & conſequenter nec ſtatum, quia fieri non poteſt vt ſtet homo qui caput non habet *l.* 3. *§. vlt. & l.* 4. *D. de capit. minut.* Hinc eſt quod nulla iis iniuria fieri intelligitur, ſed per eos dominis in quorum ſunt poteſtate *§. ſeruis autem inſt. De iniur.* ſicut nec ipſi iniuriam facere dicũtur, ſed noxiam aut noxam *tot. tit. De noxal. actio.* non magis quàm quadrupedes, quæ tamen non noxam, ſed pauperiem facere dicuntur *Tot. tit. ſi quadrup. pauper. feciſſ. dicat.* Iniuriæ enim nomen, cùm nihil aliud ſignificet niſi id quod contra ius eſt, oſtendit ſatis nõ poſſe iniuriam eſſe niſi vbi etiam ius eſſe poteſt. Vt diximus ad Princip. 1. *illat.* 3. *Tit. de iuſtit. & iur. ex l.* 2. *§.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Ius autem in eã perſonam quæ nulla ſit cadere non poteſt, nec iuris ratio antè quàm perſona quærenda eſt *l. quidam referunt* 14. *D. de iur. codicill.* Propter quam cauſam ſcribit Vlp. in *l. in perſonam* 22. *De reg. iu.* in perſonam ſeruilem nullã cadere obligationem ſcilicet ciuilem & ex contractu. Ex delictis enim conſtat obligari ſeruos vtiliter & ciuiliter vt legibus publicorum iudiciorum cæteriſque puniantur perinde ac liberi, imò & ſeuerius quàm liberi *l. ſerui.* 14. *D. de oblig. & act. l. capitalium* 28. *§. vlt. D. de pœn.* quia delictorum coercitio eſt ex iure gentium vt diſputauimus ad Princip. 4. *illat.* 7. *ſup. tit. prox.* Sicut & obligantur ſerui naturaliter etiam ex contractu, quia obligatio naturalis aut ex iure naturali æſtimanda eſt aut ex facto ipſo, Natura autem agnoſcit ſeruos *d. l. quod attinet*, ſcilicet non tanquam ſeruos ſed tanquam homines. Quin & ius ciuile quia non habet illos pro nullis in his quæ facti ſunt, ſed in iis tantùm quæ iuris *l. qui heredi* 44. *De condit. & demonſtr.* iũct. *d. l. ſerui*, in quorum numero ciuilis obligatio eſt cùm nihil aliud ſit obligatio quàm iuris vinculum quo neceſſitate quis adſtringitur ad dandum aliquid vel faciendum ſecundum romanæ ciuitatis iura, vt Iuſtin. definit *in princ. tit. De oblig. inſt.* Inde etiam eſt quod pro vindicanda Senatoris vnius morte quingentos ſeruos olim romæ à Senatu ad mortem damnatos legimus apud Cornelium Tacitum, ex ſententia inhumana ſanè Caſſii, cuius in hanc rem ſollenne verbum illud fuit *omne magnum exemplum habet aliquid exiniqua, quod publica vtilitate compenſatur.* Quis enim credat tam impiã & crudelem ſententiam apud æquos iudices quantæcunque vtilitatis prætextu obtinere debuiſſe, ſi non ſeruos omnes quotquot erant, quadrupedum loco Senatus habuiſſet? Adde quæ Gothofr. notat ad *d. l. quod attinet*, Quale illud eſt, Ad ſollennia teſtamenti ſeruos non adhiberi *l. qui teſtamento* 20. *§. ſeruus D. qui teſtam. fac. poſſ.* vbi rationem Vlp. reddit quod iuris ciuilis communionẽ ſeruus non habeat in totum, id eſt quòd nullam prorſus habeat, ne prætorij quidem edicti. Amplius dicit Marcianus in *l. nullomodo* 7. *De falſ.* ſeruos nè ſolùm ne-

L. vlt. D. de capit. minu. L. quod attinet De reg. iur.

L. 1. §. vlt. & l. 4. De capit. min. §. ſeruis autem De iniur.

L. in perſonam 22. De reg. iur.

L. ſerui 14. De oblig & act. L. capitalium 28. §. vlt. D. de pœn.

L. qui teſtamento 20. §. ſeruus. D. qui teſtam. facer. poſſ. L. nullomodo. 7. D. de falſ.

que ciuili, neque prætorio iure, sed neque extra ordinem cõputari, Vt intelligamus extra ius naturale, & gentium perpetuò eos pro nullis haberi. Multa enim sunt quæ cùm neque ciuili, neque prætorio iure fiant, tamen extra ordinem fiunt. Indéque infert Marcianus, nullomodo posse eos cum dominis consistere, scilicet in iudicio, Præterquàm, inquit, quòd fauorabiliter Diui Marcus & Commodus rescripserũt, cùm seruus quereretur quòd tabulæ testamenti, quibus data ei erat libertas, supprimerentur, admittendum illum ad suppressi testamenti accusationem. Quod & aliis nonnullis casibus receptum est quos Hermog. commemorat in *l. vix certis ex causis* 53. *D. de iudic.* Maximè verò cùm habet seruus spem libertatis. Habet namque hic per se aditum ad prætorem *l. mulier* 22. *§. non est dubitandum l. si res aliena* 52. *§* 1. *D. ad SC. Trebell.* Habent enim ciuilis legislator & prætor rationem non solùm eorum omnium qui iam ciues romani sunt, sed etiam illorum qui ciues romani esse possunt ex præsenti spe probabili nanciscẽdæ quandoque libertatis, Alioqui nec partum liberæ mulieris curarent, quippe qui non nisi propter spem nascendi habetur pro nato *l. qui in vtero* 7. *l.* 26. *D. de stat. homin. l.* 1. *in princip. §. ytoties §. si filius ab hostibus §. & generaliter & pass. De ventr. in possess. mitt. l.* 5. *§. an autem* D. *de Carbon. edict.* Sed qui in eo sunt vt spem habeant consequẽdæ libertatis speciali nomine statuliberi appellãtur, de quibus posthac suo ordine dicemus. Nos agimus hîc de meris seruis, cósque dicimus tã prætorio quàm ciuili iure pro nullis haberi. Vnde etiã fit, vt testamenti factionem non habeãt, nec actiuam, nec passiuã ex sua persona, ex persona autem dominorum solã passiuã habeãt, quia testamenti factio vtraque iuris ciuilis est vt diximus ad Princip. 5. *sup. ti. prox. illat.* 1. facit *l. non minus* 31. D. *de hered. instit.* Denique nec tabularij possunt esse serui *l. generali* 3. C. *de tabul. li.* 10. *nt.* 69. vbi ratio redditur, ne publicis actibus priuata seruitia misceantur. Vnde & multò magis dignitatum incapaces sunt serui *l.* 3. *de offi. præt.*

L. vix certis ex causis 53. D. *de iudic.*

L. nõ minus 31. D. *de hered. instit.*

L. 3. *de offic. Prætor.*

Seruos pro nullis non pro mortuis habendos esse.

SVnt qui addant, & ita vulgò creditur, seruos non solùm pro nullis, sed etiã pro mortuis habendos esse, ex eo quòd plerisque iuris nostri locis scriptum est seruitutem morti assimilari, vt in *l. intercidit* 59. *in fin. De condic. & demonst. l. seruitutem* 209. *De regul. iur.* Sed malè. Aliud enim est haberi pro nullis, Aliud haberi pro mortuis. Peior & deterior condicio est eius qui mortuus quàm eius qui nullus est. Qui ideo nullus est quòd nunquã fuerit, quòd caput & statum in ciuitate nunquã habuerit, esse aliquãdo pótest & incipere statum & caput habere, At qui iam mortuus est renasci per rerũ naturã nullo modo nullóque tempore potest, Non illa tãtùm ratione, quòd à priuatione ad habitum regressus non sit *l. si pro patre* 10. *§. penul. D. de in rem ver. l. qui res* 98. *§. aream de solut. l. deducta* 58. *in princip. D. ad SC. Trebell.* sed illa etiã quòd si renasceretur alius homo esse intelligeretur, non is ipse numero qui anteà fuisset *l. seruus legatus* 27. *in fin. De adim. legat. l. si vsusfructum* 6 *D. de vsu & vsufr. legat.* Atqui seruus quãdiu seruus est potest fieri statuliber adeóque liber, Ergo in eo statu seruitutis pro nullo habendus est nõ pro mortuo. Nec quod seruitus morti assimilatur, ad rem facit. Id enim eò pertinet, vt qui ex ciue romano fit seruus, pro mortuo exinde habeatur si quãdoq; posteà de cedat apud hostes, Siue ex fictione legis Corneliæ De captiuis quæ iũgit inflãs mortis cũ primo inflãti captiuitatis vt videatur decessisse ciuis qui reue-

L. intercidit 59. *De condic. & demonstr. l. seruitutẽ* 209. *De reg. iur.*

Digitized by Google

ra decessit seruus & in hostium potestate *l.iusto 44.§.vlt.D de vsucap.* Siue quòd in rei veritate ex eo primo captiuitatis instanti desinat habere caput in ciuitate incipiátque pro nullo haberi tanquam qui reuera sit seruus. Nã qui aliquando fuit,non potest incipere haberi pro nullo,quin hoc ipso habeatur etiam pro mortuo. At is qui nunquam fuit, nec in ciuitate caput vnquam habuit,pro mortuo haberi vt dixi nullomodo potest,pro nullo haberi & potest & debet. Eiusmodi est non is qui ex ciue romano factus est seruus hostium,sed is demum qui ex hoste factus est seruus ciuis romani.Planè potest vno casu ciuis romani seruus haberi pro mortuo, sed in sensu longè alio & magis miro,Nempe si à domino manumittatur,vt eleganter Pompon. ait *in l.si mihi alienum 92.D de solut.l.1.§.vlt.ne de stat def.l.6.quæ à quib.manum. l.2.§.1.quand.act de pec.est annal.l.inter omnes 46.D. de furt.* Atqui inquies, tunc incipit habere caput & statum in ciuitate.Ita,inquam,est,& ob id nimirum intelligitur mori non tãquam homo sed tanquam seruus,quia perinde seruus esse desinit per manumissionem,atque desineret per mortem:ita vt si rursus fiat seruus, alius homo sit nec eo magis debeatur ab illo qui hunc ipsum eo tempore promiserat quo seruus alienus erat *d.l.27.De adim.leg.d.§. ante am verf & si seruus d.l.98. De solut.* Sed seruum ciuis romani quandiu seruus manet habendum esse pro mortuo,nullo iuris loco scriptum est.

L.si mihi alienum 92. D. de solut.

L seruus legatus 27. D. de adim leg.

Concludamus igitur quod obseruandum esse diximus, hanc hominum diuisionem,vt quidã sint liberi,quidã serui non magis ad ciuile quàm ad naturale ius pertinere:ac proinde ad solum ius gentium accommodandam esse.Nam iure gentium inducta ad societatem humanam conseruãdam dominiorum distinctione,tum ex dominiorum distinctione conflatis bellis, ex bellis,captiuitatibus,ex captiuitatibus denique seruitutibus,cœperunt etiam hominum duo esse genera,vnum liberorum, aliud seruorum. Dicitúrque hæc sũma diuisio id est plena & absoluta,ac cui nihil deesse potest,quia cùm seruitus in summa nihil aliud sit quàm priuatio libertatis, perinde est acsi quis diceret,Omnes homines aut liberos esse,aut non liberos, inter quæ duo, cùm sint non tam contraria quàm contradictoria, medium & tertium nihil esse potest. Nec est contrarium quod Iustin.noster scribit in *tit. De libertin.in princip.*cùm iure naturali vno communi nomine omnes *homines* appellarentur, cœpisse post inductas iure gentium seruitutes & manumissiones tria esse hominum genera, liberorum, seruorum, & libertinorum. Tertium namque genus illud libertinorum non tam ad summam personarum diuisionem pertinet, quàm ad subdiuisionem hominum liberorum. Ex iis enim qui liberi sunt,alij nunquam fuerunt serui, & hi non solùm liberi, sed etiam ingenui appellantur, alij fuerunt aliquando serui,sed ex manumissione iustam libertatem adepti sunt, & hi dicuntur libertini, vt Iustinianus noster tractat in hoc tit post Marcianum in *l. & seruorum 5.De stat.homin.* Rursus ei quod diximus seruos iure ciuili vsque adeò incognitos esse vt pro nullis habeãtur,nõ est cõtrariũ quod ex eodẽ Marciano in *d.l 5.*Iustinianus noster subiicit,Seruos fieri non tãtùm iure gentiũ sed etiã iure ciuili,puta si quis liber homo maior annis vinginti passus sit se tanquam seruum venũdari ad precium participandum.Non enim eo sensu dicimus seruos iure ciuili esse incognitos quasi ius ciuile nesciat aut nolit hominum quosdam esse seruos. Sed illud significamus, Eos quos ius ci-

L seruus legatus 27. D. de adim leg.

Tit. De libertin. in princip.

L. & seruorum 5.D.de stat.homin.

uile

uile seruos esse videt, siue serui nati sint, siue iure gẽtiũ aut ciuile tales effecti nullam cum iure ciuili communionem habere, vt Vlp. loquitur in *d. l. qui testamento* 20. *§. seruus D. qui testam. facer. poss. sed pro nullis computari d. l. 7. ad leg. Cornel. de falsi. d. l. quod attinet* 32. *De reg. iur.* perinde acsi homines quidem essent, in iis scilicet quæ sunt iuris ciuilis non iuris gẽtium, & in iis quę sunt iuris non facti, quemadmodum explicauimus. Denique nec eum qui participandi precij causa venundari se patitur ius ciuile faceret seruum, si non essent iure gentium introductæ seruitutes. Huius enim seruitutis inducendæ quãuis ex iure ciuili non alia ratio fuit quàm ne liberi hominis dolo impune deciperetur is qui eum hominem emere se putaret qui iure gentium seruus & in hominum commercio esset, nec de vlla rẽ minùs quàm de homine libero cõtra leges emẽdo cogitaret. *l. 4. D. quib. ad libert. procl. nõ licet.* Planè hũc qui iure ciuili seruus fit, cùm ciuis anteà fuerit, fateor exinde non solùm pro nullo haberi, sed etiam pro mortuo, quia & ciuis & liber esse desiit, Non etiam cæteros seruos, qui cùm inter viuos nunquam computati sint, nec pro mortuis computari vnquam possunt.

L. 4. D. quib. ad libert. proclam. nõ licet.

Seruorum vnam condicionem esse, liberorum verò multiplicem.

APparet autem ex his quæ modò diximus quo sensu accipiendum sit quod Iustinianus scribit in *§. vlt. huius tit.* In seruorum condicione nullã esse differentiã, aut, vt Marcianus loquitur in *d. l. 5 de stat. hom.* seruorũ omniũ vnã esse condicionẽ. Nimirũ, non ita vt seruorũ nulla distinctio sit, cùm alij nascãtur, alij fiãt, rursumque ex iis qui fiunt alij iure gentium, alij iure ciuili fiãt, vt ex vtroque illo loco apparet, Sed ita vt æquè omnes serui sint, nec magis hi quàm illi, omnes denique pro nullis habeãtur, Ad differentiam liberorum qui licèt omnes liberi sint, ex iis tamen quidam pleniorem habent libertatem, id est ingenui, quia semper liberi fuerũt, quidam minùs plenã, id est, libertini, in quibus, quoniam aliquando serui fuerunt, remanent vestigia quædam & monimenta seruitutis & pristinæ condicionis, Adeò vt patrono debeãt operas *Tot. tit. De oper. libert. obsequia Tit. de obseq. parent. & patr. præst.* partem bonorum si sine liberis decesserint *Tit. de bon. libert.* possitque patronus non solùm ea quæ in fraudem suam alienata sint, reuocare per Fauianam aut Caluisianam *Tit. si quid in fraud. patr.* sed ipsũ etiã libertũ si ingratus sit in pristinam seruitutem vindicare *l. 2. 3 & 4. C. de libert. & eor. liber.* Vt taceã cætera quæ pendent ex iure patronatus, De quibus in *Ti. de iur. patron.* Ita vt lex dicat parũ interesse an seruũ suũ quis an libertum contendat *l. circa* 14. *de probat.* Huius autem inter liberorum & seruorum condicionem differentiæ ratio pendet ex eo, quod diximus libertatem esse qualitatem naturalem: Seruitutem verò nihil nisi priuationem quãdam libertatis. Priuatio enim cùm nihil sit, nullas distinctiones potest admittere, quas facile admittit libertas, quæ naturale quid est & positiuum. Videtur tamen etiã differẽtia aliqua esse seruitutum. Est enim quædam seruitus simplex id est quæ libertatem potest admittere, quædã perpetua quæ impedit ne qui seruus est liber fieri vnquam possit, nec per manumissionem *l. 40. De liber. caus. l. 1. C. qui non poss. ad libert. peruen.* De qua postrema specie seruitutis dicemus latiùs *infr. ad tit. De ingen.* Sed tamen semper verum est non magis vno quàm alio casu seruum esse eum qui seruus est.

§. vlt. huius tit. cum §. l. 5. D. de stat. homin.

Vestigia seruitutis in libertinis.

Digitized by

ILLATIO I.

De statulibero qui interim seruus est.

EX hoc Principio illud fit, vt statuliber id est is, qui statutam & destinatã in tempus vel condicionem libertatem habet, quomodo diffinit Paulus in *l.1. D. de statulib.* antequàm dies, aut condicio venerit, cùm liber dici non possit, necessariò dici debeat seruus. Vt enim vel liber vel seruus sit, necessarium est, nec medium aut tertiũ quicquã esse potest, vt diximus *l. statuliberũ 9. in princ. l. 25. eo. l. statuliberum 11. de legat. 2.* sicut nec illud fieri potest vt eodẽ instãti idẽ homo sit & liber & seruus *l. 1. in fin. principy C. de Latin. libert. toll.* aut quod idẽ est, libertus, & seruus, Nã qui dicit libertũ dicit liberũ *Ti. De liberti. infr.* Nec pugnat quod statuliber in delicto repertus non vt seruus ob ambiguum condicionis, sed vt liber puniendus est ex rescripto Diui Pij ad Saluiũ Marcianũ *l. moris 9. §. vlt.* D. *de pœn.* Cùm tamẽ quoties de delicto quæritur, placeat non eam pœnam subire quem debere quam condicio eius admittit eo tempore quo sententia fertur, sed eam quã sustineret si eo tempore sententiam passus esset quo deliquisset *l.1. eod.* Id enim speciale est in statulibero, propter sperandæ libertatis prærogatiuam, vt ait *l. statuliber 14. D. de quæstion.* & quidem in priuatis delictis tantùm. Nam in publicis quoniã grauiora sunt, easdem patiuntur pœnas quas serui cæteri *l. statuliberi 29. D. de statulib.* Scripsi *ad l. pen. D. si ex noxal. caus. agat. in Rational.* Qua eadem ratione iam diximus posse statuliberum per se aditum habere ad prætorem *d. l. mulier 22. §. non est dubitandum D. ad SC. Trebell.* sicut & eum qui nondum natus est propter solam spem nascendi *d. l. 1. in princip. & tot. tit. de ventr. in poss. mitt.*

L. si debitor 45. §. vlt. De fideic. libert.

L. 1. l. moris 9. §. vlt. D. de pœn.

L. statuliberi 29. D. de statulib. l. pœn. D. ex noxal. caus. agat.

ILLATIO II.

De capto ab hostibus, qui interim verè seruus est.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt qui captus est ab hostibus licet per fictionem legis Corneliæ de captiuis fingatur mortuus prima hora captiuitatis si apud hostes quandocunque decesserit, aut ab hostibus reuersus fingatur nunquã in hostium potestate fuisse propter suspensi iuris constitutionem vt loquitur Papin. in *l. pen. De suis & legit.* iunct. *l. pater 10. & seq. & tot. ti. De cap. & postlim.* interim tamen quãdiu viuit re vera sit seruus, *l. 1. §. 1. De suis & legit.* quia non potuit lex vlla ciuilis facere, vt quisquis ab hostibus in bello captus esset in eorum esse potestate, seruusque factus non videretur, Ideó que nimirum fictiones illas legis Cornelię & postliminij induci necesse fuit quæ alioqui necessariæ non fuissent *l. filio 27.* vbi Bart. D. *de liber. & posthum.* Neque obstat quod scriptum est in *l. illa institutio 32. §. 1. D. de hered. inst.* postliminij ius facere, vt illius qui ab hostibus captus est iura omnia in suspenso retineantur non abrumpantur. Aliud enim est de iuribus, aliud de statu ipso captiui quærere. Iura omnia manent in suspẽso propter incertum captiuitatis euentum quandiu fieri potest, vt captiuus redeat vel apud hostes moriatur. Sed præsens captiui status non est incertus, quia certum est captiuum esse seruum reuera quandiu apud hostes manet *l. Gallus 19. §. videndum De lib. & posth. l. ab hostibus 12. l. in postliminij 14. l. liber. 17. C. de postlim. reuers. & apertius in l. hostes 24. l. latrones 27. & l. penult. D. eod.* In eóque differentia est inter

L. Gallus 19 §. videndum De liber. &

L. illa institutio 32. §. 1. D de hered. instit.

L. 1. §. De suis & legi. l. pœn. eod.

Digitized by Google

Inter eos qui ab hostibus, & eos qui à piratis aut latronibus capti sunt. Hi enim liberi permanent *l.postliminium 19.in princ. & §.à piratis eod.* In eámque rem text.est elegans *in §.si ab hostibus infr.quib.mod.ius patr.potest solui.* vbi Iustin.scribit si ab hostibus captus sit parens, quamuis seruus hostium fiat, pendere tamen ius liberorum propter duplicem illam legis Corneliæ & postliminij fictionem. De quo tamen si quis plura scire volet videnda sunt quæ scripsimus ad *l.Gallus, lib. 9.& 10. Coniecturarum.*

postlim.l. ab hostibus 12.§.ius postliminij 14.l. liber 17.C. de postlim. reuers.l.hostes 24.l.latrones 27. l.pen.D. eod.

ILLATIO III.

De ijs qui contra formam humani generis conuerso more nascuntur.

TErtiò ex eodem Principio fit vt si quis contra formam humani generis conuerso more nascatur, puta monstrosum aliquid & prodigiosum, is liber dici nõ possit *l.nõ sunt liberi 14.D.de stat.hõ.* (etsi videtur ea lex intelligẽda de filiis quos generaliori nomine liberos appellamus potiùs quàm de statu personæ) quia nec homo est sed ostentum *l.ostentum 38.De verb. signi. l.5.C.de post.her.inst.* Atqui diuisio hæc ad homines duntaxat pertinet vt quidam liberi sint quidam serui. Vnde & dubitãdi ratio in specie *l.cùm inter 14. C.de fideic.libert.* An partui nondum edito libertas relinqui posset siue directa, siue fideicommissaria. Neque enim est homo antequam sit editus *l.9. in fin.D.ad leg.falcid.* Sed neque Iustin.fecit aut facere potuit vt libertatem acciperet nisi cum lùce, vt ea lex ait. Nec tamen eo minùs partus ille parentibus prodest *l.quæret aliquis 135.De verb.sign.* vbi ratio redditur quòd nihil ijs possit imputari qui qualiter potuerunt statutis obtemperauerunt, neque iis nocere debeat quod fataliter accesit. Alia causa est partus in vtero existentis. Licèt enim nondum sit homo *l.in falcidia 9.D.de ad leg falc,* sed tantùm spes animantis *l.2.de mort.infer.* tamen sicut pro nato ita & pro libero habetur si vel minimo instanti mater interim fuerit libera, *d.l.5.§.2.de stat. hom.* Nisi quis dicat id facere duntaxat vt liber nascatur, non vt priùs fuerit liber quàm homo. De quo dicemus latiùs ad *Tit. De ingenuis.* Vbi etiam de spurijs quòd sint ingenui, licèt sint sine patre.

l.non sunt liberi 14. De stat. homin.

l.cùm inter 14.C.de fideic. libert.

PRINCIPIVM II.

De libertatis definitione.

Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibeatur l.libertas 4.D.de stat hom. ex quo loco sumpsit Iustin. §.1. *huius tit.* iunct. *l.4.De iust.& iur.* Dicitur *naturalis facultas* non *ius*: quia non in iure, sed in mera cuiusque facultate consistit, vt facere possit quicquid velit, quoties neque vi neque lege, id ipsum facere prohibetur. Qui enim dicit *ius aliquid faciendi* significat esse id tale quid, quod alioqui fieri non posset, si faciendi ius datum non esset, Atqui natura omnes homines nascuntur liberi, nec vllum instans dici potest in quo ius libertatis homini acquiratur, quasi ante illud instans non habuerit plenam libertatem. Naturalis ergo facultas non ius est. Siquidem facultatem cùm dicimus, nudam potestatem

l.libertas 4. D.de stat. homin.§. 1. hoc tit.

Digitized by Google

intelligimus quæ ex sola faciendi voluntate causam habeat, quasi *faciendi voluntas* non ex iure. Itaque vt per fundum tuum eas & ambules, dicimus in facultate tua esse positum, non in iure: vt verò per fundum alienum ire possis & ambulare non esse in tua facultate si non id etiam facias iure, constituta scilicet in eam rem seruitute. *arg. l. in re communi* 26. *& pass. de seruit. vrban. prad.* Additur *quod cuique facere libet* quia nihil est quod ingenuo homini tantopere debeatur, quàm vt liberam habeat rerum suarum administrationem. *l. 2. D si à parent. quis manum. sit. l. in re mandata* 21. *C. mandat. l. 1. C. de sacr. eccles.* In eque natum est ius transferendi per traditionem dominij *l. qua ratione* 9. *§. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* itémque contractuum omnium tam ciuili, quàm gentium iure introductorum, In quibus scilicet siue consensu, siue re, siue verbis aut literis perficiantur consensus semper necessarius *est l. 1. l. in omnib.* 57. *De obli. & action. l. 1. l. inter stipulantem* 83. *§. 1. De verb. oblig.* Quid autem prodesset adhibitum esse consensum illius, cui facere quod liberet non liceret? Fundamentum igitur consensus cuiuslibet stat in ista naturali facultate ex qua libertatem æstimamus. Additur etiam *nisi si quid vi prohibeatur*, quoniam in ijs, quæ facti sunt & cùm de facienda re aliqua tractatur plus potest vis ad prohibendum ne id fiat quod alioqui & lex & ipsa etiam natura fieri permitteret, quàm aut lex aut natura possit ad prohibendum ne effectu vis fiat. Vis enim non fit sine facto, & quidem quod efficacius sit & potentius, vel hoc ipso quod prohibere facilius est quàm facere *l. Sabinus* 23. *D. commun. diuid.* Denique vim aliter quàm vi repellere nõ possumus *l. 1. §. vim vi repellere l. 3. §. eum igitur l. qui possessionem* 17. *D. de vi & vi armat.* Solo legis auxilio non possumus, quia facto factum non ius opponendum est, Sicut è contrario ius non facto sed iure eliditur *l. si vnus* 27. *§. pactus ne peteret D. de pact.* Vnde & illud iactari solet, potentiori pares esse nos non posse *l. 3. in princip. D. de alien. iudic mut. caus. fact. l. 1. in fin. D. si ex noxal. caus. agat.* Sic tamen hoc accipiendum est, vt quæ mihi ab alio vis infertur, non ideo meam minuat libertatem. Nam nec qui vinctus est eo minùs liber est *l. cùm heredes* 23. *§. vlt. de acquir. poss.* Sufficitque ad causam retinendæ libertatis, quod facere possem quicquid liberet si non vi prohiberer. Libertas siquidem ex faciendi facultate non ex facto ipso æstimatur. Vis autem non faciendi naturalem facultatem impedit aut elidit, sed factum ipsum, eique ne vnquam factum dici possit, occurrit. Proinde exceptio illa *nisi si quid vi* non ad restringendam libertatis diffinitionem pertinet, quasi libertas per oppositam vim amittatur, sed ad restringenda proxima illa præcedẽtia *quod cuique facere libet*. Quemadmodum nec quisquam dixerit eo minùs liberum quem esse, quod iure & pœnarum comminatione vt Harmenopul. loquitur prohibeatur ea facere quæ à publica honestate sint aliena. Tyrannica enim non iusta libertas illa est quæ cum matre Neronis ita loquitur *si libet, licet*. Iusta illa, quę sic è contrario *si licet, libet*. Quamquã nec omne quod licet honestum est *l. nõ omne* 144. *l. semper in cõiunctionib.* 197. *De reg. iur. l. adoptiuus* 14. *§. seruiles De rit. nupt.* Exẽpla sunt in *l. ancillarum* 27. *§. vlt. l. si possessor.* 52. *de petit. hered.* Probẽque Papinianus noster vt talem tantúmque virum decuit *in l. filius* 15 *De condic. instit. Ea omnia quæ facta laduntpœtatem, existimationem, verecundiam nostram, & vt generaliter dixerim quæ*

l. 1. l. in omnibus 57. *D. de oblig. & action.*

contra

contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Propter quam causam adiecta sunt in definitione libertatis verba illa *aut iure.*

ILLAT. I.

De libera cuique rerum suarum alienatione.

EX hoc Principio illud primùm fit quod iam dixi, vt in cuiusque potestate sit res suas alienare, & de iis pro arbitrio disponere quatenus per leges licet *d.l.2.D.si à parent.quis manum.d.l.qua ratione* 9.*§.ha quoque res de acquir.rer.domin.l sicut* 4.*C.de oblig.& action.l.nec emere* 16 *C.de iur.delib.* Totum enim ius hoc commerciorum ex naturali illa libertate, & ex dominiorum distinctione quam ius gentium introduxit tanquam ex fontibus suis deriuatur. Dico autem *res suas* non solùm quia libertas illa naturalis nullum nobis in alienas res imperium tribuere possit, Obstante nimirum regula iuris non modò ciuilis, sed etiam gentium de qua *in l.id quod nostrum* ir. *de reg.iur.* Verùm & vt ex eo inferam non esse in liberi hominis potestate vt libertatem suam amittat, sitque seruum faciat, quemadmodum scriptum est *in l.nec si volens* 6.*l.interrogatam* 24.*l.liberos* 39.*C.de liber.caus.* quia nemo sui ipsius dominus esse intelligitur *l.liber homo* 13.*D.ad leg. Aquil.* Nisi fortè patiatur se venundari ad precium participandum. Sed eo casu fit seruus non tam ex voluntate sua, quàm ex legis potestate in pœnam facti improbi contra leges admissi *l.& seruorum* 5.*§.*1.*C.de stat.homin.* Huc etiam referri potest quod scriptum est *in l.vlt.C.de patr. potest.* libertati à maioribus nostris tantum impensum fuisse, vt patres quibus olim vitæ necisque potestas in liberos permissa erat, ijs tamen eripere libertatem non possent. Est enim libertas adeò naturalis, vt manente vita non possit eripi, quin alius homo effici quodammodo videatur *l.seruus legatus* 27.*in fin. De adim .legat.l.qui res* 98.*§. aream vers. etsi seruus De solut.* Atqui neque lex neque natura cuiquam permittit vt nouum hominem faciat, nisi per nouam coniunctionem. Adde quòd longè tolerabilius erat vt possent parentes adimere vitam quam dederant, quàm vt libertatem quæ non tam à patre quàm à natura ipsa liberis acquisita intelligitur. Natura enim sine homine vitam dare hominémque facere non potest, Vnde tritum illud verbum Aristotelis *Sol & homo generant hominem.* At vt liber nascatur quisquis homo nascitur, si naturæ solius leges non item ius gentium intuearis, natura sola facere potest, nec in eam rem patris aut alterius hominis ministerio factóque vllo indiget. Itaque mirum non est plus posse naturam in libertate quàm in vita ipsa tuenda, & è contrario minorem esse patris potestatem in libertatem filij quàm in eius vitam. Denique grauius est libertatem quàm vitam amittere *l.vnic.in fin.principij C.de latin. libert.toll.* Nihil autem gratius libertate *l.Paulus* 39.*§.*1.*de fideic.libert.* Cui etiam addere quis illud possit, quod manumissor patri æquiparatur *Nouell.*78.*ca.*2. quasi vitam dedisse videatur, qui dedit libertatem.

l 2.si quis à parent.manum sit.l. qua ratione 9.§.ha quoque res D. de acquir. rer.domin.

l.nec si volens 6.l. interrogatam 24. l.liberos 39 C de liber.caus. l. & seruorum 5.§. 1. D.de stat. homin. l.vlt.C.de patr.potest.

Digitized by Google

ILLATIO II.

De *fauore libertatis.*

l.libertas 122.De regul.iur.

SEcũdò ex eodẽ Principio fit vt libertas nõ ſolùm in iure noſtro, ſed apud omnes etiã gentes tã fauorabilis ſit, vt nihil fauorabilius exiſtimetur: quippe quæ nõ modò ſecũdũ naturã ſit, ſed tota etiã à natura. *l.4.De iuſti.& iur. l.libertas* 122. *De reg.iur.* Quamquam ciuilis legiſlator qui omne ius ad populi ſui vtilitatem refert, & ſeruos pro nullis agnoſcit, non tam ob ſeruos ipſos quàm ob eorum dominos libertatibus fauere videtur, nimirum vt quiſquis ſeruus eſt tanto diligentior ſit ad obſequendum cùm ſciat vix fieri poſſe vt nullo merito ſuo præcedente libertatem à domino conſequatur. Text. eſt elegans *in l.in bello* 12.*§.manumittendo* 9.*verſ.liber erit ſeruus, vſque ad verſ.certè de captiu. & poſtlim.* etſi locus ille non caret mendo, vt dicemus ad Princip.4.*in fin.inf.eod.* Quæ res fecit vt tam multa contra communes iuris regulas fauore libertatis conſtituta paſsim legamus *§.vlt.infr. De donat.l.generaliter* 24.*§.ſi quis ſeruo de fideic.libert.* Quale inter cætera illud eſt, vt quæ ſemel competiit libertas nunquam reuocari poſsit nec beneficio ætatis minoris aut pupillaris, quamuis fuerit libertas indebita *l.ſi ex cauſa* 9. *§.vlt. D. de minor.l.1.& tot tit.C.ſi aduerſ. libert.l.2.§.1.ne de ſtat.defunct.* nec prætextu factæ manumiſsionis accepta pecunia cùm eſſet res inæſtimãbilis *l.licet accepta* 33. *C de liber.cauſ.* iunct. *l. libertas* 106.*l.non eſt ſingulis* 176.*§.1.De reg.iur.* quæque ideò pecuniis nec lui poteſt nec reparari *l.ſtatuliberum* 9.*§.illud tractatum D. de ſtatulib.* Nec rurſus prætextu impetratę contra hereditatis actionem, in integrum reſtitutionis *l.4.§.2.D.de fideic.libert l.ſciendum* 32.*D.de teſtam. manum.l.3.C.eod.* nec reſciſſo per querelam inofficioſi teſtamento *l. Papinianus* 8.*§.vlt. & l.ſeq.l.ſi ſub hac* 26.D.*de inoff.teſt.l.4.C.eod.l.cùm duobus* 13. Nec prætextu non ſoluti vectigalis *l.1.C.de vectig.& commiſ.* aut obſequij non præſtiti velamento *l.ſolo* 30.*C.de liber.cauſ.* Imò nec ſi præſtita ſit libertas ex falſa cauſa *l.1.C.de vindict.libert.* puta ex falſis codicillis *l.cùm ex falſis* 47.*D.de teſt. manum.l. pen. §. 1. De iur. patron.l.2.C.de fideic.liberi.* Denique perpetuum & generale illud eſt vt libertas quæ ſemel competiit aut præſtita fuit, reuocari nullomodo poſsit *l.pen.§.vlt.C.de epiſc.& cleric.l.3.C.de iur. dot. l. ſicut ſemel* 20.*l ſicut datam* 26.*C.de liber.cauſ.l.4.C.de dolo mal.l.quidam* 25.*§.ſi quis filium D.ad SC.Trebell.*

Priuilegia libertatis

De libertate data ſeruo legato, & de libertate teſtamentaria, cur eius dies non cedat ante aditam hereditatem.

HInc eſt quod quãuis ſeruus ſub cõdicione legatus interim ſit heredis pleno iure, ab eo tamẽ non poteſt manumitti *l.ſeruum* 11.*D.de manumi.* ne alioqui legatario iniuria fieret exiſtẽte poſteà cõdicione, Ait Caius *in l.generaliter* 29.*§.1.qui & à quib.ma.* quia nõ eo magis libertas reuocaretur, quomodo reuocãtur cætera omnia medio tẽpore facta per heredẽ quę ideo interim tenere placuit *l.is cui via* 11.*§.1. quem.ſeruit.amitt l.ſi fundum* 105. *De cond.& demonſtr.* Hinc etiam ratio decidendi ad *l.2.D.quib. ad libert. proclam. non licet.* Hinc rurſum quod libertatis dies non cedit niſi ab adita hereditate quantumuis legata ſit purè, licet aliorum legatorum minus fauorabilium purè relictorum dies ſtatim cedat ex inſtanti mortis teſtatoris *l. vnic.§. in nouiſſi-*

mo C. de caduc.tollend.l.xam cùm 8.D.*quand.dies leg.ced.*quoniam cùm diem legati cedere nihil aliud sit quã incipere legatum deberi *l.cedere* 213 *de verb. signif.* si ex instanti mortis cederet dies libertatis hoc ipso competeret, quia non ab homine deberetur, sed à lege quæ tam citò præstare potest quod debet, quàm debere. Ex quo autem semel competiisset reuocari postea non posset, aut irrita fieri, nec si hereditas repudiata esset: atque ita eueniret vt etiam irrito facto & destituto testamento libertates competerent, quod esset contra omnem iuris rationem *l.si nemo* 9.*D. de testam.tut.l.ea quam* 14.*C. de fideic.* In cæteris legatis aliud est quia non à lege debentur sed ab herede instituto, & quamuis deberi cœperint ex die mortis, õo priùs tamen peti possunt, nec proinde legatario acquiri, quàm adita sit hereditas, cùm nec priùs quisquã heres sit. Proinde repudiata hereditate nihil vetat ea corruere licèt fuerint debita cùm etiãsi soluta essent possent repeti *l.2. §. 1. l. 3. & seq.* De *cond ind.* Nec est contrarium quod rei legatæ dominium dicitur rectà via transire à testatore in legatarium *l.legatum* 80.*de leg.2.l.à Titio* 64.*de furt.* Id enim fit quia hereditas quandocunque adita, ex die mortis adita retrofingitur *l.heres* 54.*De acq.hered.* Huius verò fauoris qui libertati rãtus impenditur, tota ratio illa est, quòd rerum omnium fauorabilissimus & quodammodo naturalis sit reditus ad statum suum primæuum, & naturalem *l.si vnus* 27.*§.pactus ne peteret in fi.* D.*de pact.l.si verò non remunerandi* 11.*§.idem Papinianus* D.*mandat.l.filio* 23.*De liber. & posth.l.ab hostibus* 12.*C. de postlim* Naturalis autem hominum omnium status ille est, vt sint liberi non serui. Itaque ad hanc eandem causam cætera omnia libertatis priuilegia per totum iuris nostri corpus sparsa referenda sunt.

ILLATIO III.

Quòd libertas publica res sit non priuata.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt libertas non tam priuata quàm publica res esse existimetur *l.si quis rogatus* 55.D.*de fideic.libert.* cùm sit à naturæ quæ non modò publica, sed omnibus etiam hominibus communis est, Ideóque singulari fauore digna est eo nimirum qui & iori publico & omnibus ad rem publicam spectantibus præstari solet. Hactenus præsertim vt omni pecuniario commodo præferatur, nec damni causâ vnquam intercidat *l qui grauí* 11.*cum seqq.D de tut.codicill.l.cùm pater* 77.*§.cùm existimaret de legat.2.l.* 1.*& 2.C. de commun.seru.manum* Imò & quod magis est antepontur legitimæ filio debitæ in bonis patris, cuius in cæteris omnibus tantum fauorem esse leges voluerunt *l.Papinianus* 8.*§.quarta autem* De *inoff testam.* Iunge *l. si cognati* 21.*C. de negot gest.*

ILLAT. IV.

De *fauore qui debetur etiam piæ libertati.*

QVartò ex eodem Principio fit, vt non tantum libertati iam competenti aut præstitæ fauendum sit, sed etiam cùm de hoc ipso quæritur an libertas competat aut debeatur, necne. Nam quoties dubia interpretatio est, secundum libertatem respondendum est *l.quoties dubia* 20.*De reg.iur.l.vlt.§.* 1.*De vulg.& pup subst.l.si idem seruus* 14.*de leg.2.l.3.in fin.*D *de his quæ in test.*

delent.l.si peculium 10.*§*.1. *D.de manum.testam.*Sic dicimus in obscura volũtate manumittentis fauendum esse libertati *l.in obscura* 179.*De reg.iur. l.si seruus* 50.D.*de fideic.libert.*Item si in causa libertatis dissonãtes pares iudicum existant sententiæ,præualere illã quæ sit pro libertate *l.lege Iunia* 24.D.*de manumiss.l.inter pares* 38.*D.de re indic.*Nec tantùm lex ciuilis fauet libertati,sed etiam prætor.*l.*3.*§*.1.*De alien.indic.mut.caus.fact.* & Imperatores *l. cùm inter* 14.C.*de fideic.libert.*

ILLAT. V.

De libertate inter pias causas connumeranda.

QVintò ex eodem Principio fit vt libertatis causa inter pias causas numeretur, quæ fauorem præcipuum mereantur *l.*1.*§.penult.C.de commun. serv. manumiss.*Vnde & interpretes nostri quæcunque fauore libertatis singulari iure constituta sunt,trahere solent ad cæteras pias causas.Et sane cùm seruitus non possit esse non impia siquidem est contra naturam vt seq. Princ.dicemus, consequens est vt libertatis causa sit pia quoniam est secundum naturam.Ideóque maiores tantùm iudices habet quæstio status *l. non distinguemus* 32.*§.de liberali* D.*de recept.qui arbitr.l.*2.*C.de pedan.indic.*

ILLATIO VI.

De indiuiduo iure libertatis, indéque prohibita serui pignorati manumissione.

l.qui grauiter 11.*cum seqq* D.*de iur.codicill.l. cùm pater* 77. *§. cùm existimaret de leg.*2.*l.duobus* 30.*De liber.caus. l.*1.*&* 2. C. *de commun. serv.manũ.*

SExtò ex eodem Principio fit vt libertas pro parte præstari non possit aut deberi , sed vel in totũ vel nulla ex parte *d.l.qui graui* 11.*cum seqq.*De *iur.codicill.d.l.cùm pater §.cùm existimaret de legat.* 2. *l.duobus* 30. D. *de liber. caus.l.*1.*&* 2.*de commun.serv.manum.*Nempe quia cùm libertas sit naturalis, certum est per rerum naturam fieri non posse vt quis nascatur pro parte liber,pro parte seruus.Facit *l.alieno* 31.*§.*1.*D.de fideic.libert.l.ea quæ* 192.*De regul.iur.*Vnde etiam fit vt libertas dari non possit seruo pignori dato etiamsi debitor sit locuples *l.*3.D.*de manumiss.l.*4.*D.qui & à quib.manum.* quia non posset competere libertas nisi salua causa pignoris,sicut nec alienatio fit nisi saluo iure pignoris siue per venditionem fiat *l.si conuenerit* 18.*§.si fundus De pign.act.*siue per vsucapionẽ *l.* 1.*§.cùm prædium D.de pignor.* manumissio autem alienationi comparatur.*l.usufructu* 9.C.*de usufr.l.*9.*§.*1.D*e autor.tutor. l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.*Hoc autem repugnat libertati vt obligatus maneat qui liber est, cùm ius pignoris faciat vt possit distrahi res obligata *tot.tit.*De *distr.pignor.*Hominis autem liberi distractio & venditio nulla est, quia ex quo est liber desinit esse in hominum commercio.*l.*1.*§.si id quod* D. *de oblig.& action.*Itaque vt possit libertas dari,necesse est seruum esse manumittentis pleno iure, quod ipsum nec semper sufficit nisi constet seruum hunc nunquam in alterius dominium aut obligationem recidere posse vt in specie *l.seruum* 11.D.*de manum.l.generaliter* 29.*§.*1.*qui & à quib.man.* Hoc tamen quod diximus de prohibita serui pignorati manumissione ad libertatem directam pertinet, non ad fideicommissariam *l generaliter* 24.*§. si quis seruo De fideic.libert.*si tamen is locus Vlpiani est,ac non potius Triboniani

vt a-

vt alibi ſcripſimus. l. *ſi pœniter* 9. §. *vlt.* De *lib. cauſ.* l. *indicata* 29. De *except. rei indic.*

ILLATIO VII.

De *libertate competente ipſo iure.*

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis nemo poſsit ex libero fieri ſeruus niſi facto aliquo interueniente, quia ſeruitus non naturalem cauſam habet ſed accidentalem, eámq; contra naturam, tamen è contrario fit pleriſque caſibus vt libertas competat adeóque inuito domino ſola legis poteſtate, nullóque hominis facto intercedente, vt puta ſi mancipium ita fuerit alienatum vel donatum vt manumittatur intra certum tempus, nec ſecuta ſit manumiſsio *l.1. & tot tit.* C *ſi mancip. ita fuer. alienat. vt manum.* & alijs caſibus de quib. *in tit.* D. *qui ſin. manum. ad lib. per.* Factum enim hominis quod in manumiſsione neceſsarium eſt ſola iuris poteſtate repræſentatur vt ait *l. vlt. dict. tit.* C. *ſi mancip. ita fuer. alien.* Imò & quod amplius eſt, tum quoque cùm nulla perſona eſt quę poſsit manumittere, idem tamen iuris effectus eſt ſuppletúrque factum etiam illius perſonæ quæ nulla eſt, puta ſi & venditor & emptor intra præſcriptum tempus ambo ſine hærede deceſſerint *l. 1. ult. tit.* D. *qui ſin. manumiſſ. ad libert. peruen.* Nec mirum id videri debet, quia ſi lex poteſt transferre dominium quod ex iure gentium duntaxat ad hunc potiùs quàm ad illum debeat pertinere, vt ſæpius iam diximus ex Vlp. *tit.* 19. De *acquiſ. rer.* quantò magis poteſt ſeruo reddere libertatem quam natura communis mater hominibus omnibus æqualem dedit? Imò & ſilentio interdum libertas confertur vt *in l vlt.* C *commun. de manumiſſ.*

ILLATIO VIII.

De *libertate danda inuito.*

OCtauò ex eodem Principio fit vt etiam inuito ſeruo libertas dari poſsit *l. vlt. §. ſin verò quidam* C. *de teſtam manum.* Licet dici ſoleat inuito beneficium non conferri *l. inuito* 69. *de reg. iur.* nec poſſe liberalitatem nolenti acquiri *l. hoc iure* 19. *§. non poteſt.* D. *de donat.* quia ſicut in ſerui poteſtate non eſt ne homo ſit, ita nec illud ne talis homo ſit, quales omnes homines naſci natura voluit, cùm libertas ſit qualitas naturalis. Rectéque hoc caſu poteſt vſurpari elegãs illud dictũ Imp. Leonis *Nou.* 102. Duplex beneficiũ accipere eũ q beneficiũ accipere cogitur. Longéq; alia ratio eſt filij quẽ dicimus nõ aliter poſſe à patre emancipari quàm volentẽ & conſentientẽ *l.* 5. C. *de emancip. lib.* Id enim fit non illa ſolùm ratione quam tradit Iacob. Cuiac. *ad l. ſeruus vetante* 62. *De verb. oblig.* quod pleraque ſint commoda ſui heredis quæ inuito ei eriperentur, ſi inuitus emanciparetur, ſed etiam quia non poterat emancipatio fieri olim niſi per imaginariam venditionem quæ filiũ familias interim ſeruum emptoris faciebat, propter quam cauſam dicebatur filius emancipatus capite minutus, licet quòd ſui iuris factus eſſet auctus potiùs videretur, vt dicemus *ad Tit. de capit. diminut.* Adde quòd nec qualitas naturalis eſt, Emancipatum eſſe, ſed accidentalis, ſicut & illa Eſſe nobilem, nec proinde in inuitum aut hæc aut illa conferri poteſt. Planè debitorem non ſolùm ignorantem ſed etiam inuitum liberari poſſe conſtat *l. ſoluendo* 39. *de negot geſt.* non quidẽ ſola & nuda voluntate creditoris, ſed iis modis quibus placuit iure tolli poſſe obligationem puta vel ſolutione ab alio facta *dict. l. ſoluendo*, vel alio iudicium accipiente pro debitore *l. ſolutione*

l. vlt. §. ſin verò quid. ſi C. *de teſtã. manumit. l. 5. C. de emancip. liber.*

l. ſoluendo 39. *De negot. geſt. l. ſolutione* 23. *De dote ſolut.*

Digitized by Google

23.D.*de solut.*vel supponendo alium à quo debitum nouandi causa stipuleris siue ei postea acceptum feras,siue non *l.si debitor* 91.*eod.l.si Stichum* 8.*in fin.de nouat.l.& per insiurandum* 13.*§.tutor* De *acceptil.*(sunt enim certi modi & inducendæ & tollendæ obligationis *l. obligationum ferè* 44.*§.placet de oblig.& act.*) An verò hoc ob id solum quod etiam ignorantis & inuiti meliorem condicionem facere possimus, licèt non deteriorem? vt Caius scribit *in d. l.soluendo.*Minimè verò, Id enim non est perpetuum *d.l.inuito.*Vnde est quod quamuis legatum sit donatio *L.legatum* 36.*de legat.*2. & consequenter lucrosum semper, damnosum nunquam *l.si hereditatem* 32. D.*mandat.* ob idque acquiratur etiam ignoranti *l.filiusfam.*16.*in fin. D.qui testam. facer. poss d.l.cum pater* 77.*§.surdo de legat.*2.non tamẽ acquiritur inuito *l.ei qui* 13.*De condic. instit.l.ait prætor* 2.*§.Pomponius alias l.etsi sine in princip.l.si minor* 33.D. *de minor. l.si tibi homo* 86.*§.cùm seruus de legat.*1.Verior igitur ratio est quia liberatio à libertate dicta est, & species quædam est vt ita dicam redditæ plenæ libertatis:Quid enim aliud est *liberari* quàm *liberum fieri*? Scilicet à vinculo obligationis.Definitur enim obligatio iuris vinculum *Tit.de obligat.infr.* nihil autem tam contrarium libertati quàm iustum vinculum, vnde est quod fideicommissaria libertas ei relicta quem postea vinxit dominus,non debetur *l.fideicommissaria* 43.*De fideic.libert.*Item quòd debitor etiam hodie dicitur quodammodo seruus creditoris, ideóque obnoxius simpliciter appellatur *in l.vlt.C.de præscr.*30. *vel* 40.*annor.* In memoriam vt puto iuris veteris quo ex lege 12.tab.licebat creditori non solùm vincire debitorem qui soluendo non esset, eúmque in carceres coniicere, sed etiam verberare, adeóque si plures essent creditores corpus addicti debitoris secare ac inter se partiri, vt constat ex Valer.Max.*lib.*4.*cap.*1.Varr.*lib.*6. *de ling latin.*Gell.*lib.*20.*ca.*1.Tit. Liuius *lib.*8.vbi refert latam legem ne quis nexuo aut compedibus ob pecuniam acceptam creditori seruiret. Denique liberum esse ab obligatione qualitas naturalis est non accidentalis.Nemo enim nascitur obligatus. Itaq; mirum non est liberationem perinde ac libertatem acquiri debitori non solùm ignoranti,verùm etiam inuito.

l.ei qui 13. *D de condic instit.*

l.fideicommissaria 43. *D.de fideic. libert.*

Debitor quodammodo seruus est creditoris.

ILLATIO IX.

De impositis onerandæ libertatis causa.

NOnò ex eodem Principo fit, vt quæ libertatis onerandæ causa imposita sunt, ea exigi prætor non patiatur *l.1.§.quæ oneranda & l.vlt.in fin.* D. *quæ.rer.act.nõ det.l.2.l.is qui oneranda* 32.D.*de oper. libert.*Quasi libertas quãuis certis legibus data non tam ex facto & voluntate manumittentis, quàm ab ipsa etiam natura competere videatur, ideóque permittendum non sit vt pro arbitrio manumissoris eiusdémque patroni supra modum oneretur. Facit l.4.*C.de oper.libert.*

l.1.§.quæ oneranda l. vlt.D quær rer.act. non det.l. 2.l. is qui oneranda 32. D. de oper. liber l.4.C.eod.t.

ILLATIO X.

De *odio violentiæ, & quæ ex eo sequuntur.*

DEcimò ex eodem Principio fit vt legislator ciuilis nihil magis exosum habeat quàm vim, per quam scilicet naturalis hæc libertas infringitur, aut vt melius loquar, impeditur.Imò violentiæ nomen ipsum adeo est o-

est odiosum vt sub vno eo nomine multa facinora contineri intelligãtur inquit *l.quoniam 6.C.ad leg.Iul.de vi public.* Inde est,quod violenta possessione rescripto quidem principis confirmari potest *l.3.C.vnde vi*,ne inde nascatur iniuriarum occasio vnde iura nascuntur *l.meminerint 6.eo.* Inde quòd spoliatus etiam prædo ante omnia est restituendus *l.2.eo.l.si maritus 10.C.de donat. int.vir.& vxor.* adeò vt neque compensationis exceptio quæ omnium fauorabilissima est,ei obiici possit *l.vlt.in.fin.C.de compens.* Inde quod vim facere dicitur quisquis id quod suum esse,sibive deberi putat propria autoritate nõ per iudicem reposcit,ob idque ius suum amittit.*l.extat.13.*iunct.*§.vlt.l.præced. D.quod met.caus.l.pen.&vlt.D.ad leg.Iul.de vi priuat.* Non enim concedendũ est singulis quod per magistratum publicè fieri potest *l.nõ est singulis 176. De reg. iur.* vbi ratio redditur *Ne occasio sit maioris tumultus faciendi.* Inde quod interdictum *vnde vi* dicitur habere in se atrocitatem facinoris *l.1.§. interdictum hoc 43.D.de vi & vi armat.* Hinc denique est,quod in obligationibus faciendi non agitur præcisè ad factum,sed in locum facti succedit obligatio eius quod interest *l.si quis ab alio 13.§ vlt.D.de re iudic.l.quoties quis aliũ 81.De verb.oblig.* Nempe quia non potest fieri,vt quis cogatur præcisè ad factũ sine vi & impressione,cuius inferendæ ius aut occasionem præbere nõ debet lex quæ factã ab homine vim tã seuerè coercet &reprimit. Sic legimus apud T. Liuium coactos olim Senatores ire in Senatum, sed pignoribus captis non præcisè.Item cogi interdum quem venire ad prętorem,sed remediis prętoriis id est captis distractisque pignoribus,aut mulcta contra eum dicta *l.1.§. quid ergo si non respondero D.de inspic.vent.*

L. quoniam 6.C. ad leg. Iul. de vi public.
L.3.l.meminerint 6. C. vnde vi.
L.2.eod. l.si maritus 10. C.de donat. int. vir. & vxor.l. vlt. in fin. C. de compens.
L.extat 13. iunct.§.vlt. l. præc. D. quod met. caus.
L.pẽ.& vlt. ad leg. Iul. de vi priuat.
L.non est singulis 176.de reg.iur.
L.1.§. interdictum hoc 43. De vi & vi armat.
L.si quis ab alio 13.§.vlt. D.de re iudic. l. quoties quis alium 81. de verb. oblig.
L.1.§. quid ergo si non respondero De inspic vent.

ILLATIO XI.

De *gestis per vim & metum,& de voluntate coacta.*

VNdecimò ex eodem Principio fit,vt non tantùm si quid per vim gestũ sit,sed etiam si per metum,ratum id nullo tempore habeatur *l.si mulier 21.§.1.D.quod met.caus.* maximè si metus illat' sit vel mortis vel seruitutis & vinculorum *l.4.cum seqq.l.7.§.1.eod.* Distat enim vis à metu,quòd vis est maioris rei impetus qui repelli non potest *l.2.eo.* significátque necessitatem impositã contrariam voluntati.Metus verò, instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidationem.*l.1.eod.* Itaque tã vis quàm metus infringit libertatem quia contraria est voluntati, in qua sola hominis libertas tota consistit: Et quamuis dici soleat coactam voluntatem esse voluntatem *d.l. si mulier §. si metu coactus,l.si patre cogente 22.D.de rit.nupt.* Non tamen simpliciter absolutè & precisè voluntas dici potest,sed vt loquũtur interpretes causatiuè id est ex comparatione eius periculi cuius metus inferebatur,quia metuit ne quid sibi durius cõtingeret,Propter quã causam sic loquitur Celsus in *d.l.si patre, maluisse hoc videtur*,quasi dicat *ne hoc quidẽ volebat,sed hoc tamen maluit.* Quãquam cùm in malis non sit electio secũdum Aristotelem rectiùs loqueretur qui diceret hominem vi vel metu coactum ad aliquid faciendum non tam id maluisse,quàm minùs noluisse.Sicut enim aliud est velle aliud non nolle, aliud nolle aliud non velle *l.3.De reg.iur.l.pater Seuerianam 101.D. condic. & demonstr.l.4.De acquir.hered.l.4.vers.non enim ad Treb.* Aliud fateri,aliud nõ negare,aliud negare aliud nõ fateri *l.qui tacet 142.D.reg.iur.* sic lõgè aliud est, *malle* aliud *minùs nolle*. Qui propriè mauult, vtrumque vult, sed hoc magis

L.si mulier 21.§.1. D. quod met. caus.
§. si metu coactus d.l. si mulier l.si patre cogẽte 22. De rit. nupt.
Malle & minùs nolle.

quã illud. Qui verò propriè minùs nolle dicitur neutrum vult, sed hoc minùs quàm illud: Inde est quod interpositas metus causa transactiones aliáſve cõuentiones, iuris quidem ciuilis rigor validas esse patitur, quia voluntatẽ qualemqualem habent, id est saltem coactã (si enim voluntas nulla esset, deficiente consensu non posset contractus subsistere *l. in omnibus* 57. *De obli. & act. l. 1. D. de pact. l. 1. De transact.*) sed tamen prætor ratas non habet *l. interpositas* 13. *C. eod. §. si mulier. §. 1. & tot. tit. quod met. caus.* quia voluntas illa non est libera, ideóque rescinditur contractus per in integrũ restitutionem, quæ tamẽ vel ob hoc ipsum necessaria est, quòd interim contractus tenet. *l. 2. l. siquidem* 11. *C. de præd. minor.* Quod enim nullum esset rescindi non posset *l. 5. D. de inst. rupt. & irrit. fact. test.*

L. interpositas 13. C. de transact.

ILLATIO XII.

De libertate naturali rerum omnium.

DVodecimò ex hoc eodem Principio fit, vt non homines duntaxat, sed omnia etiam hominis liberi bona naturaliter libera esse intelligantur, nisi probetur aliqua seruitus constituta *l. cum ea* 9. *D. de seruit. vrb. præd. l. inter seruitutes* 15. illis verb. *prohiberi potest si seruitus debeatur eód. l. altius & & seq. C. de seruit. & aqua.* Neque enim posset liber homo de rebus suis disponere quomodo vellet si essent illæ obligatæ non liberæ, quemadmodum videmus non posse debitorem disponere de bonis pignori datis aut seruitutis onere affectis in præiudicium creditoris hypothecarij vel illius cuius fundo seruitus debeatur adeò vt quantumuis locuples sit, seruum tamen pignori datum manumittere non possit *l. 3. D. de manumiss. l. 4. D. qui & à quib. manum.* Eadem ratio facit, vt nunquam præsumatur res feudalis aut emphyteuticaria. Nã & hę fundi qualitates sunt non naturales vt libertas, sed accidentales, ideóque probandæ sunt, Notant nostri ad *l. 1. & vlt. C. de iur. emphy.* Ideq; prorsus consequens est ei quod suprà diximus & seruitutes & obligationes ac conuentiones penè omnes inductas esse ex iure gentium, cæteras ex iure ciuili *Lex hoc iure 7. De iust. & iur.* Ex eo namque apparet fieri non posse, vt fundus aliquis naturaliter dici possit, aut seruiens, aut feudalis, aut emphyteuticarius, cùm in his omnibus necesse sit præcedere conuentionem *§. si quis velut infr. De seruit. præd.* aut testamẽtum *tot. tit. De seruit. leg.* aut cõsuetudinẽ seu statutũ loci *l. 1. §. vlt. l. vlt. De aqua plu. ar.* aut deniq; lõgi tẽporis præscriptionẽ *l. si quis diuturno* 10. *si serv. vindic.* Etsi nõ ignoro quod scriptũ est in *d. §. vlt. l. 1. De aqua plu. arc.* fundum inferiorẽ naturaliter seruire superiori. Sed nõ est illa seruitus de qua tractamus, nec quæ faciat quominùs idem fundus naturaliter sit liber, si nulla seruitutis lex ei dicta sit. Eadem enim natura quæ facit vt aquæ incommodum ex fundo superiore defluat in inferiorem, prospexit optimè, vt id incommodum cum alio commodo longè maiore compensaretur. Facit enim vt omnis pinguitudo terrę ad eundem fundum inferiorem decurrat, vt ibidem Vlpianus scribit.

L. cum ea 9. De seruit. vrban. præd. Laltius 8. & seq. C. de seruit. & aqua.

L. 1. D. de manumiss. l. 4. D. qui & à quib. manum.

§. si quis velit Inst. De seruit. præd. l. 1. §. vlt. D. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. si quis diuturno 10. D. si seruit. vindic.

ILLATIO XIII.

De pactis & legatis per quæ libertas infringitur.

DEcimò tertiò ex eodem Principio fit, vt neque pacta valeãt, neque legata per quæ ius libertatis infringitur, puta si promiseris mihi pecuniam, si Mæuiam vxorem nõ ducas. *l. Titius cum ea* 71. *§. 1. D. de condic. & demonst.* aut si cer-

L. Titio cum ea 71. §. 1. & 2. D. de condic. & demonst.

si centũ tibi legauero ita vt à meo monumẽto nõ recedas, vel vt in illa ciuitate domicilium habeas §.2.*eiusd.leg.* vbi tamen Papin. subiicit, quod notandũ est, in defuncti libertis alio iure nos vti, quod & responsum est in *l.libertus* 18. §. *vlt. De alim.legat.* quia cùm libertatem ipsam à patrono acceperint, non est iniquũ duriore condicione eos censeri quàm ingenuos homines, vt nõ eorũ libertas oneretur, quemadmodum diximus illat.9. sed vt legatum consequi non debeant si nolint parêre condicioni, Maximè verò si cõdicio illa adiecta sit in actu ipso manumissionis, siue testamẽtariæ, siue inter viuos vt in *l.Mœuia* 44. *De manum.test.* Qua enim fronte possit obsecro libertus patroni suæ voluntati ex qua nouũ lucrum consequi velit obiicere libertatem quã ab eodem patrono acceperit? *arg.l.filio 7. D.vt legat. nõ caueat. l.4. C.de obseq.patr.præst.* Potest siquidẽ quilibet in alienatione rei suę quã vult legẽ dicere *l.in traditionibus* 44. *de pact. l.vlt.C.de pact.int.empt.* etiam quæ alioquin nõ valeret *l.ei fundo* 19. D. *de seruit. l. venditor* 13. *commu.præ.* manumissio autẽ alienatio est *l.seruus furiosi* 23. D. *de manu.* vbi hac de causa negatur seruũ furiosi posse manumitti à curatore, quoniam, inquit lex, manumissio in patrimonij administratione nõ est. Quę ratio etiam facit vt nec à tutore possit manumitti seruus pupilli etiam qui à pupillo ipso manumitti & potuerit & debuerit *l.pen.C.qui manum.non poss.*

L. libertis 18. §. vlt D. de alim. legat.

L. Mœuia 44. D. de manum. test.

ILLATIO X.

De libertate testandi.

DEcimò quartò ex eodem Principio fit, vt neque pactione, neque alia quilibet arte possit quis liberam testamenti factionem sibi præripere *l.cum duobus* 52. *aliàs l.si fratres §. idem respondit societatem D. pro socio l.stipulatio hoc modo concepta* 61. *De ver.oblig. l.pactum quod dotali* 15. *l.vlt.C.de pact.* Est enim contra bonos mores quicquid fit, vt ea testandi libertas eripiatur *l.ex eo* 4. C. *de inutil.stipulat.* Nec solùm contra bonos mores ciuiles, vt interpretes quidã disputant, sed etiam contra naturales, quia libertas illa naturalis est. Etsi enim non à natura, sed à lege habet homo vt testari possit, vt scripsimus *illat.* 1. *ad Princip.* 5. *tit. præced.* habet tamen à natura vt testari velit, liberúmque habere testamenti arbitriũ *l.1. C. de sacros. eccles.* vbi scriptum est nihil esse quod hominibus magis debeatur. Simile quidpiam scriptum est in *l.ne cum filiofamilias* 16. *De furt.* ne pater furti agere cum filiofam. possit, non iuris constitutionem, sed naturam impedimento esse, quòd inquit, non magis cum iis quos in potestate habemus quàm nobiscum ipsi agere possimus. Sensus enim est, Esse quidẽ ex iure ciuili nõ à natura vt liberos in potestate habeamus *tit. de patr. potest. infr.* & consequenter vt patris & filiifamilias vna persona esse existimetur. Sed tamen ita cõstituto iure ciuili naturã ipsam rei esse impedimẽto ne pater cũ filiofamilias agere possit, quia per rerũ naturã fieri nequit vt agat quis cũ seipso. Vnde est quod inter patrẽ & filiũ emãcipatũ lis esse potest tantẽ venia petita *l.3. C. de in ius voc.* imò & inter patrẽ & filiumfamilias de castrensi peculio *l.4. D. de iudic.* quoniã in eo peculio filiusfami. patrisfamilias loco est *l.2. D. ad SC Maced.* Et hic sensus est *d.l.16.* à paucis fortasse bene perceptus. Dices, Eadem ratione futurum vt inferre quis possit nec de alia re vlla valere hominum conuentiones. Cùm eam libertatem eripiant aut saltem restringant, siquidem dici solet contractus omnes qui modò vtiles sint, ab initio esse voluntatis, ex postfacto necessitatis *l.sicut 7. C. de oblig. & act.* ob eámque causam vt toties diximus, obligatio iuris vinculum definitur *tit. de obligat. infr.*

L. ex eo 4. C. de inutil. stipulat.

L. ne cum filiofamilias 16. D. de furt. l. sicut 7. C. de oblig. & act.

Ergo verò nego consecutionem. Diuersitatis enim ratio illa est quod in cõtractibus omnibus adeóque pactis necesse est plurium consensum intervenire *l.1. D. de pact.* Vnde & conuentiones appellãtur. Itaque voluntas quę cõtractum facit non est huius vel illius, id est alterutrius, sed vtriusque contrahentium consensus. Nec proinde ratio vlla iuris aut æquitatis patitur, vt ex alterutrius pœnitentia resoluatur contractus, qui vtriusque consensu perfectus fuit *l. prout* 80. *de solut. l. nihil. tam naturale* 35. *De reg. iur.* At vltima cuiusque voluntas vnius tantùm hominis est, adeò vt neque ex alieno arbitrio pẽdere debeat *l. captatoria* 70. *& seq l. captatoria* 64. *de legat. 1.* Vnde & testamẽtum definitur iusta sententia voluntatis nostræ non alienæ *l.1. D. qui testam. fac. poss.* Fieri ergo non potest vt restringatur, quin libertas intingatur. Nec enim dicitur vltima voluntas, quòd post eã alia nulla sit, nã eo sensu diceretur vltima etiã quæ esset irreuocabilis, sed quia est ambulatoria ad vltimum vsque vitæ exitum *l. cùm hic status* 32. *§. pœnitentiam de don. int. vir. & uxor. l. 4. De adim. leg.* nec eam lex alia de causa confirmat, quàm quòd reuocata non sit cùm reuocari potuisset. Voluntas enim quæ inter viuos valuisset ea confirmatione non indigeret, qua indigent vltimæ voluntates.

L. cùm hic status 32. §. pœnitẽtiam De donat. int. vir. & uxor. l. 4. De adim. legat.

ILLATIO XV.

De permissa per Principem libera facultate testandi.

DEcimò quintò ex eodem Principio fit, vt si cui libera testamenti factiõ per rescriptum Principis concessa sit, non aliud concessum intelligatur, quàm vt secundum leges quis testetur *l. si quando* 35. *in princip. C. de inoff. testam.* iunct. *l. 3. §. 1. De bon. liber.* nẽpe quia nec aliud sonat nomen ipsum libertatis, vt verba illa definitionis nostræ demonstrant *nisi si quid iure prohibetur.*

L. si quando 35. C. de inof. test. l. 3. §. 1. D. de bon. libert.

ILLATIO XVI.

De iis quæ iure ac honestè fieri non possunt.

DEcimò sextò ex eodem Principio quod in Principij declaratione attigimus, vt quæ honestè facere non possumus ea nec facere posse existimemur *d. l. filius* 15. *De condic. instit.* Imò verò quod magis est, libertas ipsa facit, vt homini libero non debeat esse liberum quicquam facere quod sit contra leges vel contra bonos mores, At vt è contrario iustè viuere cogatur & ex præscripto legum sub quibus nasci eum Deus voluit *l.1. & 2. D. de legib.* iunct. *l. iustitia* 10. *§. 1. De iustit. & iur.* Vnde inferri potest non inelegãter quod Vlp. scribit in *l. iuris gentium 7. §. si ob maleficium De pact.* Si quid tibi promisero ob hoc solùm ne maleficium facias, non obligari me ex hac conuentione, Non magis quàm si tibi promisissem, vt furtum vel homicidium faceres *l. generaliter* 26. *& seq. D. de verb. obligat.* Quamquam diuersa ratione. Hæc enim posterior promissio non valeret tanquã turpis. Prior verò, tanquã facta sine causa, quia causa nulla est cur pecuniã habere debeas ne facias id quod etiãsi maximè velis tibi facere liberum non sit, quia iure prohibearis, Quod enim lex te facere prohibet, id te non facere cogit etiam inuitum. Et sanè si verum amamus, habet etiam hæc promissio admixtam turpitudinem quia turpe est & ab hominis boni ac honesti dignitate alienum, bene viuendi præcium aliud quærere quàm quod ex amore virtutis & honestatis legũque obserua-

L. filius 15. D. de condic. instit.

L. iuris gentium 7. §. si ob maleficiũ D. de pact. L. generaliter 26. & seq. De verb. obligat.

obſeruatione bonis omnibus propoſitum ſit,& cõſtitutũ,exẽplo eius quod ex Papiniano ſcribit Iuſtin.quamuis in ſpecie diſſimili in *d.l.ſi quando* §.1.*C. de inoff. teſtam.* meritis magis filios ad paterna obſequia prouocandos eſſe, quàm pactionibus adſtringendos. Planè in pœnam delicti præſertim quod legibus non puniatur pecuniam ſtipulari poſſumus *l.ex ea* 121.§.1.*de verb. oblig.*

L.ex ea 121. §.1.de verb. oblig.

ILLATIO XVII.

De *libertate in vltimum vitæ momentum non conferenda.*

DEcimò ſeptimò ex eodem Principio fit, vt libertas non poſſit conferri in vitæ momentum vltimum *l.libertas* 17.*l.vlt.*De *manum.teſt.* quia cùm reddat hominem naturali ſuo iuri,non poteſt fieri vt incipiat quis eſſe liber eo inſtanti quo deſinit eſſe homo.

ILLATIO XVIII.

Præſtationem libertatis nunquam fieri dominij tranſlationem.

DEcimò octauò inde fit ne præſtatio libertatis fieri vnquã poſſit dominij tranſlatio, vt eleganter licèt ſubobſcurè loquitur Thryph.in *l. in bello* 12.§.*manumittendo de capt. & poſtli.* vbi tamẽ tractat ſpeciem ex qua,quomodo accipiendum hoc ſit non obſcurum eſt.

De *libertate filiifamilias.*

ET ex his reſponderi poteſt ad id quod fortaſſe quis obiecturus ſit,Secũdum eam quã propoſuimus libertatis definitionem fieri,vt filiusfamilias liber non eſſe videatur,Cùm non habeat liberam illam facultatem & voluntatem faciendi quicquid velit, Siquidem ſi ab aliquo heres ſit inſtitutus non poteſt hereditatem adire niſi iubente patre *L.qui in aliena* 6.*l.ſi quis mihi bona* 25.§.*inſſum* D.*de acquir.hered.* Reſpondendum enim eſt id fieri,nõ quia filiifamilias perſona non ſit libera & integra,ſed quia ius prohibet ne filiusfamilias delatã ſibi hereditatẽ inſcio patre adire poſſit. Hoc ipſum verò cur ita? Quoniam alioqui fieret vt per filij aditionem ignorans & inuitus pater hereditario ære alieno obligaretur *d.l.qui in aliena*, quod eſſet iniquum,ſine ponas oneratam, ſine opulentiſſimam eſſe hereditatem(nec enim præſcribi cuiquam debet cur metuat hereditatem adire,vel cur nolit cùm variæ ſint hominum voluntates,vt ait *l.*4.D.*ad SC.Treb.l.ſi in teſtamento* 22.D.*ſi quis omiſſ.cau.teſtam.*)Melior nãq;cõdicio noſtra fieri poteſt per eos quos in poteſtate habemus vt & per alios deterior non poteſt *l.melior* 133.*de reg.iur.*iunct. *l.in perſona* 30.De *pact.l.ſeruus meus* 19.D.*mandat.l.ſoluendo* 39.De *negot.geſt.l. ſeruumies* 20.§.*pen.verb pred.* Quæ ratio facit,vt nec in patris poteſtate ſit repudiandõ hereditatẽ filiofamilias delatam,nocere filio non conſentienti *l.is qui heres* 13.§.*vlt.* De *acquir.hered.l.vlt.C.de bon.que liber.* Nec tamen idcirco quis dixerit patrisfamilias perſonam liberam non eſſe.Idémque in perſona domini ſeruum habentis tractari poteſt, Non quòd hereditatem ſeruo datã repudiare non poſſit ſine conſenſu ſerui (poteſt enim, habétque in eo ſeruus minus iuris quàm filiusfamilias, quia cùm non habeat factionem teſta-

L. qui in aliena 6.l. ſi is qui mihi bona 25.§.inſſum D.de acq. hered.

Digitized by Google

menti nisi ex persona domini *l.non minùs* 31.D.*de hered.inst.*hereditas in qua fuit seruus institutus nõ ipsi seruo sed soli domino delata intelligitur,ac proinde solius domini est eã repudiare)sed quia prohibere non potest quominùs ei inuito & vetanti acquiratur per seruum. pene ex omnibus causis *l.servus vetante* 62.*De verb.oblig.l.etsi.animantis* 32.*De acq.rer.dom.*vbi adiecta est dictio illa,*penè* propter hereditatem quã seruus adire nõ potest nisi iussu domini præcedẽte.Sed quod ex cęteris causis seruus acquirit domino non solũ ignoranti, verùm etiã inuito cùm fiat iure potestatis *l.placet* 79. *De acq.hered.*non lædit ius libertatis domini, in cuius scilicet remanet potestate non solùm vt seruum manumittat,vel alienet si per eum sibi acquiri nolit, sed etiam vt quod sibi acquisitum est per seruum, à se abdicet, & ei si volet restituat à quo fuit acquisitum.Difficilius illud videtur,quod non magis filiisfamilias quàm serui voluntas vlla esse intelligitur,cùm velle non credatur qui obsequitur imperio patris aut domini,vt est in iuris regula *l.*4. *De reg. iur.* Quomodo enim libertatem habere videri potest filiusfamilias si non habet voluntatem,ex qua,vt dixi,libertas æstimatur? Nam & inde est quod si quid faciat filius non solùm cum patre,sed etiam cum alio,præsente patre,per metum reuerentialem id facere intelligatur:quasi quem pudor impediat ne patri resistere possit propter paternam verecundiã *l.pen. D.de furt.l* 1.*§.quæ autem rande D.quar.rer.act.non dat.* Nec responderi potest id fieri iure patriæ potestatis,& iure ciuili. Nam vt parentibus nostris pareamus,non solùm ex iure gentium est *l.*2.D.*de iust.& iur.*sed etiam ex iure naturali,vt scripsimus ad Princip.5.*Tit. De iur.nat. & ciuil.* Sed respondendum est eam patri à liberis debitam obseruantiam non facere quin liberi propriã liberámque habeant voluntatem *l.fidemssor* 26.*§.*1.*D.de prætor.l.sed quæ patris* 12.*de sponsal.l.si patre cogente* 22.*De ritu nupt.*Nec proinde quin dici debeant liberi non serui. Alioqui nec emancipati haberent libertatem, cùm eandem quam sui heredes obseruantiam parentibus naturaliter debeant *l.*1.*l.*9.*l.penult.*D. *de obseq. par. præst.l.*2.C.*qui & aduers.quos in integr.rest.l.*3.C.*de patr.potest.* Non enim ius patriæ potestatis,sed ipsius naturæ religio facit vt ea pietas & obseruãtia parẽtibus à liberis debeatur *l.*4. *D.de cura.furio.l.liberi* 28.C.*de inoff.test.l.*3.C. *de in ius vocã.*Propter quã causã nõ dubitatur quin valeãt omnia gesta inter patrẽ & liberos,siue filiosfamilias,siue emancipatos,quibus ex causis & casibus placuit inter eos contrahi postea,eò vt nec rescindi debeant per in integrum restitutionem quasi per vim aut metum gesta,si nõ ad metum illum quem vocãt reuerentialẽ immodica & enormis læsio accesserit *l.si superstes* 5.*vers.sanè* C.*de dolo.* Quid ergo est? Dicimus filium & seruum non credi velle ea quæ faciant vt patris vel domini imperio obsequãtur,Vt intelligamus dignos eos esse venia etiam si quid illicitè fecerint, propter quod alioqui vel infamia notari deberent,vel pœna aliqua,aut actione teneri, quoniã parẽre iis necesse fuit *l.non videntur* 67.*§.*1. *l.in damnũ dat.*169.*De reg.iur.l.liberorum* 11.*§.vlt.cum l.seqq. D. de his qui notant.infam.l. liber homo* 37.*D.ad legem Aquil.* Excipienda tamen sunt ea quæ habent in se atrocitatem sceleris & facinoris, Nec enim in iis patri filius obtemperare debet, at ne quidem domino seruus *l. is qui in puteum* 11. *§.an ignoscitur D. quod vi aut clam leg. seruus non in omnibus* 20.D.*obligation. & action.*

Faten-

L.placet.79. de acq. hered.

L.4. De regul. iur.

Fatendum tamen est posse dici quodammodo eũm fieri liberum qui eximitur & liberatur patria potestate *l. si filius* 8.D. *de probat.l. vnic.* C. *de ingrat. liber.*

PRINCIPIVM III.

Definitio seruitutis.

*SErvitus est constitutio iuris gentiũ, qua quis dominio alieno cõtra naturam subiicitur l.*4.§.1.D. *de stat.homin.l.*4.*&* 5.*De iust.& iur.* Dicitur cõstitutio iuris gentium quia nõ potest esse ex iure naturali, cùm natura homines omnes liberi nascantur, neque ex iure ciuili, cùm ius ciuile seruos non agnoscat nisi hactenus vt eos pro nullis habeat, quemadmodum à nobis disputatum est in superioribus. Nec quòd seruus quis fieri potest etiam iure ciuili, puta si ad precium participandum se venũdari passus sit ad rem facit: Etsi enim modus hic seruitutis constituendæ est ex iure ciuili, seruitus tamen ipsa non eo minùs est ex iure gẽtium, quia nec aliud facit hìc ius ciuile nisi vt qui se tãquam si iure gentium seruus esset venundari passus est dolo malo vt deciperet emptorem, non impune ferat, nec possit implorare auxilium legis prohibentis liberi hominis venditionem, Vt diximus ad Princip.1. *vers. concludamus in fin.sup.hoc tit.ex l.*4.*D.quib.ad liber. proclam. non licet.* Dicitur *dominio alieno*, quoniam seruus non potest intelligi nisi ex cõparatione domini. Neque enim sibi ipsi seruire quis potest, imò nec cuiquam res sua *l. in re communi* 26. D. *de seruit.vrban.prad.* nec prædiũ vllum sibi ipsi *l. cùm essent* 33.§.1.D. *de seruit.rustic.prad.* Vnde etiam est quod membrorum suorum dominus nemo esse intelligitur *l. liber homo* 13, *in princip.* D. *ad leg. Aquil.* Nam inter dominum & seruum necesse est realem, & vt ita dicam identitatem esse distinctionem. Inducunt etiam verba ista differentiam manifestam inter filiumfamilias & seruum. Filiusfamilias enim alienæ quidem potestati subiicitur, sed non alieno dominio, cùm ob eam causam suus heres dicatur, id est suus dominus (*heredem* enim pro domino veteres dicebant, vt iam sæpius monuimus §. *vlt. Inst. de hered.qualit.& differ.*) quasi qui in proprio sui ipsius dominio sit non in alieno. Quid? inquies, An non potest seruus quis esse etiam nullius? Finge seruum hereditarium *l.*3.D. *de pecu.* Illud enim rebus omnibus hereditariis commune est vt ante aditam hereditatem in nullius bonis esse intelligantur *l.*1.D. *de rer.diui.* Sed id ita accipiendum est, vt reuera sint nullius, quia neque vllius est qui iã mortuus est, neq; adhuc dominus esse potest qui nõdũ heres est: hereditas autẽ licèt defuncti personã repræsentet, non tamẽ tale quid est quod re ipsa subsistat sed tãtùm iuris fictione cùm sit nomen iuris *l. hereditas* 50. D. *de petit. hered.l.*3.§.1.D. *de bonor.poss.* Cæterum fictione iuris inducto nomine & iure hereditatis quæ defuncti personam repræsentet, ob eas rationes quas attulimus ad Princip.5. *illat.*3 *sup. tit. prox.* nõ potest dici nullius esse seruum qui sit hereditatis. Vnde fit, vt ex persona domini defũcti possit instituí *linõ minùs* 31.§.1.D. *hered.instit.* Cúmque eo tẽpore quo hereditas esse desinit id est ex instãti secutę additionis succedat alia iuris fictio quę facit vt hereditas

*L.*4.*D quib. ad liber. proclam. non licet.*

L. in re comm. 26. D. de seruit.vrb prę. L. cùm essent 33.§.1. rustic. prad.

L. vt puto 31.§.1. D. de hered.instit.

quandocunque adita iam inde ab instanti mortis adita esse intelligatur *l. heres quandocunque* 54. *De acq. hered.* eáque retrofictio aditæ hereditatis secũ trahat cætera omnia quæ pendent ab aditione *l. omnia* 193. *De reg. iur.* apparet nullum instans dari posse quo videatur nullius fuisse seruus quandiu fuit hereditarius. Adeo autem impossibile est, vt qui seruus est, nullius sit, vt nec libertus quisquam dici possit quin alicuius libertus sit. Sunt enim ista etiam *libertus, & patronus* correlatiua, sicut & illa *seruus & dominus*. Dices imò verò eum qui domini sui testamento manumissus est nullius libertum esse, quia cùm libertatẽ accipiat à defuncto qui iam nullus est, & accipiat eo tempore quo iam sit ille mortuus (nõ enim valent testamẽtariæ manumissiones nisi per legẽ duodecim tabularum ex qua parte confirmat supremas defunctorum voluntates, vt Vlp. in Titulis scribit *Tit.* 1. non potest dici libertus heredis à quo nihil acceperit. Ergo vel nullius libertus est, vel quod idem est, solius defuncti. Nam & defunctus nullus est. Sicut & qui domini necem detexit De quo *in l. 4. in princip.* De D. *de bon. bon. libert.* nullius libertus esse dicitur. Fit enim liber ex senatusconsulto *d. l. 4.* aut à prætore *l. æris alieni* 39. *D. ad l. falcid.* Respondeo imò verò esse libertum eius cuius fuit seruus *l. 3. §. qui necem* D. *de suis & legit.* Ergo defuncti, Et quia defunctus reuera nullus est, placuit dici eum libertum orcinũ *l. 3. §. planè si forte* D. *de legit. tutor. l. qui ob necem* 5. D. *qui sin. manum. ad libert. peruen.* aut familiæ defuncti, vt loquitur Papin. in *l. si socius* 48. D. *de testam. manumiss.* Non alia ratione quàm quia defuncti libertus est, vt probatur non ineleganter ex *l. pen. in princ. De iur. patron.* vbi Thryphoninus scribit si filius patris necem inquisitu querit quam seruus detexit, qui ideò meruit libertatem, non esse habendum filium pro patroni filio, quia indignus est. Non ait *non esse habendum pro patrono filium*, quia nec si patris mortem vindicasset patronus tamẽ dici posset qui libertatem non dedisset, sed *non esse habendum pro patroni filio*. Ita inuenis è cõtrario habendum fore illum pro filio patroni, si patris mortem vindicasset. Atqui nec illo etiam casu haberi posset pro filio patroni, si pater ipse patronus non esset. Quamquam vt ad propositum redeamus multò facilius est, vt libertus aliquis sit sine patrono, quàm vt seruus sine domino. Libertus enim dicitur habito respectu ad id non quod nũc est, sed quod antè fuit, scilicet quia fuit anteà seruus, & talis esse desiit. Seruus autem dicitur habito respectu ad præsentem statum, quia dominum habet. Itaque fieri non potest, vt quo instanti quis seruus est, eodem instanti non sit alius dominus. At nihil prohibet, liberũ quẽ fieri eo tempore quo dominus amplius nullus est, vt in exemplis illis quæ attulimus De manumissis testamento vel à prætore ex senatusconsulto ob necẽ domini detectam. Vtroque enim casu qui fuit dominus quandiu vixit, dominus mãsit, nec cœpit libertas competere nisi post mortem, quo tempore desiit iam vtique dominus esse, qui desiit esse homo: nec eo magis potuit incipere fieri patronus desinens esse dominus, cùm qui mortuus est non magis patronus fieri possit quàm dominus, licèt eo demum instãti quo iam mortuus sit dominus, incipiat libertus fieri is qui seruus fuit, quia nec priùs liber est, nec rursum priùs libertus quàm liber. Vnde nec nouum, quanquam perrarum est vt quis sui ipsius libertus intelligatur, quemadmodum in specie *l. vnic. § illud etiam* 8. *C. de latin. libert. toll.* At vt quis sui ipsius seruus sit aut esse intelligatur nullo vnquã casu euenit. Rectè igitur in seruitutis definitione adiecta sunt verba illa *domínio alieno*. Sequitur *contra naturã* nõ quasi aliquo casu fieri possit, vt quis

L. 4. in prin. D. de bon. bon. libert.

L. 3. §. qui necem De suis & legit.

L. 3. §. planè si fortè de legit. tutor. l. qui ob necẽ 5. D. qui sine manumiss. ad libert. peruen.

L. si socius 48. D. de manum. testam.

L. pen. in princip. De iur. patron.

L. vnic. § illud etiã. 8. C. de latin. libert. tolléd.

quis alieno dominio ſecundum naturam ſubiiciatur, ſed quia ſemper & omnimodo contra naturam eſt vt homo ſubiectus ſit dominio alieno, cùm natura omnes homines æquales naſci, viuere, & mori voluerit. *l. quod attinet* 32. *De regul.iur.* Non tamen omnis ſubiectio eſt contra naturam, ſed illa tantùm quæ ad dominij cauſam pertinet. Alioqui vt filius parentibus, & ciuis quilibet magiſtratui & legibus ſubiectus ſit, vt ideo parêre habeat neceſſe ſecundum naturam eſt non contra naturam *l.2. De iuſt.& iur. l. 1. & 2. D.de legib. l. non videntur* 67. *§.1. l.* 199. *De regul.iur.l.3.verſ.ſed vim D.quod met.cauſ.* Eſt etiam ſubiectio quædam quæ neque ex natura eſt, neque contra naturam, ſed præter naturam, vt cùm quis alienæ poteſtati ſiue per adoptionem, ſiue per adrogationem ſubiicitur *Tit. de Adopt.* Aliud enim eſt fieri quid præter naturam, aliud contra naturam, ſicut & aliud fieri quid præter leges, aliud contra leges. Prætor nihil potuit facere contra leges *l.iuris gentium* 7. *§.ait prætor De pact.* Præter leges multa fecit & facere pro ſuo iure potuit *l.nec non* 28. *§. quoad eius* D. *ex quib.cauſ.maior.*

Subiectio alia ſecundùm naturam, Alia contra naturam, Alia præter naturam.

Fauor libertatis ex odio ſeruitutis, Et odium ſeruitutis ex fauore libertatis.

AD hoc Principium referri poſſunt ex omnes ferè illationes quas ad Principium proximè præcedens accommodauimus. Quandoquidem libertas & ſeruitus adeò ſunt correlatiua, vt neque alia ratione fauorabilis ſit libertas quàm propter odium ſeruitutis, neque odioſa ſeruitus quàm propter fauorem libertatis.

ILLATIO I.

De ſeruis fugitiuis.

EX hoc Principio illud etiam fit vt ſeruus fugitiuus ſui furtum facere intelligatur, tanquam qui dominio alieno ita ſubiectus ſit vt etiam à domino ſuo poſſideatur *l.3.§.ſi ſeruus §.Nerua filius* D. *de acquir. poſſ.* ideóque dicitur interdum eſſe ſub poſſeſsione domini ſui, hoc ſenſu, quòd ſit ſub eius poteſtate *l.apud antiquos* 21. *verſ.tunc autem C.de furt.& ſerv.corrupt.* Eáq; res facit vt libertatem vſucapere non poſsit *l.1. C. de ſeru fugit.* vbi ratio reddi tur *ne ſeruorum fuga dominis ſuis ex quacũque cauſa fiat damnoſa.* Etſi enim potuit illa etiam ratio reddi quòd non procedat vſucapio ſine bona fide *l.ſi aliena* 10. *& paſſ. D.de vſucap.* fuga verò vſque adeò impediat bonam fidem vt etiam qui ſcit ſe liberum ſi pro fugitiuo agat hoc ipſo quod in fuga eſt pro ſeruo agat *l. quod autem* 10. *D. de liber.cauſ.l.1. C.de long. temp.præſcr. quæ pro lib.* Itẽ quòd rei furtiuæ vſucapio prohibita ſit lege 12.tab. & lege Attinia *l.nõ ſolum* 33. *in prin.de vſuca. §. furtiua infr. ill.tit.* furtum autem nihil aliud ſit quàm interuerſio poſſeſsionis, vt ex Iac. Cuiacio diximus ad Princip. §. illat. 3. ſup. tit. prox. aut potiùs ex Vlp. & Scæuola *in l.1. §. Scæuola ſi is qui teſt. lib. eſſ. inſs.* tamen hæc quoque ratio recta eſt quod ſerui fuga domino damnoſa eſſe nõ debeat, neque enim ſeruo libera facultas eſſe debet conſtituendi de alieni domini iure quod nec libero homini liceret *l. in bello* 12. *§. inimmittendo De capt. & poſtlim.* Nam & inde fit vt ſeruus deteriore condicione poſsideatur quàm cæteræ res mobiles. Ille ſiquidem omnes quatenus ſub cuſtodia noſtra ſunt hactenus poſsidẽtur, id eſt quatenus ſi velimus naturalem earũ poſſeſsionẽ nanciſci poſsumus, nec diſtinguimus, an ab alio iam poſsideantur,

l.apud antiquos 21. ver. tunc autem C.de furt. l.1. C. de ſeruis fugit.

necne. Homo autem etiamsi fugerit ita vt nec adprehendi nec inueniri possit, non eo minùs tamen à nobis possidetur, Ne alioqui in eius potestate sit facere quoties & quando voluerit vt à nobis possideatur aut non, vt ex Nerua filio Paulus eleganter tractat *in d.l.3.§. Nerua filius de acq. poss.* qui locus notandus est vt appareat seruos non tantùm quadrupedibus comparari *l.2. D.ad leg Aquil.* sed & peioris interdum condicionis esse quàm sint quadrupedes etiam captæ, & in potestatem nostram redactæ, quia quo liberius habet à natura arbitrium, eo durius vinculo seruitutis constrictus gendus fuit, aut potiùs quia solus homo liberum arbitrium habet, bruta verò animantia nullum: quomodo & seruo nostro qui ab hostibus captus fuerat reuerso in ciuitatem, non distinguimus quomodo in libero homine distingueretur an habuerit animum redeundi ad hostes, sed omnimodo eum recipimus iure postliminij *d.l.12.§.manumittendo De capt. & postl.* Sed & quod magis est per seruum etiam qui in fuga sit posse nos possidere vtilitatis causa receptum est, ex eáque causa & impleri vsucapionem & publicianam competere, licèt summo iure aliud esse videatur, *l.1.§.per seruum qui in fuga D. de acquir. poss.* iunct. *§.hæc quæ de seruis eius d.leg.l.25.§.vlt. D.de liber.caus. & l.si seruus meus 15. D.de public.. in rem act.* quoniam alioquin fuga serui domino noceret. *l.eã quæ 21. C.de liber.caus.* Inde etiam est quod ex furto quod seruus fecerit domino non tenetur post manumissionem *l. vlt. C.an seruus pro suo fact. post manu. teneat. l.1. C.de noxal. act.* ex eo autẽ quod alij quàm domino fecerit, tenetur, quia noxa caput sequitur. *l.licet 4. C.an ser. pro suo fact.* Priore namque casu neque dominium, neque possessio eripitur domino quod posteriore casu diuersum est. Quod autem generaliùs & æquè verè dici potest, seruum nunquam posse deteriorem facere domini sui condicionem, meliorẽ verò posse illo etiam inuito *l.melior 133. De reg.iur.* iunct. *l.etiam 32. De acq.rer.dom. l.seruus vetante. 62. D.de verb.oblig.* ad hoc principium referri non potest. Idẽ enim obtinet etiam in filijsfamilias, & in quolibet alio homine libero *l. in persona 30. D.de pact. l.soluendo 39. De negot.gest. l.seruitutes 20.§.penult. De seruit.vrb.prad.* pendétque ex Principio illo iuris naturalis, quo & honestè viuere iubetur quisque & alium lædere prohibetur.

.3.§.Nerua filius de acquir.poss.

l.vlt.C.an seruus pro suo fact. l.1. C.de noxal. action.

ILLAT. II.

Seruum neque bona, neque successores habere posse.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt seruus bona nulla habere possit *l. recte Labeo 13. D.ex quib. caus. maior. l paterfamilias 182. De verb. significa.* nec proinde successores *l.4. C.commun. de succes. l.lex Cornelia 28. ad fin. vers. quia non efficitur D.de vulg. & pupill. substi.* Quomodo enim dominus esse possit is, qui ipse in alieno sit dominio? *l.sic enemet 21. D.ad leg. Iul. de adult.* Nec tantùm si ius ciuile inspicias, ex quo seruus pro nullo habetur *l. quod attinet 32. De reg. iur.* neque caput vllum habere intelligitur *l.3.§.vlt. D. de capit. minut.* sed etiam si ius gentium, quia illo etiam iure implicat contradictionem vt cuiusquam rei dominus sit qui alterius est seruus. *§.item vobis 3. infr. per quas pers. cuique acquir.* In quo differt potissimum filiusfamilias à seruo. Etsi enim perinde filiusfamilias omnia patri acquirit in cuius similiter est potestate, tàmen non ideo est incapax habendi bona, iure gentium, cùm eius incapacitas si qua sit, tota proficiscatur ex iure patriæ potestatis quæ ipsa est iuris ciui-

De differentia filiusfamilias & serui in acquirendo.

lis

lis Tit. De patr. potest. infr. sicut & ipsum familiæ nomen, quod filium familias distinguit ab emancipato *l. pronunciatio* 195. *§. 1. de verb. signif.* Vnde est quod emancipatus licèt sit filius, sibi tamen acquirit etiam a patre *l.* 2. *C. de inoff. donat. l. si emancipati* 9. *C. de collat.* Imò nec iure ciuili vsq; adeò est incapax ti liusfamilias vt non possit sibi acquirere nolente patre sibi acquiri, Vt probauimus *lib.* 7. *Conect. ex l. cogi* 16. *§. si pater filio* D. *ad SC. Treb. l. is qui heres* 13. *§. vlt. De acq. her.* nec eo casu locum habet quod vulgo iactatur, Per filiũfamilias acquiri patri *d. §. ité vobis per quas pers.* Q o respexisse videtur Vlp. in *l placet* 79. *De acq. her. ed.* cum ait quotics adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud, ei in cuius potestate est confestim acquiri, ità vt neque momento vno subsistat acquisitio in persona illius per quem acquiritur. *l. si à pluribus* 107. *§. 1. De leg. 1.* Non ait semper acquiri nobis per eos quos in potestate habemus, sed *quotes acquiritur* vt intelligamus, *non semper igitur acquiri.* Quare & iure ciuili capax est filiusfamilias peculij castrensis & quasi castrensis ex constitutionibus, quia quamuis non eo minùs maneat filiusfamilias (neq; enim militia liberat eum à patria potestate *§. filiusfamilias inf. quibus mod. ius patr. potest. solut.*) tamen in eo peculio pro patrefamilias habetur *l.* 2. *D. de SC. Maced.* Quemadmodum & hodie capax est peculij aduentitij ex Iustiniani cõstitutionibus solo vsufructu patri acquirendo *l. cum oportet* 6. *& l. vlt. C. de bon. quæ libe.* At vt seruus vllo casu sit capax acquisitionis nulla vnquam ciuili constitutione factum est, nec fieri potuit, quia quod alieno non solùm iuri vt filiusfamilias sed etiam dominio subiectus sit, ex iure gentium est, non ex ciuili. Nec proinde mirum est quod vsucapere non possit *l. qui in seruitute* 118. *De reg. iur.* non solùm quòd cum ipse possideatur, possidere nihil possit vt eadem lex ait: nulla autem sine possessione sit vsucapio *l. sine possessione* 25. *D. de vsucap.* sed etiam quia vsucapio nihil aliud est quàm adeptio aut vt alij legunt, adiectio dominij *l.* 3. *eod.* Adde quòd nec aliam ob causam introducta est vsucapio quàm ne rerũ dominia semper sint in incerto *l.* 1. *eod.* certum autẽ est seruum nec esse nec fieri dominum vllius rei vnquam posse. Itaque licèt vsucapio sit merè iuris ciuilis quod seruos nõ agnoscit, fatendum tamen est non minùs gentium quàm ciuili iure esse eam seruis interdictam *arg. l. ne cum filiofamilias* 16. *De furt.* de cuius sententia scripsimus ad Princip. *prox. illat.* 14. Non dissimiliter puto dici posse seruum neque stipulando, neq; alio contractus genere posse quempiam siue ciuili siue gentiũ iure sibi obligare aut actionem acquirere, sed domino ex cuius persona duntaxat & stipulari & acquirere ei concessum est *Tit De stipul. seruor. in princip. l.* 1. *& tot. tit. D. eod.* Cum enim omnes obligationes in id comparatæ sint vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri de verb. oblig.* quid potest interesse serui, qui bona nulla habere potest? Interest siquidem eius demum qui vel lucrum amittit, vel damnum sentit *l. si commissa* 13. *D. rat. rem haber.* Inde etiam est quod nec seruus Principis vicarium suum manumittere potest siue per se siue per interpositam personã *l.* 2. *C. qui manum. non poss. l. nulla* 19. *D. qui & à quib. manu. non poss.* quia seruos dũtaxat nostros manumittere possumus nõ alienos. *l. si seruo* 20. *eod. cũ l. seqq.* Imò ne nostros quidẽ in id tẽpus, quo futuri sunt alieni *l. Stichus* 39. *D. de manu. test. l. seruo.* 9. *C. eod.* Etsi enim seruus ordinarius dicitur dominus sui vicarii quẽ scilicet in suo peculio habet *l. si seruus* D. *de pecul.* (quę erat dubitã i ratio *ad d. l.* 2. iũcto eo q seruus Principis eo priuilegio dignior videbatur *arg. Nou. Leon.* 38. quę dedit ei as testamenti factionẽ) id tamẽ minus proprie dictum vi

l. placet 79. *De acq. her.*

l. 2 D. ad SC Maced. l. cum oportet 6. *& l. vlt. C. de bon. quæ liber.*

l. qui in seruitute 118. *De reg. iur.*

Tit. de stipulat. seruor.

Seruus ordinarij, quodammodo dominus est vicary sui, nec tamen potest eum manumittere, nec si sit vicarius Principis. l. 2. C. qui manumitt. non poss. l. nulla 19. *D. qui & a quib. manu.*

deri debet, Habito ſcilicet reſpectu ad id quod ipſum peculium ſerui etiam quaſi patrimonium appellatur *l.hinc quæritur* 19.§.1.*verſic. & Marcellus l.peculium & ex eo* 39.*eod.*. Vt ſcilicet quod patrimonium eſſet hominis liberi id peculium ſerui dicatur, quomodo loquitur Paulus *in l.quoties* 47. §.*vlt.eod.*Eſt enim peculij nomen ciuile patrimonij naturale vt tractat Cuiac. 8.ad Africanum *in l.depoſui* 38.§.*Stichus eod* nihilque aliud eſt peculium quàm puſilla pecunia prælidij cauſa ſepoſita *l.ſi chorus* 79.§.1.*De legat.* 3. *l.* 5. §.*peculium D.de pecul.* Cæterum eſſe quem vicarium ſerui nihil aliud eſt in effectu quàm eſſe conſeruum ſed peculiarem, Et quod Martialis quodam loco ſcribit, *Eſſe ſat eſt ſeruum, iam nolo vicarius eſſe*, non ita accipiendum eſt quaſi vicarius ſit magis ſeruus quàm ordinarius (ſeruorum enim hac parte nulla eſt differentia *l.*5.*De ſtat.hom.*licèt eorum variæ ſint functiones *l.ſed ſi quid* 15.§.1. D. *de vſufr.l.vlt.* §.*vlt.De edilit. edict.*) ſed quia ordinarius habet adminiſtrationem vicarij vt & cæterarum rerum quas in ſuo peculio habet & ex quibus etiam domino donare poteſt *l.ſi liber* 9.*C.de cond.ob cauſ.dator.*Vnde Seneca *lib.*7.*de benefic.*Nunquid dubium eſt quin ſeruus cũ peculio domini ſit? Dat tamen domino ſuo munus:verum ad communis domini non ad propriam ſuam vtilitatem, ideóque & nuda domini voluntate deſinit eſſe peculium *l.non ſtatim* 8.*l peculium naſcitur* 40.*in fin. D.de pecul.* Adeò autem ſeruus eſt in dominio ſui domini, vt ſi ſeruus conſentiente domino bona ipſius omnia pignori dederit, ipſe quoque pignoris iure obligetur *l.Paulus reſpondit* 29.§.*vlt.*D.*de pignor.*quamuis dici ſolcat in generali ſermone intelligi exceptam perſonam loquentis *l.ſi mercedem* 53. §. *vlt. De act empt.l.inquiſitio* 18.*C de ſolut.*Item vt quamuis ſibi ſtipulari nequeat, ſi tamen communis ſeruus ſit, ſeipſum ſtipulari alteri ex dominis poſsit, non vt ſe domino acquirat, cuius magis fieri ſeruus non poteſt, ſed vt de ſe obligationem *l.*2.D.*de ſtipul.ſeruor.*Denique nec dominus ipſe ſeruo ſuo quicquã legare poteſt ſine libertate *l.ſernus* 76.*in fin.de her.inſt.*extra cauſam alimentorum quę ſcilicet ad naturam vitámq; pertinent *l.ſeruos* 17.*De alim.leg.*Cõniuentibus tamen oculis & de vrbanitate ijs præſtari ab herede quæ dominus legauerit etiam ſine libertate voluit Iuſtin.inuita iuriſprudentia *in l.*5. §. *illo videlicet C.de neceſſ.ſer.her.inſt.*quemadmodum & eadem conniuentia facere eos teſtamenta dixit Plinius *lib.*8.*epiſt.*16.

Peculij nomen ciuile eſt, Patrimonij naturale.

l.Paulus reſpondit 29. §.vlt.D. de pignor.

l.2.D. de ſtipul. ſeruor.

l.5.§.illo videlicet C.de neceſſ.ſer. hered.inſti.

ILLATIO III.

Neminem ex pacto poſſe fieri de libero ſeruum.

TErtiò ex eodẽ Principio fit vt nec volens quis ex libero poſsit fieri ſeruus *l.nec ſi volens* 6.*l.*9.*C.de liber.cauſ.*Serui enim naſcuntur ratione certa, non confeſsione conſtituũtur inquit *l.parentes* 22.*l.liberos* 39.*eod.* Imò nec per pactũ *l. poſt certi* 36 *eod.*tanquã quod ſit contra naturã.Nã ſi ea pacta nõ valent, quæ ſunt contra leges aut contra bonos mores, quanto minùs valebunt ea quæ ſunt contra naturam.Dices neque ex pacto inter ſeruum & dominum inito poſſe quem ex ſeruo fieri liberum *d.l.poſt certi.* Reſpondeo id fieri quia ex tali pacto inter dominum & eum qui iam ſeruus ſit inito nullam obligationem naſci poſſe certum eſt, quæ ſanè naſceretur inter liberos homines paciſcentes de irroganda ſeruitute ſi non odium ſeruitutis obſtaret.

l.nec ſi volens 6. & l. 9.C.de liber cauſ.l. parẽtes 22.l.liberos 39.l. poſt certi 36.eod.

obſtaret. Pacti verò appellationem hic generaliter accipio, vt etiam ſtipulationem & aliam quamlibet conuentionis ſpeciem comprehendat, etiã trãſactionem de qua *in l. tranſactione matris* 26. *C. de tranſact.* Etſi enim loquitur lex illa de tranſactione per matrẽ non per filios ipſos facta, quo caſu obſtat tranſactioni illa etiam iuris regula quæ non patitur rem inter alios actam alijs nocere *l. 1. & tot. tit. C. res int. alios act.* Non aliud tamen eſt ſi à filijs ipſis tranſactio facta proponatur *d. l. nec ſi volens.* Libertas enim in hominum cõmercio non eſt *l. 1. §. ſi id quod dari D. de obligat. & action.* cùm ſit res inæſtimabilis *l. libertas inæſtimabilis* 106. *De reg iur.* Nec quod placuit etiam liberi hominis venditionem inter ignorãtes valere *l. 4. l. liberi hominis* 70. *De contr. empt. ad rem facit.* Hactenus enim valere dicitur, non vt tenear, ſed vt obligatio de euictione contrahatur *l. 4. verſ. reſpondit D. quib. ad libert proclam. nõ licet.* Non alia ratione, quàm quia difficile poteſt dignoſci liber homo à ſeruo. *l. 5. de contr. empt.* Quæ eadem ratio facit vt qui neſciens loca ſacra vel religioſa, vel publica pro priuatis comparauit habeat actionem ex empto in id quod ſua interfuit non decipi, quamuis emptio non teneat *l. qui officij* 62. *§. 1. eod.* Nec eſt contrarium quod ſæpius iam diximus, eum qui ſe paſſus eſt venundari ad participandum precium hoc ipſo fieri ſeruum. Non enim propter venditionem ipſam fit ſeruus, ſed ex poteſtate legis, & iuris ciuilis dolum ipſius hac pœna coercentis *d. l. 4. quib. ad libert. procl. non lic.* ob idque iure ciuili dicitur ſeruus fieri *l. 5. §. 1. De ſtat. homin.* non autem ex iure gentium: quod vtiq; dicendum eſſet ſi ſeruus fieret per venditionem, quæ ipſa iuris gẽtium eſt *l. 5. De iuſt. & iur. l. 7. D. de pact.* Quare nec ſufficit quod paſſus ſit ſe vendi etiam dolo malo, niſi illud etiam concurrat quòd paſſus ſit ſe venundari ad precium participandum, in quo dolus inſignior verſatur. Sicut è cõtrario dominus qui paſſus eſt dari ſibi pecuniam à ſeruo pro libertate quam ei pacto promiſerit, licèt obligari non poſsit ex pacto, hortandus tamen eſt à magiſtratu ſalua reuerentia placito ſtare, ſcilicet fauore libertatis vt ait *d. l. ſi liber. 9. C. de cond. ob. cauſ. dat.* quod diuerſum eſſet ſi pactum nudum, id eſt ſine pecunia interueniſſet *d. l. poſt certi* 36. *C. de liber. cauſ.* iunct. *l. cum adfirmes* 8. *eod.*

l. tranſactione matris 26. C. de tranſact.

l. 1. §. ſi id quod dari D. de oblig. & action. l. 4. l. liberi hominis 70 D. de contr. empt. l. 4. v. reſpondit D. quib. ad libert procl. non licet. l. qui officij 62. §. 1. D. de contr. empt. l. 5. §. 1. D. de ſtat. homin.

l. ſi liber C. de condict. ob cauſ. dat.

ILLAT. IV.

Eum qui ſtatus controuerſiam patitur interim pro libero haberi.

QVartò ex eodem Principio fit, vt pendente quæſtione ſtatus & lite ordinata, is de cuius libertate quæritur in poſſeſſione libertatis conſtituatur & interim pro liberis habeatur *l. lite ordinata* 14. *C. de liber cauſ. l. ordinata* 24. *& l. ſeq. §. vlt. D. eod. l. 1. C. qui dar. tutor.* Vnde tã celebris illa iniquitas Appij Claudij à Põponio relata *in l. 2. §. & cùm placuiſſet* 24. *De orig. iur.* quod vindicias quæ ex legibus duodecim tabularum pro libertate dici debuerant, cõtra libertatem dixiſſet. Nam cùm libertas ſit naturalis, ſeruitus autem contra naturam, quis miretur præſumi pro libertate illius de cuius ſtatu litigatur? Ideóque dicitur cauſa liberalis *Tot. tit. de liber. cauſ. D. &* C. id eſt de libertate non autem de ſeruitute. Quò etiãpertinet quod cauſa ſtatus vulgo appellatur *Tit. vbi cauſ. ſtat. agi debeat.* Statum enim non habet, qui pro ſeruo, ſed is demum qui pro libero habetur *l. 4. D. de capit. minut.* Sed tamen cum

l. lite ordinata 14. C. de liber. cauſ. l. ordinata 24. & l. ſeq. §. vlt. D. eod. l. 1 C. qui dar. tutor. l. 2. §. & cùm placuiſſet 24. De orig. iur.

aliquo temperamento id accipiendum est. Quid enim si seruus quem possidebam pro libero se gerat vt fecit Spartacus, & iudicium liberale pati paratus sit? An eò minus videbitur à me possideri, quòd se mihi præparet aduersarium? Minimè verò, sed ita demum si diu, id est saltem per biennium *arg. l.2.C.de omn.agro desert.li.*11.*ti.*58. steterit in possessione libertatis. Alioqui nihilominus in mea possessione est, & animo eũ possideo donec liber fuerit, pronunciatus *l.3.§.si seruus quem possidebam de acquir. poss.* ne proprius serui dolus quicquam iuris mihi auferat *l.vlt. C.de acquir. possess. l.ea quæ* 21. *C. de lib. caus.* Vnusquisq; enim pendente lite in eo statu retinetur, in quo reperitur *l.moueor* 4.*C.si seruu.exp.ven.* Sanè domini forum sequi debet seruus qui proclamat in libertatem *l.*4.*C.vbi caus.stat.agi deb.* Secus si quis contra eum agat qui sit in possessione libertatis *l.3.eod.*

l.3.§.si seruus quem possidebam D.de acquir.poss l. ea quæ 21. C. de liber. caus l.moueor C.si seruus export. ven. l.3.& 4. C. vbi caus. stat.agit. deb.

ILLAT. V.

De omnibus generaliter quæ de iure dominorum in seruos, & de obseruantia seruorum erga dominos constituta sunt.

QVintò & generaliter ad hoc Principium referenda sunt omnia quæcunque in libris nostris scripta sunt tam de iure dominorũ in seruos, quàm è contrario de reuerentia & obseruantia seruorum erga dominos. Omnia enim pendent ex eo quòd seruus ex constitutione ista iuris gentium licèt cõtra naturam alieno iuri sit subiectus, Iuri inquam, id est dominio. Non enim potestas illa tanta dominorum in seruos aliunde proficiscitur quàm ex iure illo dominij, vnde & dominica appellatur, ad differentiam patriæ potestatis, quæ licet non à solo patris nomine, id est à sola natura proficiscatur, sed ex iure ciuili, vt diximus, tamen nascitur ex nomine *patrisfamilias*, quod est nomen ciuile, & cui opponitur tanquam correlatiuum nomen filijfamilias ad differentiam emancipati, qui licèt filius sit, tamen filiusfamilias quòd extra familiam sit dici non potest *l.in suis* 11. *De lib. & posth.*

HÆc quæ de seruis hucusque diximus, non solùm conducunt ad innumeras leges quæ de seruis loquuntur, intelligendas, tametsi à Christiana republica seruitutes omnes iam pridẽ explosæ sint, sed etiam ad dirimendas pleraſque quæstiones quæ passim occurrunt circa id genus hominum qui talliabiles & manusmortuæ vulgo appellantur, quales in Gallia potissimum & Sabaudia sunt plerique. Vulgo enim pragmatici nostri eos seruis æquiparant, ijsque iura quæ de seruis loquuntur, si non omnia, omnino saltem ex maiori parte accommodant. Quod tamen an benè & accommodatè faciant, dicemus latiùs ad *Tit.de libertinis. Princip.*2.*illat.*7.

PRINCIPIVM IV.

De distinctione seruorum.

SErui omnes aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris, Fiunt verò aut iure gentium, id est ex captiuitate, aut iure ciuili cum liber homo maior annis

Digitized by Google

nis viginti ad precium participandum ſeſe venundari paſſus eſt §. ſerui autem hoc tit. l. 5. §. 1. vnde hic quoque locus ſumptus eſt *D. de ſtat. homin.* Eſt enim hæc ſumma diuiſio ſeruorũ vt aut naſcantur aut fiant. Nec ſeruorũ tãtũ, ſed cæterarum etiã rerũ omniũ quotquotà Deo Opt. Max. in cœlo vel ſubcœlo ſunt. Quicquid enim ita eſt vt qualiter ſe habeat, quomodo loquitur Celſus *in l. quid aliud 86. De verb. ſignif.* id tale vel natũ vel factũ eſſe neceſſe eſt, Mediũ tertium, nihil. Neque pugnat quod proximo Principio diximus ſeruitutes omnes eſſe contra naturam. Id enim accipiendum eſt de conſtitutione illa iurisgentium, quæ ſeruitutes omnes introduxit. Cæterùm introductis iure gentium, ſeruitutibus licèt contra naturam, quia natura omnes homines liberos & æquales parit, nihil prohibet, quin etiam naturaliter ſeruus naſcatur qui ex ancilla naſcitur. Nec enim natura ipſa facere poteſt vt hic liber naſcatur qui ancillam matrem habet, niſi in tribus illis caſibus de quibus *in l. 1. §. 1. D. de ſuis & legit. l. cùm inter 14. C. de fideic. libert.* Cúmque dicimus ſecũdum naturam homines omnes naſci liberos, ad id reſpicimus quod eſſet ex iure naturæ ſi ſeruitutes nunquam fuiſſent iure gentium introductæ. Non autem ad id quod nunc facere natura poteſt poſt introductas iure gentium ſeruitutes, vt & cùm dicimus reſtitui quem ſiue ſuis ſiue antiquis natalibus *l. 2. D. de natal. reſt. l. 1. & 2. C. De iur. aur. annul. l. neque 10. l. non epiſtolis 13. C. de pro bat. l. libertina 9. C. de ingen. manum.* Nam & hodiè lex naturæ hæc eſt, vt qui naſcitur ſine legitimo matrimonio matrem ſequatur *l. lex naturæ 24. De ſtat. hom.* Porrò naſcitur ſine legitimo matrimonio quiſquis ex ancilla naſcitur, quia cum ancilla matrimonium contrahere non magis liber homo quàm ſeruus poteſt *l. 3. C. de inceſt. nupt. l. filius 28. §. ſi quis eo tempore de lib. & poſth. Nouel. 22. De nupt. cap. 8. §. quod autem.* Adeò vt lege Papia caueri oportuerit vt omnibus ingenuis præter Senatores eorúmque liberos vxorem etiam libertinam habere liceret *l. lege Papia 23. D. de rit. nupt.* Sicut & illud reſcribi neceſſe fuit, Si liber homo ancillæ alienæ contubernium ſequatur, non idcirco fieri ſeruum domini mulieris, licèt ei fuerit denunciatum vt ab eiuſmodi contubernio ſe abſtineret *l. 3. C. de liber. cauſ.* Matrimonium enim niſi inter liberos dici non poteſt, ſed contubernium. *d. l. 3. l. ancillæ 9. C. commun. de ſucceſſ.* iunct. *l. 1. D. vnd. vir & vxor. l. 3. C. de neceſſ. ſerv. hered. inſtit. l. ſerui 23. cum l. ſeq. C. ad leg. Iul. de adult.* quod nomen adeò vile eſt vt etiã ſerpentum contubernia dixerit Conſtantinus *in l. vnic. C. de his qui parent. vel liber. occid.* Vnde & contubernales non tantùm qui ex eo contubernio nati ſunt, ſed & vxores ſeruæ *l. vxorem 41. §. codicillis & §. concubinæ de legat. 3.* iunct. *l. quæſitum 12. §. vxores 7. & §. contubernales 33. De inſtruct. vel inſtrum. legat.* (licèt alio etiã ſenſu & contubernium & contubernales antiqui dixerint, Contubernium ſcilicet pro decem militibus ſub vno papilione degentibus, & contubernales eos qui ſic degerent *l. 5. §. à bærbaris De re milit. l. rem mihi 21. §. 1.* vbi Gothofr. ex Feſto, Scaligero, & Iſidoro *D. commod.*) Imò & matrimonium iuſtum inter liberos contractum ſubſecuta alterutrius coniugum captiuitate diſſoluitur *d. §. quod autem Nouel. 22. l. in bello 12. §. ſed captiui vxor D. de capt. & poſtlim. l. 1. D. de diuort.* Inde igitur fit, vt quiſquis naſcitur ex ancilla quia naſcitur ſine legitimo matrimonio ſequatur cõdicionẽ matris vel ex ipſa lege naturæ & conſequenter naſcatur ſeruus *d. l. lex naturæ*, alioqui ſe-

l. 5. §. 1. D. de ſtat. homin. ſeruus autem hoc tit.

l. 1 §. 1 D. de ſuis & legi. l. cùm inter 14. C. de fideic. libert.

l lex naturæ 24. D. de ſtat. homin.

l lege Papia 23. D. de rit. nupt. l. 3. C. deliber. cauſ. l. ancilla 9. C. commun. de ſucceſſ.

Contuberny nomen vile.

l. in bello 12. §. ſed captiui vxor D de capt. & poſtlim. l. 1. D. de diuort.

l.cùmlegitimæ 19.D.de ſtat.homin.

queretur condicionem patris tanquam dignioris & nobilioris ſi ex legitimis nuptiis natus eſſet *l.cùm legitimæ* 19.D.*de ſtat.homin.*licèt cõtra putet Donellus & malè *lib.2.Comment.de iur.ciuil.ca.*10.vt & Bart.*ad ſeq.tit.in Inſtit.* Id enim eſt quod ait *l.partum* 7.*C.de rei vindic. Neceſtatum patris in hac ſpecie conſiderari explorati iuris eſt.*Vt intelligamus extra hanc ſpeciem,id eſt cùm legitimæ nuptiæ interceſſerunt ſolius patris ſtatum explorari, non ſolùm tãquam nobilioris,ſed etiã quòd pater ſolus ille ſit ex cuius perſona dignitas & amplitudo familiæ conſeruanda & æſtimanda eſt.Si verò hoc ipſum quæras,Cur matrimonium interuenire neceſſe ſit ad hoc vt filius condicionem matris ſequatur, Altiùs petenda res eſt, & reſpondendum, quoniam qui extra matrimonium naſcitur patrem nullum habet, ne quidem quem natura ipſa agnoſcere & pro patre haberi velit,quomodo ergo fieri poteſt vt ſequatur condicionem patris quem nullum habeat, Aut vt nullo patre exiſtente non ſequatur condicionem matris quæ ſemper certa eſt, tùm etiam cùm filius vulgo quæſitus fuit? *l.quia ſemper* 5.*D de in ius vocand.*iunct.*l.1.§.vlt.* D.*ad municip.* Cur verò nullum habet patrem? An fieri per rerum naturam poteſt, inquies, vt naſcatur quiſquam ſine patre? Reſpondeo ita eſſe, quia pater ille tantùm & demum eſt quem nuptiæ demonſtrant *d.l. quia ſemper* , & quidem iuſtæ id eſt iure ciuili comprobatæ *l.3.&* 4.*l.filium* 6. *De his qui ſunt ſui vel alien.iur.*Ergo nullis interuenientibus iuſtis nuptijs non poteſt eſſe pater qui filium etiam in contubernio aut in concubinatu ſuſceperit. Dices rationem hanc eſſe iuris ciuilis potiùs quàm naturalis, quia vt inter ſeruos non poſsit contrahi iuſtum matrimonium ex iure ciuili eſt quod ſeruos pro nullis habet *l. quod attinet* 32. *De regul.iur.* non ex naturali quo inſpecto omnes homines, vt dixi,& liberi & æquales ſunt *l.4.De inſtit.& iur.* Adeo nec leges noſtras pudeat appellare vxores eas quæ ſint in contubernio ſeruorum, & liberos illos qui ex tali contubernio naſcuntur *l.vlt. C.de ſerv.fugit.d.l.vxorem* 41.*§.codicillis de legat.*3.*d.l.quæſitum* 12.*§.vxores & §.contubernales de inſtruct.& inſtrum.legat.*Ideóque & pater naturalis dicitur qui filium concepit in ſeruitute, & liberi naturales viciſsim qui in ſeruitute concepti ſunt*l.Lucius* 88.*§.Dama & Pãphilo de legat.*2.De quibus etiam accipi debent cæteri omnes Pandectarum loci quotquot de patribus aut liberis naturalibus loquuntur vt *l.Lucius* 45. *de vulg.& pup.ſubſt.l.ex facto* 17.*§.ſi quis rogatus* 1.D.*ad SC. Trebell.l.denique* 8.*de pignor.l.3.D.de liber.cauſ.*Reſpondeo naturaliter quidem non magis fieri poſſe vt quis naſcatur ſine patre quàm vt ſine matre, ſed tamen etiam ex lege naturæ illud eſſe vt qui natus eſt extra iuſtas nuptias non credatur habere patrem, quia quiſnam ille pater ſit, qui re vera aliquis eſt, neq; dici,neque ſciri vllomodo poteſt,non magis quàm ſi nullus eſſet.Fit enim pater in ipſo inſtanti vnico conceptionis,quod inſtãs licèt naturaliter ſit,quando tamen ſit per ipſam quoque rerum naturã prorſus incertum eſt, ſicut & illud incertum, ex cuius ſemine conceptus ſit filius, Paria autem ſunt non eſſe & non apparere *§.ſi aduerſus* 12.*verſ.nã nec hi patrem infr.de nup.l. Areſcuſa* 19.*verſ.vt ordine D.de ſtat.hom. l.ſi eius* 34.*D.ad SC.Trebel.l.ſed & in illo* 18.*D.de reb.dub.*Nec ad rem pertinet quod in figura matrimonij conceptus ſit filius & ex eo patre qui ſi matrimonium contractum eſſet, certus haberetur,vt puta ſi mulier ignorans ſtatum mariti ei nupſerit vt libero qui re vera erat ſeruus,vt *in l.3.C.ſolut.matr.l.ex libera* 6.C.*de*

Parentes & liberi naturales qui dicantur.

§ ſi aduerſus infr.de nupt. l.3.C. ſolut. matr.l ex libera 6.*C. de ſuis & legit.*

ſius

ſuis & legit. Non enim eo minùs incerto patre natus intelligitur, vt hæ ipſæ leges probant: quia pater ſine matrimonio certus nullus eſſe poteſt quamuis non ideo dicendus ſit vulgo quæſitus. Aliud enim eſt eſſe ſpuriũ, aliud vulgò quæſitum, niſi quod ad patriam poteſtatem *§. ſi aduerſus infr. De nupt.* In quo errauit Donellus *lib. 2. Commen. De iur. ciuil. ca. 10.* Omnes vulgo quæſiti ſunt ſpurij, ſed non omnes ſpurij ſunt vulgò quæſiti. Vnde fit vt filius à patre heres inſtitutus ſub ea condicione, Si ſe teſtatoris filiũ eſſe probauerit, ſub impoſsibili cõdicione ſcriptus eſſe intelligatur *l. Lucius Titius 83. De cõd. & demonſtr.* Impoſsibili inquam, non iure ciuili ſecundum quod ſufficit probare nuptias quæ patrem demonſtrent, ſed per naturam, quæ ſcilicet filiationis probationes nullas ſuppeditare poteſt, ſi reiiciatur illa quam ex nuptijs ius ciuile inducit, & quæ præſumptio iuris & de iure vt loquuntur potiùs quàm probatio dicenda eſt. Reijcit autem eam præſumptionem pater & naturalem filiationis probationem exigit, qui filiam à ſe ex iuſtis nuptiis ſuſceptum heredem ſcribit ſub ea condicione, ſi filium ſe probabit. Lex verò naturalis probatio, vt dixi prorſus impoſsibilis eſt. Mirum igitur videri non debet ſi ex ipſa lege naturę filius extra iuſtum matrimonium conceptus matris condicionem ſequatur *d. l. lex natura D. de ſtat. homin.* E contrario filius conceptus in iuſto matrimonio licet ex muliere adultera dicitur filius mariti *l. miles 11. §. defuncto 8. D. ad leg. Iul. de adult.* quia non poteſt eſſe ſine patre, qui patrem ex iuſtis nuptiis demonſtrare poteſt, Niſi in caſibus de quibus *in d. l. filium 6. De his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Cuius tamẽ non ille ſenſus eſt, vt qui abſente marito conceptus, & natus eſt, adulteri filius dici poſsit, ſed ille potiùs, vt non ſit filius mariti quomodo lex loquitur. Quid ergo? Nullum patrẽ habebit qui eũm habere non poterit quem nuptiæ demonſtrant. Eóque pertinet quod Iauolenus ait *in l. vlt. D. de iur. deliber.* filium libertinum, id eſt in ſeruitute conceptum verum filium non eſſe, ideoque nec ſemper filij appellatione contineri. Item quod Iuſtinianus ſcribit *in princip. Nou. 89. quib. mod. natur. effic. ſui*, naturalium nomen ante Conſtantini tempora legibus noſtris fuiſſe incognitum, habitóſque fuiſſe naturales pro alienigenis & peregrinis. Nam qui ſunt ἀνταλωρεις quales ij qui extra matrimonium concepti ſunt *d. §. ſi aduerſus de nup.* eos quoque ἀπόλιδας eſſe neceſſe eſt. Quomodo enim ciuitatem habere poteſt qui non habet patrem? (quamquam interdum id fieri poſſe conſtat ex ſpecie *l. Diui 25. D. de capt. & poſtlim. l. 1. C. eod.* id eſt cùm filius apud hoſtes conceptus & editus redit in ciuitatem cum ſola matre defuncto iam apud hoſtes patre. Id enim fit in neceſſariam conſequentiã poſtliminij matris, quæ non aliter plenum ius habere videretur ſi non liberos ſuos cùm ſeipſa reciperet, vt ait *d. l. 1.* Aut ciuis eſſe qui non ſit homo, aut homo dici qui ſit ſine patre? Igitur nec teſtamenti factionem ſiue actiuam, ſiue paſsiuam habere poteſt, quia lex duodecim tabularum, quæ vtramque induxit, itémque lex Falcidia, quæ liberam illam teſtandi facultatem legibus Iuria & Voconia coarctatam reſtituit, de ſolis ciuibus romanis locuta eſt *l. 1. D. ad leg. Falcid. l. verbis legis 120. De verb. ſignific.* non etiam de peregrinis, quod idcirco conſtat neque teſtamentum facere, neque ex teſtamento capere poſſe *l. 1. §. hi quibus & §. à præfectis de legat. 1. l. 1. C. de hered. inſt.* Vnde etiã eſt quod nec agnatos vllos habent quoniam agnatio nomen iuris eſt *l. tutelas 7. de capit. minut.* & agnati ij ſunt qui per patrem coniunguntur *l. 2. §. agnati*

l. Lucius Titius 83. De condic. & demonſtr.

l. miles 11. §. defuncto 8. D. ad leg. Iul. de adulter.

l. filium 6. D. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.

l. vlt. D. de iur. delib.

De suis & legit. at neque cognatos nisi impropriè & per extensionem *l. vlt. in fin. C. de natur. lib.* quamuis nomẽ cognationis sit naturale *l. 1. vnd. cognat.* Nec proinde auum paternum habere possunt, quia qui sine patre est, is vt sit etiã sine auo paterno necesse est cùm auus nepoti non nisi per mediam patris personam conlungatur *l. pen. de agnosc. lib. l. dotem* 6. *De collat. bon.* Vnde & aui quoque respectu dicũtur degeneres, huiusmodi nepotes, non tantùm qui ipsi extra matrimonium susceptí sunt, sed etiam siue sint naturales & illegitimi ex filio illegitimo siue illegitimi ex legitimo, siue denique quod magis mirum est legitimi ex illegitimo *d. l. vlt. C. de natur. lib.* quæ de omnibus his tribus nepotum generibus apertè loquitur. Quid? inquies, An non, pluribus Pandectarum locis mentio fit & parentum, & liberorum naturalium ex responsis prudentum qui ante Constantini tempora floruerunt? Ita sanè est *d. l. Lucius* 45. *De vulg. & pup. substit. d. l. ex facto* 17. *§. si quis rogatus ad Trebell. l. naturali* 7. D. *de condition. tutor. l. vxorem* 41. *§. pater naturalis de legat.* 3. *l. omnes* 17. *§. Lucius que infr. credit.* Neque hinc se potuit euoluere Gabr. Palæotus Cardinalis elegãtissimus in suo illo tractatu celebri De nothis & spurijs, nec eius præceptor Andr. Alciatus ab eo non malè in hac quæstione reprehensus. Sed iã monuimus locos supradictos & alios si qui sunt similes, de ijs demum liberis naturalibus intelligendos esse qui concepti sunt in seruitute ex *dict. l. Lucius* 88. *§. Dama & Pamphilo De legat.* 2. non etiam de ijs qui vel ex concubinatu nati sint, vel ex alia qualibet illicita coniunctione. Quòd si pergas quærere cur illi potiùs quàm hi naturales dici debuerint, respondebo nõ fuisse dictos liberos naturales durante seruitute in qua concepti essent, sed ita demum si cum patre manumissi essent, & ex eo quoque tempore dictũ patrem naturalem eum qui ante manumissionem pater dici nullomodo potuisset, ne quidem naturalis. Nam qui non habetur interim pro patre, tantisper nec naturalis dici potest, & perinde liberi eius dicuntur, *ἀνάτροποι* & incerto patre *d. l. 3. C. fol. matr. d. l. 6. C. de suis & legit.* vbi sanè dictio illa *naturalis* irreptitia est ob idq; meritò parenthesi circumscripta. Proponebatur enim solus pater eo loco manumissus. Post manumissionem verò hoc nomen *naturalium* ijs indultum fuisse quòd essent fauorabiles, quippe quibus imputari non posset quod matrimonium nullum contractum esset, quod nec inter volentes contrahi potuisset obstante propter seruitutem ipsa iuris prohibitione. Itaque cùm id fecerint quod vnum reliquum in ipsorum potestate erat vt inirent contubernium, quæ veluti figura & imago quædam matrimonij est, in eóque contubernio inuiolata fide perstiterint, & ex eo liberos susceperint, æquum est ijs fauere leges *arg. l. quæret aliquis* 135. *De verb. signific.* non vt fiant naturales parentes aut liberi durante seruitute, nec rursum legitimi post manumissionem (neutrum enim facere lex posset quin sibi ipsi quodammodo vim inferret) sed hactenus saltem vt ex manumissionis die *naturalium* nomẽ mereantur, cùm negari non possit quin cogniti sint à natura quæ communis est *l. hos accusare* 12. *§. omnibus* D. *de accusat.* At in alijs personis id est liberis quæ matrimonium iustum & secundum leges contrahere potuissent si voluissent, non idem probari debuit, quia planè indigni sunt legum beneficio qui non iustam coniunctionem matrimonio prætulerunt, licèt concubinatus iam olim toleratus fuerit magis quàm prohibitus aut permissus. Nihil enim antiquius fuit ciuili legislatori quàm id agere quantùm potuit

l. vlt. C. de natur. liber.

l. 6. C. de suis & legit.

potuit vt ciues ſuos inuitaret ad iuſtas nuptias contrahendas replendámque iuſtis liberis ciuitatem *l.1.D.ſolut.matr.l.hoc modo* 64.§.1.*De condic.& demõſt. l.nec ei* 17.§.*& primùm quidem D.de adopt.* Ideóque coercenda fuit nimia illa hominum ad illicitas iniuſtáſque cõiunctiones ineundas propenſio,in eo ſaltem vt ex eiuſmodi coniunctionibus neque liberos iuſtos & legitimos neque naturales ſperare poſſent, tantóque magis ad iuſtas nuptias contrahendas inuitarentur.Sed de tota hac quæſtione latiùs *ad Princip. 2. infr. De nupt.* Hæc tractaſſe ſufficiat vt quiuis intelligat, Cur ſerui naſci dicantur, qui ex ancillis non qui ex ſeruis noſtris nati ſunt,Nimirum vt vno verbo concludamus quia matrem habent, patrem non habent,neque à lege, neque à natura ſcilicet qui ſit certus,Habẽt enim aliquem à natura ſed incertum, qui proinde nullus vnquam apparere poteſt. Denique matris nomen eſt naturale, patris vero ciuile videtur, quandoquidem non niſi per iuſtas ciuilésque vt ita dicam nuptias acquiritur. Vſque adeò autem ſerui noſtri ſunt qui ex ancillis noſtris naſcuntur, & adeò matris condicionem ſequuntur,vt quemadmodum libera quæ ad precium participandum ſe venundari paſſa eſt ad libertatem proclamare nunquam poteſt, ita nec qui ex ea natus eſt tempore ſeruitutis eius *l.3.D.quib.ad lib.proclam.non licet.* Eſt enim ſeruus noſter eodem genere ſeruitutis ſcilicet non ſimplicis, ſed eius quæ perpetua eſſe debeat, vt loquitur & diſtinguit *l.1.C. qui non poſſ.ad libert.peruen.*

l.1. D.ſolut. matr. l. hoc modo 64. §. 1.D. *de condic.& demonſtr.l. nec ei* 17. §. *& primùm quidem* D. *de adopt.*

l.3.D. quib. ad libert. proclam. nõ licet.l.1. C. eod.

De ſeruis qui tales fiunt ex iure gentium vel ciuili.

FIunt verò iure gentium ſerui qui fiunt per captiuitatem, quia vt in ſuperioribus diximus introducta iure gentium diſtinctione dominiorum ad conſeruãdam humanam inter homines ſocietatem,continuò ſecuta ſunt bella, ex bellis captiuitates, ex captiuitatibus ſeruitutes,ex ſeruitutibus denique manumiſſiones *l.4.& 5.D.de iuſt.& iur.* Sed & iure ciuili ſeruus fit quiſquis maior annis viginti patitur ſe venundari ad precium participandum:Non quod eo minùs verum ſit generaliter & indiſtinctè ſeruitutes omnes eſſe iuris gentium,ſed vt diſtinguantur modi per quos ſeruus quis fieri poteſt. Hic enim poſterior modus iuris eſt, non gentium ſed ciuilis, Vt explicauimus *ad Princip.1.verſic.concludamus in fin.& ad Princip. prox. illat.3.ad fin.*

ILLATIO I.

De talliabilibus noſtri temporis.Et de adſcriptitijs.

EX hoc Principio fit vt tálliabiles quos vocant, de quibus diximus ad finem ſuperioris Principij & dicemus latiùs tit. ſeq. ſerui dici non poſſint,quia nec naſcuntur nec ſunt.Idẽ de adſcriptitijs tradit Bart.ad *l.3.De ſtat. homin.ex §. adſcriptitios Nouell.de ſanctiſſ.epiſc.* Idẽ de Monachis & Canonicis regularibus,(Quãquã de adſcriptitijs cõtra ſentit Donel.*lib.2.Cõment.De iur. ciuil.c.9.ad fin.* Et meliùs vt puto.) Valet enim argumentum huiuſmodi à ſufficienti partium enumeratione,quoties ſumma diuiſio fit generis generaliſſimi in ſuas omnes partes & ſpecies *vulg.§.actionum infr. De action.* Non naſcuntur talliabiles quia neque ex ancillis naſcuntur, neque matris condicionem ſequuntur,ſed patris, Nempe quoniam inter huiuſmodi per-

ſonas ſicut & inter cæteros ciues iuſtum matrimonium contrahi poteſt, cùm neq; lege neq;conſuetudine vlla prohibitũ reperiatur,ideóq;patris tãquã dignioris cõdicionẽ ſequũtur,ita vt natus ex fœmina talliabili,& ex patre ingenuo ſit verè ingenuus,quãuis natus ex patre talliabili & ex ancilla puta Iudęa vel Mahumetana quæ in bello capta ſit,nõ eſſet liber ſed plus quàm talliabilis,id eſt ſeruus,quia cum Iudęa vel Mahumetana matrimoniũ ſubſiſtere noſtra religio non patitur.Sicut & filius eam ciuitatem ſequi ſolet in qua pater domicilium habuit, nõ eam in qua mater *l.adſumptio* 6.§.*filius* D.*ad municip.* Niſi fortè priuilegio aliquo materna origo cenſeatur vt ait Vlp. *in l.1. §.qui ex duobus D.eod.*Qui etiam ſenſus eſt *d.l.lex naturæ 24.de ſtat.homin.* in illis verbis *niſi lex ſpecialis aliud inducit.* Continent enim exceptionem non ad proxima illa *matrem ſequatur*,ſed ad ſenſum tacitum,à contrario reſultantem ex illis præcedentibus *ſine legitimo matrimonio.*

L. adſũptio 6.§.24.filius D. ad municip.

L.lex naturæ 24. D. de ſtat. homin.

ILLATIO II.

De iis qui capti ſunt à piratis & latronibus.

SEcundò ex eodem Principio ſit vt non poſſint dici facti ſerui qui à piratis aut latronibus capti ſunt,imò verò liberi permaneãt *l.poſtliminium* 19.*§.à piratis l.latrones 27.D.de cap.& poſtlim.*nec enim ſunt propriè captiui ſed illi tantùm qui capti ſunt ab hoſtibus populi romani, id eſt ab iis quibus bellum publicè populus romanus indixit & decreuit *l. hoſtes ſunt* 24.*eod.l. hoſtes* 118.*De verb. ſignific.*Captiuitatem enim aliam non intelligimus quàm quæ iure gentium introducta eſt ex bellis ad tuendam humanam ſocietatẽ neceſſariis,quia nec bellũ vllũ iuſtum aut pium eſt niſi quod neceſſarium. Quid verò cùm humana ſocietate tuenda commune habent latrones aut piratæ qui quantùm poſſunt id agunt vt eam diſſoluant ? Denique captiuitas quę habet manifeſtam iniuriam non poteſt ex iure vllo eſſe,nec proinde parere ſeruitutem quæ ſit iuris gentium. Quamquam indicto bello non quærimus iuſténe an iniuſtè indictũ fuerit, quia tum etiam cùm iniuſtè indicitur, aliquam tamen rationem habet publicæ vtilitatis eius populi qui ex ſperata victoria maiorem ſibi pacem & felicitatem pollicetur, quod ſufficit vt iure gentium geri bellum videatur. Alioqui nulla bella eſſent ex iure gentium,neque captiuitates niſi ex ea parte,quæ iuſtam haberet bellãdi cauſam. Cum tamen hoc ipſum plerumque incertum ſit, nec niſi ex belli exitu,quamquam nec hoc ſatis tutò, iudicandum, Ob ídque Deum Opt. Max.dominũ exercituum appellamus,quòd eius ſolius ſit huiuſmodi quęſtiones dirimere,nec tamen ſemper data ei victoria qui iuſtiùs induit arma, ſed plerumque occulto quidem at ſemper iuſtiſſimo iudicio denegata, Iure dato ſcelerivt Lucanus dicebat.Simile eſt quod Vlpian.ſcribit in *l.ſi quis ingenuam* 21.§.1.*De captiu.& poſtlim.*In ciuilibus diſſenſionibus, quamuis per eas ſanè reſpublica lædatur, quia tamen in reipublicæ exitium non contenditur, eos qui in alterutras partes diſcedunt hoſtium loco habendos non eſſe. Eorum ſcilicet inter quos iura captiuitatum & poſtliminiorum fuerint, Et ideò captos adeóque vendundatos, poſteáque manumiſſos placuit ſuperuacuò repetere à Principe ingenuitatem, quam nulla captiuitate amiſerant. Quis enim bellorum exemplo dicat ciuiles diſſenſiones eſſe ex iure gentium, aut ad tuendàm humanam inter gentes ſocietatem pertine-

L. poſtliminium 19. §.à piratis L. latrones 27.C. de captiu. & poſtlim.

L.hoſtes ſũt 24.eod.l.hoſtes 118. de ver. ſignific.

L.ſi quis ingenuam 21. §.1.D.decaptiu. & poſtlim.

pertinere? Dices, Imò prorsus contrariam esse rationem illam qua Vlpianus vtitur *quia non in exitium reipublicæ*, inquit, *contenditur*, Ita significans futurum vt captiuitas ex ciuili dissensione secuta esset ex iure gentium si in ciuilibus dissensionibus in exitium reipubl. contenderetur. Quasi verò ad tuendam humanam illam societatem magis spectet, vt in reipubl. exitium contendatur. Respondeo sic accipiendam hanc rationem vt quoties in exitium alicuius reipublicæ bello contenditur bellum illud ex iure gentium esse intelligatur, quia gentibus omnibus commune illud est, vt vnaquæque respublica eam à qua exitium sibi timeat extinctam velit, eique priùs exitio esse si possit, vt seipsam tanto securiùs tueatur, licèt ita fiat vt inter eos populos qui bellum gerunt humana etiam societas lædatur. Inspiciendum enim est quod gentibus omnibus commune & vtile non quòd huic aut illi populo inutile est, Ea porrò belli ineundi ratione & intentione, tùm etiam cùm habet iniuriam, mouentur tanto magis cæteræ gentes, vt belli metu ad pacis communisque concordiæ felicitatem artes suas & cogitationes omnes conferant: Cum quo nihil commune habent ciuiles dissensiones, vel ob hoc ipsum, quod in iis, vt Vlpianus ait, in exitium reipub. non contenditur.

ILLATIO III.

De illo qui se vendi passus est ad precium participandum.

TErtiò ex eodem Principio fit vt quemadmodum idem Vlp. scribit *in l. 1. D. de manumiss.* Eum qui Cal. Ian. natus post sextam noctis horam pridie Calendas, quasi annum vicesimum compleuerit posse manumittere. Nō enim, inquit, maiori viginti annis permittit lex manumittere, sed minorem manumittere vetat: Iam autem minor non est qui supremum diem agit anni vicesimi. (Dies enim more romano incipit à media nocte *l. more romano 8. D. de feriis*) ita è contrario non fiat seruus qui passus est se venundari supremo die anni vicesimi, quia hic maior non est, licèt nec minor sit, nisi maior factus precium partitus sit *l. 1. §. 1. quib. ad libert. proclam. non lic. l. liberis 7. §. 1. D. de liber. caus.* Obseruandum autem est hunc vnū esse modum quo iure ciuili seruus quis fiat, si quis maior annis viginti passus sit se venundari dolo malo ad precium participandum. Itaque siue minor annis viginti licet supremum diem agens anni vicesimi, vt proximè diximus passus sit se venūdari etiam ad precium participandum, siue maior quoque annis viginti dolo quidem malo & decipiendi bonæ fidei emptoris animo, sed non participandi precij causa, non fiet seruus, neque iure gētium, neque iure ciuili, quia lex non nisi de maiore locuta est, nec nisi de eo qui dolum fecerit vt preciū participaret. Nec rursus si patiatur licèt dolo malo se venundari ad participandum precium, scienti liberum vēditori *l. scientis 6. C. de ingen manum. l. liberi 70. De contr. empt.* & apertiùs *in l. 4. vers. non enim de eo D. quib. ad libert. proclam. non licet. l. qui sciens 33. D. de liber. caus.* Non enim decipitur qui scit, licèt in aduersario fuerit animus decipiendi *l. nam si actor 26. D. de rei vindic. l. 1. in fi. D. de actionē. 16. §. 2. de libert. caus. empt.* Quid si duo emerunt, vnus sciēs alius ignorans? Erit seruus in solidum solius ignorantis *l. vlt. D. quib. ad libert. proclam. non licet.* Quid autem si dolus quidem interuenerit homini liberi patientis se vendi vt seruum, sed ita tamen vt non eo minus possit ad libertatem proclamare, fortè quia precium non participauit, aut non fuit

minor annis viginti? Prætor dat in eum actionem in factum in ſubſidiũ iuris ciuilis quo huiuſmodi dolus non vindicabatur nec tantùm emptori, ſed etiã eius ſucceſſorib. *l.rectiſſimè* 14.*l.non ſolus* 22. *De liber.cauſ.l.quidã* 10.*§.vlt. De fideic.libert.* Dicat aliquis, eſſe etiã aliũ modũ quo quis fiat ſeruus iure ciuili, Nẽpe ſi liber homo captus ab hoſtibus poſteà commercio redemptus ſit à ciue romano. Manere enim videtur ſeruus redimẽtis quouſq; preciũ à redimente datum ipſe reddiderit *l.2.l.ſi liberum* 11.*& ſeqq.l.commercio* 16.*& ſeq.C. de poſtlim.reuerſ.& redempt.ab hoſtib.* idque ex conſtitutione de qua *in l.in bello* 12.*§.ſi quis ſeruum D.eod.* Sed reſpondeo primùm, Aliud eſſe, ſeruum quem fieri, Aliud manere. Non fit ſeruus qui redimitur ab hoſtibus, etiamſi velit quis admittere eum ſeruum remanere, quod multò facilius eſt. Tritum nãq; eſt multa durare facta quæ fieri prohibẽtur *l.patre furioſo* 8. *De his qui ſunt ſui vel alie.iur.* Quòd ſi remaneret ſeruus nõ tã redimẽtis ſi ſubtiliter rẽ æſtimare volumus, quàm hoſtium ſeruus dici deberet, quaſi nondum plenè redemptus ab hoſtibus quandiu redemptionis precium ille ipſe non perſoluit. Sed tamen neque redimẽtis neque hoſtium ſeruus dici poteſt. Id enim eſt quod ait *d.l.*2. ab hoſtibus redemptos quoad exſoluatur precium magis in cauſam pignoris conſtitui, quàm in ſeruilem condicionem detruſos videri. *l.* 20. *§.* 1. *D.qui teſt.fac.poſſ.* In cauſa, inquam, pignoris naturalis vt eadem lex ait quia non ex conuentione vlla deſcendit, ſed ex naturali ratione & æquitate, vt & *in l.Iulianus* 13.*§.offerri* D.*de act.empt.* Nec enim eſſet æquũ antè precij pro libertate hoſtibus dati reſtitutionẽ vindicãre ſe in plenã libertatẽ eum qui ab hoſtibus redemptus fuerit, & redimentis beneficio aſſecutus vt libertatem quæ alioqui res ineſtimabilis eſt certo precio recipere poſſit *l.ſi pater* 34.*§.*1. D.*de donat.* iun.*l.libertas* 106. D*e regul.iur.* Cur verò pignoris iure retinetur? An fortè liberi hominis oppigneratio minùs quàm venditio prohibita eſt? Minimè verò, liberi enim hominis commercium nullum eſt *l.*1.*§.ſi id quod dari* D.*de oblig.& act.l.liberi* 70. D.*de contr.empt.* iunct.*l.ſed & quod* 9.*§.* 1. *De pignor.l.*1.*§.eam rem D. quæ res pignor.* Sed ideo pignus valet, nõ quia ſeruus ille maneat, ſed quia publicè interfuit ita ius conſtitui, vt inuitarentur ditiores ad captiuos liberandos quemadmodum dicemus cùm de poſtliminij fictione tractabimus ad *tit. quib.mod.ius patr. poteſt. ſolut. Princip.*8. Cæterùm nullomodo eſſe illum ſeruum redimentis ex eo quoque apparet, quòd reddita pecunia ſublatóq; vinculo pignoris non libertus efficitur eius qui redemerat, ſed ingenuitati quam amiſerat reſtituitur poſtliminij iure, ita vt neque redemptori, neque illius filijs obſequium vllum debeat *d.l.ſi liberum* 11. C.*de poſtlim.reuerſ.* Sicut & ſi anteà domini alterius ſeruus fuiſſet, eidẽ poſtliminij iure reſtituendus eſſet *d.l.in bello* 12.*§.ſi quis ſeruum*, niſi medio tẽpore manumiſſus fuiſſet *§.manumittendo ead.leg.* Item ex eo quod redempta libera redemptori ſuo nubere poteſt *d.l.*2.*l.ſi is qui* 13.*eod.* Item ex eo quòd is qui liber cõſtitutus captus ab hoſtibus cõmercio redimitur, etiã priuſquam reſtituatur data pro eo pecunia, ſucceſsionis iura ſibi vindicare fauore ingenuitatis poteſt vt ex ea poſsit precium pro ſe datum exſoluere *l. is qui liber* 15.*eod.* Ex eo furſum quòd cõmercio redẽptæ fœminæ filios ſuos licèt ex ſeruo ſuſceptos medio tempore origini ingenuitatis matris reddi conuenit *d. l.commercio* 16.*eod.* Item ex eo quod qui ab hoſtibus redemptus eſt legari ſibi ipſi poteſt, vt proficiat legatum non ad cauſam libertatis, ſed ad liberationẽ vinculi pignoris quod in eo habuit qui redemit *l.Senatus* 43.*§.vlt.de legat.* 1. ſed omnium elegantiſsimè hoc ipſum probatur ex eo quod Vlp. ſcribit *in l.*

De captiuo ab hoſtibus redempto. l.2.C.decapt.in. & poſtlim.

l.in bello 12. *§.ſi quis ſeruum & §. manumittendo D. eod.tit.* De *captiu.& poſtlim. l.ſi is qui* 13. C.*eod. l.Senatus* 43.*§.vlt. de legat.*1. *l.ſi patre* 15. D.*de captiu & poſtlim*

ſi patre

si patre 15. De capt. & postlim. Si pater redemptus ante luitionem defunctus sit posse filium ei suũ heredẽ existere, Non solùm si post mortem patris offerat redemptionis quantitatem, quam vtique constat non tantùm à redempto ipso, sed etiam ab alio quolibet offerri posse *l. cùm & postliminij 6. C. eod.* sed etiamsi nihil offerat, quia subtilius inquit dici potest, hunc patrem dum non luitur, quasi iure pignoris finito nactum postliminium, & sine obligatione debiti obijsse vt potuerit suum heredem habere. Cur verò finitur ius pignoris? An quia interitu rei obligatæ id est perempta re obligata finiatur obligatio pignoris, sicut & alia quælibet? *l. is qui 45. de oblig. & act. l. si ex legato 23. De verb. oblig.* Minimè. Sic enim fieret vt in ipso quoque instanti mortis pignus duraret, quia non nisi peracta secutam mortem finitur obligatio, lex autem ait patrem hunc ante mortem & in ipso instanti mortis nactum fuisse ius postliminij. Siquidem constat quandiu res pignorata durat, etiam durare hypothecam si pecunia soluta non sit *l. si rem 9. §. semus D. de pign. act. l. grege 13. §. etiam D. de pignor.* Ratio igitur propter quam viuo adhuc eo qui redemptus est, ius pignoris finitum intelligitur illa est, quia cùm pignus hoc non conuentionale sit, sed naturale, non potest fieri vt ex ratione naturali duret nisi quandiu lui potest, quæ & pignoris cuiuslibet natura ac condicio est *Tot. tit. de lust. pignor. C.* Luitio autem illa non potest fieri in instanti cùm factum hominis requirat, nihil autem nisi quod fieri naturaliter possit in instanti, Natura enim vt philosophi dicunt operatur in tempore *l. vlt.* vbi est text. in hãc rẽ elegans *D. de condic. instit.* Qua ratione nec in pignore conuentionali negarem idem admittendum esse, vt scilicet serui obligati pignus finiretur ipso instanti mortis serui, nisi illud obstaret quod cùm obligatio est ex conuentione fieri nequit vt non duret pignus quandiu & cõuentio obligationis durat & ipsa res obligata, tametsi eo mortis instanti incipiat fieri inutile, quia nec lui amplius nec distrahi potest. Aliud siquidem est finiri pignus, aliud inutile fieri quod aliquando valuit. Aliud inquam in pignore conuentionali, sed non in naturali, id est quod non aliam habeat causam quàm rationem & æquitatem naturalem, id duntaxat curantem vt cautum sit creditori. Ex quo enim incipit delinere cautum esse, fierique pignus inutile necesse est finiri illud, quippe quod non nisi ob eam vtilitatem percipiendam fuerat introductum. Nec obstat quòd oblatio solutionis possit fieri in instanti adeò vt etiam dationis vice cedat quoties agitur de implenda tantùm condicione *d. l. vlt. De condic. instit. l. Arescusa 15. in fin. de stat. homin.* iam autem diximus posse hominem ab hostibus redemptum lui oblata per alium quælibet pecunia *d. l. 6. C. de postlim.* Non enim consequens est vt possit ea luitio fieri vltimo instanti vitæ hominis pignorati, quia sola oblatio non sufficit nisi & numeratio fiat aut saltem obligatio recusante creditore, vt solutionis vim habere possit oblatio *dict. l. 6.* iunct. *l. acceptam 19 C. de vsur.* quæ tamen omnia in instanti fieri non possunt, Nisi ponas aliquo ante mortem tempore inchoata fuisse, vt extremo vitæ momento perficiantur (quomodo sanè fieri ponendum est quoties dicimus dandæ pecuniæ condicionem vnico momento impleri posse, alioquin constat nec mudam oblationem vno momento inchoari & perfici posse)

l. vlt. D. de condic. instit.

l. cùm & postliminij 6. C. eod.

Sed vt nos eum casum tractamus, quo luitio neque facta neque inchoata sit vi uo eo qui redẽptus fuit, vt proinde verum sit dicere eũ quo instanti moritur, neque redemptum esse, neq; redimi amplius posse, *Vt & in l. Gallus 29. l. videndum in fin. De deliber. & posth.* Præsertim quia nec luitio pignoris fieri potest à quocunque volente pecuniam offerre nomine debitoris, sed ab eo demum qui sit possessor pignoris, quamuis sufficiat qualemqualem possessorem esse *l. Paulus 16. in fin. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Atqui hominis redempti cùm re vera liber sit non alius possessor esse potest, quàm redemptor eiúsve heres. Ergo non alius quàm redemptus ipse lucre seipsum potest, licèt in eam rem pecuniam ab alio accipere possit, per quem etiam numeretur, qui sensus est *d. l. 6.* Et consequenter absolutè ac verè dici potest luitionem hanc per quam ius postliminij nanciscatur non posse fieri vltimo vitę instanti, cùm per alium fieri non possit. Nam vt admittamus condicionem illam *si decem Titio dederit* etiam vltimo vitæ instanti impleri posse, illud tantùm licit quod per alium quoque impleri potest *d. l. vlt. dict. l. Arescusa in fin.* Proinde pignus quod in redempto homine libero constitutio induxit, in ipso instanti mortis, id est viuo eo finiri necesse est, atque ita eodem instanti succedere legis potestatem quæ postliminij fictionem inducit. Lex enim operatur in instanti, non vt natura in tempore. Vtcunq; sit probat optimè responsum illud Vlpiani *in d. l. si patre*, liberum hominem ab hostibus redemptum non esse verè seruum sui redemptoris, sed pignoris tantùm nexu & vinculo obligatum, quoniam alioqui postliminium nanciscitur in ipso mortis suæ instanti non posset cùm nemo ex seruo fiat liber moriendo. Adeò vt & inutilis sit libertas quę in vltimum vitæ momentum confertur *l. libertas 17. in princ. l. vlt. D. de manu. testam.* cùm absurdum sit eo instanti incipere hominem fieri liberum quo desinit esse homo. Quin & genus quoddam est hominum libertinorum secundũ iura vetera qui viuunt quidem liberi sed moriuntur serui, vt dicemus ad *tit. De libertinis.* Nanciscitur autẽ ius postliminij in ipso mortis suæ instanti is de quo nunc agimus, quia cùm iam reuera sit liber, nihil est quod in eius persona impediat ius postliminij præterquàm vinculum pignoris (generale namque est vt pignus quodlibet, siue naturale, siue conuentionale impediat manumissionẽ *l. 5. D. de manumiss. l. 4. D. qui & à quib. manum. l. 1. & vt. tit. C. de seru. pignor. dat. manum.*) quod ipsum ius pignoris per mortem redẽpti hominis ita finitur vt illo etiam adhuc viuo finiatur, propter eam rationẽ quã attulimus. Denique hoc ipsum quod dicimus hominẽ liberum ab hostibus redemptum nõ esse propriè seruũ redimentis vt differè scribit Vlp. *in l. qui testamento 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss.* ex eo etiã apparet quod idẽ Vlp. scribit *in l. 3. §. si quis eum De homin. liber. exhib.* Si quis eum quem ab hostibus redemit, retineat in ea causa esse vt interdicto illo non teneatur. *Non enim* inquit, *dolo malo fecit.* Non reddit illã rationẽ quæ alioqui si vera erat multò fuisset accõmodatior, quòd non sit hic homo liber (eo siquidem supposito, quænam obsecro dubitandi ratio ad interdictũ illud pertinens subesse potuisset? (sed ait, *quia dolo malo non facit*, nempe quoniam vt scriptum est *in §. præced.* non videtur hominem liberũ dolo malo habere qui iure suo vtitur. Iure autẽ suo vtitur nõ solùm qui habet eum in potestate vt *in d. §. præced.* sed & qui eũ habet ex cõstitutionib. vinculo pignoris obligatũ. Nec tãtùm in libero homine sed etiã in seruo ab

l. qui testamento 20. §. 1. D. qui testam. facer. poss. l. 3. §. si quis eum D. de homin. liber. exhib.

hosti-

hoſtibus capto poſtcáq; redẽpto id ipsũ ferè obtinet quod diximus, ſcilicet vt reddita quandocũq; redẽptori pecunia nunquã in ipſius dominio fuiſſe videatur, ideoque nec libertus eius efficiatur, ſed in prioris domini ius redeat. Nõ enim poſſet vnius eſſe libertus, & alterius ſeruus, cùm qui dicit libertum dicat liberum, idem verò & ſeruus & liber eſſe nemo poſſit. Planè antequam ſeruus hic qui alienus fuit & redemptus in domini ſui poteſtatem plenã redierit, id eſt, antequàm redemptori precium dominus reddiderit, verè interim ſeruus eſt redimentis, non propter redemptionem, ſed propter conſtitutionem quæ de ea re lata eſt de qua in *§. ſi quis ſeruum d. l* 12. quæ tamen de ſeruis tãtùm locuta eſt. (Cæterùm latendũ eſt, ſummo iure eſſe illũ medio tẽpore proprium ſeruum redimentis, & quod eſt conſequens pignori non obligatũ, neque enim propriæ rei pignus poteſt cõſiſtere (*l. neque pignus* 35. *De reg. iur.*) cùm reuera ſit ſeruus, nec ei' cõdicio magis repugnet ne huius quàm ne illius domini ſeruus ſit, quanquam non eo minùs procedit eius vſucapio ad excludẽdũ ius redimendi ne deterioris cõdicionis ſit is qui redemit quàm ſi dominus non eſſet, vt eleganter & ſubtiliter diſputat Thryphon. in *d. l. in bello* 12. *d. §. ſi quis ſeruum, verſ. & ſi ignoret.* Vnde etiam eſt quod eum manumittendo facit liberum, & conſequenter libertum ſuum, propter eas rationes quas ſubiungit Thryph. in *§. ſeq.* vbi tamen puto ſubeſſe mẽdum in illis verbis *liber erit ſeruus* & pro *liber* legendum *ſemper* retenta tamen interrogatione vt bonus ſit ſenſus qui alioquin nullus eſt, vt dicemus latiùs ad *tit. quib. mod. ius patr. poteſt ſoluit. illat.* 19. *Princip.* 8. Hæc autem omnia eò pertinent vt appareat hoc vno tantùm modo poſſe liberum hominem iure ciuili fieri ſeruum ſi maior annis viginti paſſus ſit dolo malo ſe venundari ad precium participandum. Planè is qui vnius ſeruus fuit interdum ex conſtitutione ciuili fit ſeruus alterius, puta ſi quis detexerit colluſionem per quam aliquis fuerit pronũciatus ingenuus cùm ſeruus eſſet *l. 1. & tot. tit.* D. *de colluſ. deteg.* Et de ſeruis quidem hæc dixiſſe ſufficiat. De liberis iã videamus, quorum duplex differentia eſt, Aut enim ſunt ingenui, aut libertini. Alia eſt diſtinctio liberalium iudiciorum & negotiorũ, Aut enim de libertate ſunt aut de ingenuitate *l. iuxta edicti* 40. *C. de liber. cauſ.* vbi propter hanc cauſam mallem legere *de libertate*, quàm vt vulgo de *libertinitate*, non ſolùm vt comprehendãtur iudicia de libertate ex qua & liberale iudiciũ nomẽ ſũpſit *tot. tit.* De *liber. cauſ. d. non diſtinguemus* 32. *§. de liberali De recept. qui arbit.* ſed etiã quia eadem prorſus quæſtio eſt de libertinitate & ingenuitate, cùm non poſſit quis de libertinitate contendere niſi aduerſus eum qui ſe ingenuum dicat, Nec contra aſſerere ſibi ingenuitatẽ niſi contra eũ qui obiiciat libertinitatem. Etſi video poni iſta quaſi ſeparata in *d. §. de liberali*, fortaſſe inſpecta perſona agentis, vt ſi quis vindicet ſe in ingenuitatẽ dicatur iudiciũ de ingenuitate licet hoc ipſo contendatur etiã de libertinitate. E contrario dicatur iudiciũ de libertinitate ſi quis tãquam patronus libertũ ſuũ eſſe contendat eũ, qui ſedicit ingenuum. Actoris enim eſt non rei dictare & conſtituere iudiciũ *arg. l. circa* 14. *D. de probat. l. Dius fratres* 27. *§.* 1. *De liber. cauſ.* (ſi tamẽ vterque locus Triboniani non eſt potiùs quàm Iurecõſulti, vt dicemus ad Princip. 2. *inſr. ll. vlt* D. *de ſeparat.*

L. in bello 12. § ſiquis ſeruũ verſ. & ſi ignoret. D. de cap. priu. & poſtlim. Et in §. ſeq.

TIT. IIII.

De ingenuis.

PRINCIPIVM I.

De ingenui hominis definitione.

INgenuus *est, is qui statim vt natus est liber est.* In quo vno differt ingenuus à libertino. Libertinus enim liber sit nō nascitur *l. ingenui* 8. *C. de ingen. manum.* vbi Imperatores scribunt ingenuos nasci, libertinos autem manumissione tantùm constitui. Nam quemadmodū supra diximus seruorū alios nasci, alios fieri, ita & de hominibus liberis dicendū est, Alios liberos nasci, qui seruitutis iugum nunquam gustarunt vt loquitur Harmenop. *lib. 1. tit.* 18. Alios seruos natos ex seruis fieri liberos. Et rursum, quemadmodum ex iis qui fiunt serui, Alij fiūt iure gentium, id est per captiuitatem, alij iure ciuili cùm quis dolo malo passus est se venundari ad preciū participandum, Ita & ex iis qui fiunt liberi alij fiunt iure gentium, vt qui per manumissionem (manumissiones enim ex eodem iure sunt ex quo & seruitutes, id est ex iure gentiū *l. 4. D. de iustit. & iur.*) alij iure ciuili, id est qui sine manumissione, De quibus in *tit.* D. *qui sin. manu. ad libert. peruen. & C. pro quib. caus. serui pro præm. libert. accip.* Casus autem in quibus iure ciuili fit liber quis sine manumissione, hi sunt, Primus, si seruus venditus sit ea lege vt intra certū tempus manumittatur, nec fuerit manumissus quāuis tam emptor quàm venditor sine herede decesserint *l. 1. qui sin. manumis.* vbi ait Paulus hoc fieri ex rescripto Diui Marci, idq; locum habere etiamsi venditor mutauerit voluntatem, scilicet ante diem manumissioni præstitum & ex quo cœpit competere libertas, ne alioqui obstet *l. 3. eod. l. 3. D. de seru. export. l. vlt. C. si mācip. ita fuer. alien.* Huic comparatur seruus venditus ea lege vt à viuo emptore manumittatur aut nullo addito tēpore ad manumittendum. Statim enim mortuo eo competit libertas *l. 4. l. vlt. qui sin. manumiss.* Hoc ita si seruus ille non sit specialiter obligatus *l. 3. D. de manum.* licèt generaliter obligatus sit *l. 4. l. generaliter 29. qui & à quib. manum. l. 3. C. de seru. pign. dat. manum. l. si quis obligatum* 6. D. *qui sin. man.* vbi propter hanc causam puto legendum addita negatione, *non obligatum*, scilicet specialiter. Id enim innuitur ex illis sequentibus *licet bona omnia.* Præsertim si sequamur sententiam existimantium seruum qui specialiter obligatus non sit, ideò posse manumitti, quod nec generaliter obligatus intelligatur, quasi de quo obligando non cogitauerit dominus qui eum posteà manumisit, quod sentit Donell. *lib. 2. comment. iur. ciuil. cap. 15.* Quanquam mihi sententia hæc non placet, magísque probo vt veniat hic seruus in obligatione generali, nec eo minùs tamen possit manumitti vt dicam pluribus ad *tit.* De *libert. Princip. l. illat. 3.* *Secundus* sit seruus fuerit donatus eadem lege vt intra certum tempus manumittatur, idque non ex rescripto sed ex sententia rescripti & constitutionis Diui Marci ad hāc speciem tracta per prudentum interpretationem, cùm rescriptum de

Varij casus in quibus liber quis fit sine manumissione. Tit. qui sin. manumiss. ad libert. peruen.

ven-

venditione dur taxat locutum fuisset *d l.1 eod.l.mãcipia* 8.*D.qui sin.manumiss.* Ante rescriptum enim aliud erat *l.qui roma* 122.§.*Flauius De rer.obliga.Tertius* si seruum dominus habuerit pro derelicto ob grauem infirmitatem,idque ex edicto Diui Claudij *l.2.D.qui sin.manumiss.*sed ita tamen vt hic seruus quãdiu viueret dur taxat in libertate moreretur,eiusdem verò cùm moreretur bona idem dominus occuparet,vt Iustinianus refert in *l.vnic.§ sed scimus C.de latin.libert. toll.* vbi &ius illud æquissimè corrigit,data misero huic seruo plenissima libertate,nec reseruato etiam iure patronatus domino qui in seruum suum tam impius fuerit & crudelis.*Quartus*,si seruus necem domini vindicauerit *l.1.C pro quib.caus.seru.*iũct.*l.5.§.vlt.D de iniur.Quintus* si eã domini necõ detexerit *l.qui ob necẽ 5.qui sine manu.l.si filius* 23.*D.de iur.patr.l.4.in princi.De bon.libert.l.æris alieni* 39.*D ad leg.falcid.* Inter quos tamen casus differentia illa est,quòd in quarto libertas competit ipso iure, in quinto autem petenda est & danda à prætore *d.l.1.C.pro quib.caus.Sextus* si quis hac lege ancillam emerit ne prostituatur,& prostituerit *d.l.si quis obligatum §.1.l.1.C.si manet ita venier.ne prostit.*Cui casui & ille comparatur,si quis cùm posset abducere prostitutam ancillã pecunia accepta manus iniectionem vendiderit.Nam & hęc ancilla libera est ex rescripto Imp.Antonini *l.Imperator* 7.*qui sin manum.*vbi ratio redditur quòd nihil interest ipse abducas & prostituas an patiaris prostitutam esse precio accepto cùm possis exiuere.Intelligendus autem hic casus est de ancilla sic vendita non ne prostituatur,sed vt si prostituatur liceat vẽditori eam abducere.Alioqui sola prostitutio faceret eã liberam, nec patientia venditoris requireretur *d.l.1.C.si mancip ita venier.ne prost.* *Semprimus* si monetarios adulterinam monetam clandestinis sceleribus exercentes seruus in publicum detulerit, hic enim romana libertate donatur ex Cõstãtini constitutione in *l.2.C.pro quib.caus.seru.pro præm. libert accip.Octauus* si quis seruus raptus virginis facinus dissimulatione præteritum aut pactione transinissum detulerit in publicum *l.si quis seruus* 3.*eod.* *Nonus* & postremus si desertorem militiæ seruus prodiderit *l.vlt eod.* Habent autem omnes hi casus pro ratione ciuili fauorem libertatis iunctum cum fauore boni publici,vel cum odio domini aduersus naturam ipsam aut conuentionem aut leges quid facientis vel negligentis, id est committentis aut omittentis,vt in singulis videre est. *His casibus* contrarij illi sunt in quibus impeditur libertas serui etiam interueniente manumissione, *Primus* est si quis dãnatus sit in perpetua vincula, aut ad bestias, aut ad gladium,aut in metallum,atque ita seruus pœnæ effectus *l.1.C.qui non poss.ad libert.pertẽ* Nam cùm non possint esse serui duorum in solidum prioris scilicet domini & pœnę cuius per sentẽtiã serui efficiuntur *l.signis filio* 6.*§.sed & si quis* De *iniust.rupt.l.4.C de bon.proscript.* necesse est euenire vt dominus esse desinat qui prius fuit.*l.aut damnum* 8.*§ seruos in metallum* D *de pœn. l.frustra* 8. C. *de sentent.pass.& restit.*vbi additur cœpisse hũc seruũ esse fisci ex quo factus est seruus pœnæ.Vnde est quod Vlp.scribit in *d.§.seruos,* Cùm quidam seruus in metallum damnatus beneficio Principis esset iam pœna liberatus, Imperatorem rescripsisse quia iam semel domini esse desierat,nõ esse illum in potestatẽ domini posteà reddendũ:quod & rescriptũ est in *dict. l.frustra*,scilicet per occasionẽ huiusmodi indulgentię dominiũ prius quod semel amissũ fuit redintegrari nõ posse.Cui cõsequẽs est vt quod in *d.l.8.§.vlt.*scriptũ legimus:

L. si quis obligatum 6. D. qui sin. manum. ad libert.

Varij casus in quibus libertas impeditur etiam interueniẽte manumiss.

L.1.C quinẽ possint ad liber. seruen.

L frustra 8 C.de sentẽt pass & restit.

L.aut damnum 8 § seruos in metallum D. de pœn.

ſed ſiue in perpetua vincula fuerit damnatus ſeruus, ſiue in tẽporalia, eius remanet cuius fuit antequam damnaretur non tam Vlpiano tribuendum eſſe qui alioquin & cũ ſeipſo & cum Imperatoris reſcripto pugnaret, quàm Triboniano aut imperito interpreti ad id reſpicienti quòd hodie ex Nouel. Iuſtin. 22. *De nupt cap.* 8. *nemo ſit ſeruus pœna Auth. ſed hodie C. de don. int. vir. & vxor.* nec animaduertenti conſtitutionem Iuſtiniani de liberis duntaxat hominibus locutam, ius vetus incorrectum reliquiſſe, quod in ſeruis æquè ac in liberis obtinebat *l. metalli* 11. *C. de pœn.* Neque rurſum potuiſſe Vlpiani reſpõſum accommodari ad nouum illud ius quod multis poſt Vlpianum ſeculis à Iuſtiniano inductum fuit, Et ſanè abſurdum eſt liberalitatem Principis qui homini ſeruo pœnæ effecto libertatem præſtitam voluerit, pro præſtatione libertatis nihil niſi dominij tranſlationem feciſſe, vt loquitur Thryphon. *in l. in bello* 12. *§. manumittendo* 9. *De captiu. & poſtlim.* Sed tamen obſeruandum eſt, ad hunc caſum non pertinere quod dicimus, nõ poſſe huiuſmodi ſeruum ad libertatem à priſtino domino perduci. Nam cùm deſierit eſſe dominus, qui erat antèà, quid mirum eſt manumittendi ius ei nullum ſupereſſe? Intelligi ergo hoc debet de illo caſu quo ſeruus ſub pœna perpetuorum vinculorum domino reddi iuſſus ſit per ſententiam de quo in *l. ſeruus* 10. *C. de pœn.* quo caſu licet ius proprietatis per condemnationem amputatum non ſit, vt loquitur *l. ſeruo* 13. *eod.* publicè tamen intereſt non poſſe à domino remitti pœnam per inanumiſſionem, adeò vt etiamſi temporalis pœna fuerit, præfiniti tamen temporis finem etiam expectari neceſſe ſit, ne ad maleficia quiſquam temerè proſiliat, inquit *l. ſi operis* 14. *eod.* iunct. *d. l.* 1. *C. qui non poſſ. ad libert. peruen. Secundus* caſus eſt ſi quis domini ſui teſtamento pœnæ cauſa veti tus ſi manumitti *l.* 4. *§. in illis D. de manumiſſ. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* *l.* 2. *C. qui non poſſ. ad libert. peruen.* vbi additur huiuſmodi teſtamentorum leges quæ perpetuam ſeruitutem malè meritis ſeruis irrogant, adeò eſſe obſeruandas, vt nec per ſuppoſitum emptorem ad libertatem perduci poſſint, Ne ſcilicet alioqui fraus fiat voluntati, quam licet libertati contrariam ſeruari tamen publicè intereſt, vt ſerui deterreantur ab iis committendis vel omittendis propter quæ videãtur tam malè meriti de dominis vt nunquam ad libertatem perduci poſſint. Dixi *pœna cauſa* quia multum intereſt vtrum eos quos cum filio educatos eſſe teſtator expreſſit proprer familiare miniſterium & vſum filiorum neceſſariũ & venire & manumitti vetuerit, an quaſi malè meritis pœnam irrogauerit, Priore namque caſu morte eius cui conſulebatur obſequij neceſſitate finita, libertas poteſt contingere *d. l.* 2. Finita ſcilicet prohibitione ex quo finita eſt cauſa prohibitionis *l. illis libertis* 84. *De condic. & demonſtr.* Tertius caſus eſt ſi quis ea lege venierit vt exportetur. Venditus enim videtur in perpetuam ſeruitutem is qui hac lege venditus eſt *l.* 1. 2. 3. *& tot. tit. C. ſi ſeruus export. uen. l.* 1. *& tot. tit.* D. *de ſeru. export. l.* 4. *§. in illis D. de manumiſſ.* Refert tamen an venditio ſerui facta ſit hac lege ſub denunciatione manus iniiciendæ, id eſt an venditor manus iniectionem pacto ſibi exceperit, an non. Priore caſu ſuo iure vti poteſt, manúmque in ſeruum iniicere vt eum recipiat in dominium ſuum, Poſteriore verò committitur ſeruus, & vindicatur fiſco poſt manumiſſionem, ſoláque ex ſtipulatu actio ſupereſt priori domino contra emptorem qui oſtendit in legem venditionis *d. l.* 1. *&* 2. *C. ſi ſeru. export. uen.* Quartus caſus eſt huic

L. ſeruus 10. *C. de pœn.*

L. 2. *C. qui non poſſ. ad libert. peruen.*

L. 1. 2. 3. *& tot. tit. C. ſi ſeruus export. uen. l.* 1. *& tot. tit.* D. *de ſeru. export. l.* 4. *§. in illis D. de manumiſſ.*

huic similis, si quis venditus sit ea lege ne manumittatur *d. §. in illis. l. ea quidem §. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumit. vel contra.* vbi ratio redditur, *Neque enim conducio quæ personæ serui cohæsit, immutari facto eius qui ea lege comparauit potest. Nec tamen*, inquit, *pœna pactio* (sic enim lego non *exactio*) *si qua addita est condicioni non seruatæ, iustam exigendi tribuit causam*, qui non potest dici fides rupta cùm manumissionis contra legem venditionis factæ nullus sit effectus *arg. l. vlt. eod.* Quamquam fieri potest vt non sit inutilis conuentio pœnæ, si fortè propter omissum pactum manus iniectionis quod addi olim solebat seruus contra legem venditionis manumissus fisco committatur *arg. d. l. 1. & 2. C. si seruus export. ven.* Alij etiam casus sunt in quibus non valet datio libertatis, puta si in fraudem creditorum vel fisci data sit libertas aut non eo modo quo oportuit. De quibus in *tit. D. qui & à quib. manum. liber. non fiat & C. qui manumit. non poss.* sed diuersi sunt illi ab istis de quibus nũc diximus, & in quibus libertas impeditur propter personam istam serui qui ad libertatem perduci nunquam potest. De alijs dicemus ad *tit. Quib. ex caus. manumitt. non licet.*

L. ea quidē §. C. si mancip. ita fuer. alien.

Tit. D. Qui & à quib. manum. liber. non fiāt & Tit. C. qui manum. non poss.

ILLATIO I.

De *fauore ingenuitatis.*

EX hoc Principio fit, vt quemadmodum leges fauent libertati, ita etiã faueant ingenuitati *l. vlt. D. si ingen. ess. dicet.* Nam cùm libertus non alia de causa sit fauorabilis, quàm quòd sit secundum naturam, vt diximus ad Princ. 2. *tit. præce.* constat omnes homines natura non solùm liberos nasci, sed etiam ingenuos, siquidem ingenuus ille est, qui statim vt natus est, liber est. Et ingenuitas dicta quasi ingenita qualitas.

L. vlt. D si ingen. ess. dicet.

ILLATIO II.

De *benè natis & malè natis.*

SEcundò ex eodem Principio fit vt bene natum dicamus eum qui ingenuus natus est *Nouell. 22. De nup. cap. 8.* vnde sumpta est *Auth. sed hodie C. de donat. int. vir. & vxor.* & ingenuè loqui, pro eo quod est liberè & candidè. E contrariò malè natum eum qui seruus nascitur, quia nascitur contra naturam. Vnde & nequitiam seruilis ingenij dicunt Impp. in *l. 3. C. de libert. & eor. liber.*

Auht. sed hodie C. de dona. int. vir. & vxor.

L. 3. C. de libert. & eor. liber.

ILLATIO III.

De *natalium significatione.*

TErtiò ex eodem Principio fit, quod Pomponius scribit in *l. 3. D. si ingen. ess. dicet.* hoc sermone *adgnitis natalibus* de nullis aliis intelligendum esse senatum sensisse quàm de ingenuis.

L. 3. D. si ingē. ess. dicet.

ILLATIO IV.

De natalium restitutione.

QVartò ex eodem Principio fit, vt qui seruus natus est ex postfacto ingenuus fieri numquã possit, nisi iuris interuentu, id est ita demum si libertinus à Principe suis natalibus fuerit restitutus. Illis enim vtique natalibus

l.1.C de iur aureor. annul.

restituitur,in quibus initio omnes homines fuerunt,vnde & natales aequi dicuntur *in l.1.& 2.C.de iur.aur.annul.*non in quibus ipse natus est cùm seruus natus esset.Hic enim quantum ad totum ius pertinet, perinde habetur atque si ingenuus natus esset, Nec patronus eius potest ad successionem venire *l.2.D. de natal.restit.* vbi Marcianus ex hoc infert non facilè Imperatores solere quemquam natalibus suis restituere,nisi consentiente patrono. Ad omnẽ namque ingenuitatis statũ restituitur,qui isto beneficio Principis vtitur *l.3.eod.*perinde acsi maculam seruitutis ab initio non sustinuisset *l.vlt. in fi. eod.* Denique ius patroni hoc impetrato amittitur *d.l.vlt.in princip.* ideóque nec filio patroni inuito libertus natalibus restitui potest. Quid enim interest, ipsi patrono an filijs eius fiat iniuria? Inquit *l.4.eod.* Vnde etiam est, quod natalibus suis à Principe restitutus ille qui se ingenuum natum Principi adfirmauit, si ex ancilla natus sit nihil impetrasse videatur *l.1.eod.*quia non facilè credendũ est Princeps iuri patroni derogare voluisse, tametsi potuerit si voluisset *l.4.C.de emanc.liber.l.2.§.meritò & §.si quis à principe.Ne quid in loc.pu.*iun.*d.l.* 2.*in fi.*De*natal.rest.*Aliud est ius illud quod aureorũ annulorũ appellatur.Id .n. etsi à Principe perinde impetratur,tribuítq; impetrãti iura ingenuitatis,patroni tamen ius non lædit,nec eum à liberti hereditate excludit *l.pen.& vlt.D.de iur.aureor.annul.*Adeò vt Diuus Commodus etiam datum iam illud ius ijs ademerit qui inuitis aut ignorantibus patronis accepissent *l.3.eod.*quia tametsi non videatur eiusmodi concessione lædi patronus cuius integrum ius manet (quæ ad illũ locũ dubitandi ratio est) honor tamen patrono debitus ipsúmque ius patronatus exigit,vt de statu & capite liberti nihil vel inuito vel ignorante eo constituatur. Tanto facilius enim patronus impetrationi aureorum annulorum consensurus esse credendus est quanto minore incommodo id facere possit, & salua patronatus sui causa *arg.l.4.§.1.D.quib.mod.pign. vel hypoth.solu.* ideóque introductũ est beneficiũ annulorũ fauore ingenuitatis, vt posset locum habere tum etiam cùm patronus natalium restitutioni consentire nollet.Propter quã etiam causam videtur Iustin.constituisse *in Nouel.*78.*vt libert. de cæter.cap.1.&* 2.vt manumissum quemlibet tanquam hoc ipso factum ciuem romanum necessariò sequatur ius aureorum annulorum, adeóque ingenuitatis & vtIustinian. loquitur *regenerationis*, iure patronatus illæso, vt ex vna parte ius libertatis augeretur, ex altera verò non eo magis patroni à libertate danda reuocarentur. *Auth.sed hodie C.de iur.aur.annul.*Ex eo autem quod libertus qui ius aureorum annulorum impetrauit, non nisi saluo patroni iure ingenuus esse intelligitur, illud etiam sit quod Papin.scribit *in l.1.ill.fin.* inter cæteros alimenta liberto relicta non idcirco non deberi quia ius aureorũ annulorum ab imperatore libertus acceperit,Nempe quia quod ad patronũ manet libertus, licèt quod ad alios ingenuus intelligatur,& honor eius tãtùm auctus est non condicio mutata,vt eleganter ait Marcianus *in l falsa 33.§. sed si cui* De *condic.& demonstr.*Imaginem enim duntaxat non statum ingenuitatis præstat *l.2.C.de iur.aur.annul.*vbi lego *libertinis* non *libertinitatis.*Longéque alia ratio est eius, qui iudicatus ingenuus collusione per alium patronũ detecta cõdicioni suæ redditus,alimenta sibi quæ tertius patronus reliquerat, præberi desiderat.Hunc enim placuit amittere non solùm alimenta, sed etiã beneficium annulorum quod ante sententiam pro ingenuitate dictam acceperat,Quasi qui beneficium illud deposuerit hoc ipso quod se ingenuũ dixit *d.l.1.vers.diuersum & l.2.*D.*de iur.aureor.annul.*Sunt enim ista cõtraria,esse ingenuũ,& ius annulorũ impetrare,cùm ius annulorũ nõ alij impetrare possint,

quàm

Ius aureorum annulorum. l.3.l.pen. & vlt.D.de iur.aur.annulor.

l.2.D.de natal.restit.

l.3.l.vlt. eod.

l.4.eod.

l.1.eod.

Auth.sed hodie C. de iur.aur.annul.

l.1.D.de iur aureor. annul.

l.2.C.eod.

l.falsa 33.§. sed si cui D. de condic. & demonstr.

l.2.D.de iur.aur.annul.

quàm qui ingenui cùm nõ sint, fieri tamẽ volunt. Qui impetrat ius annulorũ si antea erat ingenu⁹ nõ idcirco amittit ingenuitatẽ quã scilicet habebat à natura, vt nec is, qui manumissus est, quemadmodũ dicemus ad Princip. *vlt. huius tit.* At, qui impetrato annulorum beneficio vindicat se in ingenuitatẽ amittit beneficium annulorũ, quia cùm sit illud aduentitium, non naturale, facilè ac quocunque voluntatis indicio amitti potest, *arg. l. 1. C. de nundin.* Priuilegiũ enim hoc non facit, nec potest facere vt reuera ingenuus sit, qui reuera seruus natus est, sed tantùm vt per fictionem iuris habeatur pro ingenuo, sicuti Paulus loquitur in *d. l. pen* & ingenuus intellig⁹tur quomodo Vlp. in *l. vlt. eo. tit. De iur. aur. annul.* Illa nãque verba *habetur, intelligitur*, & similia fictionem tantùm iuris, non etiam rei & naturæ veritatem demonstrant, Imò nec qui à Principe natalib⁹ restituuntur fiũt reuera ingenui, sed interuẽtu iuris, vt diximus initio huius illationis, id est per fictionem *d. l. 1. de natal. restit.* quasi inducta specie quadam regenerationis quam tamẽ natura penitus abhorret, vt contra Christum Dominum Nicodemus noster nihil nisi carnis & naturę leges tùm intuitus, disputabat. Ergo ingenuorum alij sunt à natura, alij à lege. Sed natura vsque adeò præualet vt non sit in potestate legis facere ingenuũ absolutè ac planè nisi restituendo natalibus. Nam qui ius aureorum annulorum impetrauit non est ingenuus absolutè, sed secundum quid, vt diximus ex *d. d. 2. C. de iur. aur. annul.* Fit tamen etiam quis ingenuus iuris interuentu alio casu id est per fictionem postliminij in specie *l. statulibera 6. §. 1. D. de stat. lib.* Cæterum quemadmodum & liberi & ingenui nascuntur homines cuiuscunque sexus siue másculi siue fœminæ, ita & fœminas ius annulorum impetrare ac natalibus restitui non minùs quàm masculos posse certum est *l. etiam fœmina 4. D. de iur. aur. annuli.*

L. statulibera 6. § 1. D. de statulib. L. etiam fœmina 4 D. de iur. aur. annul.

PRINCIPIVM II.

Ingenuitatem à matre pendêre non à patre.

INgenuus est qui nascitur ex matre libera, licèt ex patre seruo, aut quod idem est incerto *l. & seruorum 5. § ingenuus l. Herẽnius 22. D. de stat. homin.* Nam quemadmodum in seruis ita comparatum ius est vt serui nostri sint qui ex ancillis nostris nascuntur, licet patrem habeant liberum siue ingenuæ siue libertinæ conditionis, vt diximus ad Princip. *4. tit. præced.* Ita & in liberis ac ingenuis idipsum obtinere necesse est vt nascantur liberi & consequenter ingenui qui ex matre libera nascuntur. Vtrumque enim fit eadem non solùm iuris sed etiam naturæ ratione, quod mater semper certa sit, pater autem incertus semper, ac proinde nullus quoties extra iustas nuptias natus quis proponitur, *l. 5. D. de in ius vocand.* iunct. *l. lex naturæ 24. De stat. hom.* Itaq; ad libertatis fauorẽ hoc referendũ nõ est, quasi sic fiat vt certior sit libertas, sed ad necessitatẽ naturę, quia fieri nequeat vt matris cõditionẽ nõ sequatur is qui vt in superioribus disputauimus patrẽ nullũ habet *l. 1. in fin. D. ad municip.* cùm idem seruetur in causa seruitutis, multóq; facilius & frequẽtius apud eas gẽtes quæ seruitutis vsum retinuerunt, vt ex ancilla quis nascatur, quàm ex libera, quia seruile ingeniũ longe magis quàm ingenuũ proclive est ad libidinẽ, & ab iis quę ad pudicitiã publicámq; honestatẽ pertinẽt magis alienũ. Proinde si libertatis fauor hîc attẽdẽdus fuisset, erat sanè cõueniẽtius, ita ius cõstitui vt patris quã vt matris cõditionẽ filij sequeretur, Sed quoniã nõ nisi inter liberas personas matrimoniũ esse potest *l. 1. D. de diuort.* & consequenter nõ magis inter

L. & seruorum 5 § ingenui l. Herennius 22. D. de stat. homin.

Digitized by

hominē ſeruū & liberā fœminā, quàm inter liberū & ancillā) ſi enim vterq; ſit eiuſdē condicionis ſiue liberæ ſiue ſeruilis nullus dubitationi locus relinquitur, vtrius condicionē ſequi filius debeat) vtroq; caſu perinde euenit vt ex matris ſtatu liberorū cōdicionem pendēre ſit neceſſe: ſcilicet quod ad libertatem non quod ad ingenuitatem, cūm etiam libertæ filius ſit ingenuus, vt in princ. huius tit. Iuſtin. ſcribit. Et differentiæ ratio eſt quia ingenuum faciunt natales, liberum manumiſſio *l ſi fuerit* 10. *ad fin. D. de reb. dub. l. libertina* 9. C. *de ingen. manumiſſ.* Indéq; eſt quod diximus nihil intereſſe an natus quis ſit ex patre ſeruo, an ex incerto. Eſt enim pater incertus quiſquis talis eſt qui ex nuptiis certus demonſtrari non poteſt, qualis eſt ſeruus, nec tantùm ſeruus ille quem ſemper conſtiterit ſeruum eſſe, ſed & is qui contracti matrimonij adeóque ſuſcepti filij tempore non pro ſeruo habitus fuerit, ſed pro libero *l. ex libera* 6. C. *de ſuis & legit. l.* 3. C. *ſolut. matrim.* vbi additur, quod notādum eſt, eſſe quidem hūc ſpurium qui ex ſeruo & libera natus eſt, ſed tamen ingenuum, vt intelligamus nihil obſtare quominùs idem ſit & ſpurius & ingenuus, quāuis fieri nō poſſit vt quis ſit & ſpurius & ciuis romanus, vt dixim⁹ ad dict. Prin. 4. Ingenuū enim eſſe qualitas eſt nō ciuis romani, ſed hominis liberi. Et quēadmodum qui ſpurius eſt non eo minùs liber eſt ſi ſeruus non ſit, ita & ingenuum eum eſſe neceſſe eſt ſi nunquam fuerit ſeruus, niſi fortè illud etiam mirari volumus cur liber ſit cùm iam dixerimus ne quidē eſſe hominē eū qui ſit ſine patre, differentiā autē illā hominū eſſe vt alij ſint liberi, alij ſerui. Sed reſpondēdū eſt, re vera eſſe hominē cùm reuera patrem habeat licèt quis ille ſit non magis certò demōſtrari poſſit, quàm ſi vulgo cceptus eſſet: Et cſequenter neceſſe eſſe, vt reuera ſit ingenuus, qui re vera neque ſeruus eſt, neque vnquam fuit, Perinde namque abſurdum eſſet vt vel ſeruus vel libertinus diceretur, aut pro tali haberetur is, qui homo non eſſet, aut pro homine non haberetur. Sed & cùm dicimus omnes homines naſci liberos, ad eum hominem reſpicimus, qui primus vnquam natus fuit, quem tamen ſine patre humano fuiſſe non ſolùm ſacroſancta religio noſtra docet, verùm etiam ratio ipſa apud eos omnes qui mundum ab æterno non fuiſſe ex philoſophicis quoque rationibus didiſcerunt: Planè veciuis quis ſit nō ſufficit eſſe illū & liberū & ingenuū, ſed vt ex ciue & ſecūdū leges ciuiles natus ſit ac proinde ex iuſto matrimonio *Nouell. quib. mod. nat. effic. ſui in princip.* Obſerua tamen eſſe quoſdam caſus in quibus etiam ex ſerua ingenuus quis naſcitur, duos Vlp. refert in *l.* 1. §. 1. *De ſuis & legit.* quorum alter eſt ſi quis conceptus & natus ſit ex ea quæ moram in libertate fideicommiſſaria paſſa ſit, Alter ſi ex captiua. Tertium addidit Iuſtinianus in *l. cùm inter* 14. C. *de fideic. libert.* ſi partui in matris ancillæ vtero adhuc exiſtenti libertas data ſit, ſiue directa ſiue fideicommiſſaria.

l. ex libera 6 C. de ſuis & legit. l. 3. C. ſolut. matrim.

l. 1. §. 1. D. de ſuis & legit. l. cùm inter 14. C. de fideic. libert.

ILLATIO I.

Ex aduerſarij penuria ingenuitatem non acquiri.

l. Diui fratres 27. §. 1. D. de liber. cauſ.

EX hoc Principio ſicut & ex præcedente, fit, quod ſcribit Vlp. in *l. Diui fratres* 27. §. 1. *De liber. cauſ.* Si ea perſona deſit cognitioni quę ſtatus controuerſiam alicui faciebat in eadem cauſa eſſe illum qui de ſtatu ſuo litigat in qua fuit priuſquàm de libertate cōtrouerſiam pateretur. Quamuis enim hoc lucretur, quod is qui eam ſtatus controuerſiam faciebat amittit ſuā cauſam. Non ex eo ta-

eo tamen ingenuum fieri cum qui non fuit. *Nec enim*, inquit, *penuria aduersary solet ingenuitatem tribuere*, supple, *sed natura lisi te 7. C. de ingen. manum.* Nec est contrarium, quod idem Vlp. scribit in *l. ingenuum* 25. D. *de stat homin.* ingenuum accipere nos debere illum etiam de quo lata est sententia, id est qui per sententiam pronunciatus est ingenuus, quamuis reuera fuerit libertinus, Ratio enim est, quia, vt in eadem lege subditur, res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata* 207. *De regul. iur.* nec patitur autoritas rerum iudicatarum vt disputari amplius possit an libertinus aut seruus fuerit is qui semel ingenuus pronunciatus fuit. *arg. l. seruo* 65. *§. cum prator. D. ad SC. Trebell.* Idque adeò verum est vt sententia pro statu & ingenuitate lata contra vnum faciat ius quod ad omnes etiam inauditos (dummodo lata sit cum iusto & legitimo contradictore alioqui non obest vero patrono *l. 1. D. si ingen. esse dicet. l. 1. C. de ingen. manum. l. cum non iusto* 3. D. *de collus. deteg.*) quia personam afficit, nec fieri potest, vt quis vel liber, vel ingenuus sit, quod ad vnum quin sit etiam quod ad omnes, cùm sit qualitas personæ quæ est indiuidua, sicut & qui per vnius iudicis sententiam factus est infamis non solùm in illius territorio sed vbique terrarum infamis est *l. ex ea causa* 9. *D. de postul.* Quid enim aliud est ius hominis quòd vel liber sit, vel seruus, vel ingenuus, vel libertinus quàm homo ipse qualiter se habens, vt de iuribus prædiorum scriptum est in *l. quid aliud* 86. *De verb. signific.* Hoc ita tamen si sententia ritè & citra collusionem lata sit, hoc enim semper excipiendum est, neque hoc casu videtur necessarium auxiliū appellationis vt in *l. si per lusorio* 24. *in princip* iunct. *l. 5. §. 1. D. de appellat.* quia prætextu collusionis sententiam retractare permittitur quamuis non nisi semel *l. vlt. D. de collus. deteg.* iunct. *l. 3. De popular. actions.* scilicet intra quinquēnium *l. 2. eod. De collus. deteg.* Tempus enim illud constitutione Marci præfinitum est ad retractationem non quidem perficiendam sed inchoandā, aliter quàm seruari soleat circa eum qui ex libertinitate se in ingenuitatem petit. *d. l. 2. §. quinquēnū.* Apparet itaque multùm interesse quibus verbis sententia concipiatur, vt subiungitur in *d. l. Diui fratres §. 1.* id est an pronuncietur esse quem ingenuum, aut liberum, an verò actoris seruum vel libertum non videri. Sunt enim ista longè differentia, An quòd medium quiddam sit inter ingenuitatem & non libertinitatem, aut inter libertatem & non seruitutem? Minimè. Nā quisquis homo est eum si non seruus est, liberum esse necesse est, & similiter ingenuum si non sit libertinus. Sed quia potest fieri vt quis non sit seruus Titij, nec tamen sit liber quia alterius seruus esse potest, itémque vt quis non sit libertus Titij & tamen non sit ingenuus, quia alterius libertus sit. Denique cùm iudex pronunciat Stichum non videri seruum aut libertum Titij non pronunciat de iure Stichi, sed tantùm de non iure Titij, quod planè diuersum & longè minus est. Pronunciaret de iure Stichi si eum aut liberum aut ingenuum pronunciaret, quia qui dicit ius Stichi, dicit quid affirmatiuum id est Stichum esse talem, puta liberum aut ingenuum, non autem simplex abnutiuū vt Paulus loquitur in *l. inter stipulātem* 83. *in princip. De verb. oblig.* quale est non esse Titij seruum aut libertum. Et quantum inter hos casus interfit, vel ex eo maximè apparet quod sententia per quā pronunciatus esset Stichus liber vel ingenuus faceret ius quod ad omnes non alia de causa quàm quia esset de iure personę Stichi, Ea verò per quā pronūciatū duntaxat esset Stichū Titij seruū.

L. si te 7. C. de ingen. manum.

L. ingenuū 25. D. de stat. hemin.

L. 1. C. de ingē. manum.

L. ex ea causa 9. D. de postul.

L. vlt. & l. 2. §. quinquēnii De collus. deteg.

aut libertum non esse, aut, vt concipi solebāt sententiæ omnes, non videri, ius nō faceret nisi quod ad Titiū quia non de iure Stichi, sed nō de iure Titij tātùm lata esset. Quomodo etiā dicimus multū referre an pronunciatū sit heredē de qua inter nos cōtendebatur meā esse, an verò tuā nō esse *l. si inter me* 15. *D. de except. rei iudic.* Nec distinguendū est an præsens fuerit, an verò per contumaciā absens is qui Sticho cōtrouersiā fiatus faciebat, Vtroq; enim casu cùm nullo iure egerit, aut in bona causa peragēda negligēs fuerit, nō aliud dānum pati potest, quàm vt causam suā, siue bonam, siue malā amittat: quod fit pronunciatione sic cōcepta *Stichum Titij seruū aut libertum non videri.* Nā vt pronuncietur etiā liber Stichus aut ingenuus, extra causam est amissionis litis Titij, & tutus esset iudex qui de actione à Titio instituta iudicās, aliud in condemnatoné aut in absolutic nē deduceret, quàm quod actionis formula & potestate contineretur. Quid ergo? Distinguēdū est an agat Titius, qui Stichū seruū aut libertum suū esse cōtendat, An verò Stichus qui se in libertatē vel ingenuitatē vindicet *l. liberis 7. §. vlt. De liber. caus.* Priore casu obtinēt ea quæ diximus. Posteriore verò necessariò pronunciāndū est Stichum vel liberum aut ingenuū videri, vel non videri. Nēpe quia de eo ipso semper pronūciādum est, siue pro actore, siue pro eo, quod deductū est in actionē, id est vel de iure vel de non iure actoris, non etiam rei, Quæ tota ratio est eius quod dici solet, Actore non probāte absolui reū debere, quāuis nihil ipse præstiterit *l. 4. C. de eden. l. vlt. C. de rei vindic.* Et hęc Vlpiani sententia est in *d. l. Diui fr.* quāquā totus ille locus ab illis verbis *rectè atque ordine* mihi nō parū suspectus est vt Tribonianū magis quàm Vlpianū sapere videatur, siue verba intueor, siue sentētiā. Est enim prorsus nouum vt electionem iudex aduersario deferat an malit cognitionē circūduci an audita causa sentētiā proferri. Semper enim eliget is qui iudicio adest vt cōtra absentē sentētia proferatur, quā non potest non fauorabiliorē sperare cùm aduersus contumaces, vt vulgo iactatur, omnia iura clamēt. Atqui iudicū non tātùm cōtra inuitū redditur, sed etiā inter inuitos. Simili enim ratione Paul⁹ vtitur in *d. l. int.* 83 *§. 1. De ver. obl.* Sed neq; video quid in proposita specie possit interesse Stichi qui in seruitutē aut libertinitatē petebatur vt cognitio circūducatur: cùm etiāsi adesset Titius, nec de iure suo quicquā docere posset, nō aliud tamē dānū sentire deberet, quàm vt causam amitteret, id est vt pronūciaretur Stichū ipsius seruū aut libertū nō videri, nec eo magis assequeretur Stichus vt vel liber, vel ingenuus pronūciaretur. Quare fateor liberè me non intelligere quid sibi velint verba illa *neque hoc res capuonē vllā habet, cùm nō ingenuus pronuncietur sed seruus non videri.* Si enim cū interpretibus sic explices vt huiusmodi sententia nullā captionē habeat ratione absentiū, facies ridiculū Vlpianū, Nā nec absenti vero domino aut patrono noceret sētētia quę cū iniusto cōtradictore præsēte lata esset *d. l. 1. D si ingen. eff. dicet. l. 1. C. de ingen. manu.* Illa autē verba præterūt aliquā forte captionē si absente isto contradictore siue iusto, siue iniusto Stichus ingenuus pronūciaretur. Sin verò sic intelligas vt nulla captio sit absentis cōtradictoris, perinde nihil egeris. Nā quod ad cōtradictorē istū qui Sticho cōtrouersiā fiatus faciebat, æquè amittit ille causā siue pronūcietur Stichus ingenuus, siue *seruus aut libertus nō videri.* Sentētia enim cōtra absentē reddita facit ius quod ad ipsum, licet nō simpliciter, id est nō quod ad omnes *l. qui re pudiantis* 17. *§. vlt. De inof. test.* quia quoties quis absens vincitur, præsumitur victus ob id potiùs quòd abfuerit quàm quòd malam causam habuerit *l. Papinianus* 8. *§. meminisse eo. l. si ideo* 55. D. *de euict.* licēt differētia illa sit, quòd

L. si interim 15. D. de except. rei iudi.

L. liberis 7. §. vlt. D. de liber. caus.

L. 4. C. de eden. l. vlt. C. de rei vindicat.

Emēdatio l. Diui 27. §. 1. de liber. caus.

vno

uro casu sit ingenuus propter autoritatẽ rei iudicatę, alio nõ item, quia neq; iudicatũ est, neq; vt dixi iudicari debuit ingenuũ esse aut liberũ cũ, qui in seruitutẽ vel in libertinitatẽ petebatur, nisi per viã exceptionis hoc ipsum quoq; in iudiciũ dęductũ sit. Nã cùm reus in exceptione actor sit *l.1.D.de except.l.19.De probat.* non minùs super exceptione si iusta sit pronunciandum est pro reo, quàm super actione si iusta fuisset pronunciari debuisset pro actore. Ruins quod sequitur *Quod si ex seruitute in ingenuitatem se allegat* (in propria sanè & peregrina locutio, Dicimus enim *vindicare se in ingenuitatẽ* non *allegare*) *melius fecerint si cognitionem circumduxerint*: ego quale sit sanè non intelligo. Cur non enim vltro arripere debeat bonus iudex occasionem pronunciãdi pro libertate aut ingenuitate per absentiam eius qui status controuersiam faciebat? Ponimus enim nulla vrgente iusta causa abesse eum qui iudicio adesse si vellet posset & deberet. An non à fauore libertatis prorsus alienum illud est vt non possit pro libertate aut ingenuitate contra absentem pronunciare iudex, qui vt eadem lex subiicit pro presente contradictore contra absentem Stichum sine cunctatione iudicare potest? Cur deterior esse debeat cõdicio libertatis? An quia facilius possit succurri libertati contra sententiam quàm domino aut patrono contra sententiam & rem iudicatam simul? Atqui nihil potest dici iniquius, quàm vt tanto facilius lædatur libertas, quanto iustius per beneficium restitutionis posteà indemnis seruari possit *arg.l.vlt. C.in quib. caus. in integr. rest. necess. non est.* Illa autem ratio quæ sequitur *ne sine aduersario pronuncient ingenuum videri* prorsus ridicula est. Non enim absens videtur aduersarius qui per contumaciã abest, cùm eius absentia pro præsentia sit *Auth. qua in prouincia C.vbi de crim. agi oport.* Alioqui nec contra libertatem pronunciandum esset absente eo qui seruus dicitur aut libertinus, Nec rursum pro libertate etiamsi magna causa id suaderet ac euidentes probationes suggererẽt, quia non potest iudicium constare quin & actor aliquis sit & reus, & quidem vterque præsens aut præsentis loco habendus, vt diximus ad Princip. 4. *illat.* 4. *Tit.* Denique sfieri potest vt etiam absens vincat is qui petitur in seruitutem aut in libertinitatem, vt scriptum est in fine legis, Quanto magis vincere debebit si præsens ipse sit, aduersarius verò non nisi per cõtumaciam absit? Planè si is qui pro sua libertate litigat desit, contradictor verò præsens sit, nemo dubitat quin sententia proferri possit. Sic enim lex ait *melius erit inuestigari causam eius sententiámque proferri.* Quo vel solo ex verbo *inuestigari* si quis Tribonianum non agnoscat, is certè meo iudicio Vlpianũ malè nouerit. Item ex eo quod sequitur *si enim liquebit contra libertatẽ dabit.* Scripsisset enim Vlp. *dabunt* cùm de iudicibus in plurali numero actum esset. Fuit autẽ is error frequẽs & familiaris Triboniano Græco homini, quia plerũq; Græci verbũ singularis numeri iũgũt cũ nominatiuo plurali, quãquã nec id nisi præcedẽte nominatiuo neutrius generis. At neq; video cur de iudicibus hæc lex loquatur cùm de libertate & ingenuitate iudices nõ darẽ tur, sed magistratus ipsi cognoscere deberẽt *l.2.C.de pedan.iudic.* id est Consules in vrbe Præsides in prouinciis. *l.4.D.si ingen.esse dicet.* iunct. *l.5.C.vbi caus.stat.agi deb.* quod & Vlp. significat in *d.l.Diui fratres*, referens rescriptũ Diuorum fratrũ ad Proculũ & Munatiũ qui Cõsules fuerũt, quod & verba illa rescripti significant *vestræ grauitatis est.* Denique fuisse eam cognitionem iurisdictionis constat ex *l. neque* 36. *§. vlt. D. de fideic. libert.* At iudices dati non iurisdictionem sed iudicium exercebant. Quòd si ipsos quoque magistratus iudices dicere velis, saltem *maiores iudices* dicendi sunt vt in *l.non distinguemus* 32. *§. de liberali. De recept. qui arbitr.* Q-

mnium verò maximè Triboniani inſcitiam detegere mihi videtur, quòd in fine legis ſcriptum eſt, *euenire autem poteſt vt etiam abſens vincat, nã poteſt ſententia etiam ſecundum libertatem ferri.* Quis enim tam ilipidus eſt vt dubitet quin poſſit ſententia pro libertate ferri eo caſu quo poſſit etiam contra libertatem? Voluit proculdubio Tribonian. ſcribere *ſecundum abſentem.* Nam illud vtique verum eſt poſſe ſententiam pro abſente quoque ferri ſi is bonã cauſam habeat *l.1.C. quomo. & quandd iud. l. properandum* 13.§. *& ſi quidem cum ſeq.* C. *de iudic.* Sed de his iam ſatis.

ILLATIO II.

Ingenuitatem non acquiri per adoptionem.

L. vlt. D. de ſtat. homin.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt eum qui ſe libertinum eſſe fatetur nec adoptando ingenuum patronus facere poſſit *l. vlt. D. de ſtat. homin.* quoniã ſcilicet ingenuum natura facit non adoptio: quæ licèt naturã imitetur *l. adoptio* 16. *D. de adopt.* tamen iuris commentum eſt *l. fideicommiſſum* 36. *De cond. & demonſtr.* & imago quædam qua non poteſt ipſa naturæ veritas adumbrari *l. filio* 23. *De liber. & poſthum.* Nec eſt contrarium quod Marcellus ſcribit *in l. ſciendum.* 32. *De rit. nup.* libertinum qui ſe ingenuo dedit adrogandum ingenui cura cõſequi in familia adrogatoris. Aliud enim eſt ingenuũ fieri, aliud verò conſequi iura ingenuitatis in adrogatoris familia. Nõ fit hic ingenuus, ſed manet libertinus, ideóque & à ſenatoriis nuptiis repellitur vt eadem lex ait, Et tamen non eo minùs in patroni ſui familia ingenui iura conſequitur, quia ſic patronus voluit, quem proinde dubitandum non eſt hoc ipſo ius ſuum patronatus amittere. Tunc enim ius ſuum nõ amittit, cùm libertus per obreptionem adrogatus eſt ſiue à patrono ipſo, ſiue ab alio quolibet *l. liberto* 49. *D. de bon. libert.* Fit autem adrogatio per obreptionem quoties libertus ſuam condicionem celat *l. ſed ſi hac lege* 10. *§. patronum De in ius vocand.* Multò minùs autem poteſt quis nudæ voluntatis mendacio eum qui reuera ſeruus eſt perducere ad ingenuitatem *l. 1. C. de colluſ. deteg.* E contrario non lęditur ſtatus liberorum ob tenorem inſtrumẽti malè concepti *l. Imperator* 8. *De ſtat. homin. l. Imperatores* 29. §. 1. *de probat. l.* 5. C. *de teſtam.* At nec per ſolos teſtes probari poteſt ingenuitas *l.* 2. C. *de teſtib.* ſed neceſſaria eſt probatio per ſcripturam quæ ob eam rem de cuiuſque natiuitate fieri ſolebat *l.* 2. §. *at ſi autem D. de exeuſ tut.* item de cuiuſque condicione *l.* 3. *l.* 4. §. *in ſeruis* D. *de cenſib.* licèt non ignorem alios ad *d. l.* 2. aliter ſentire.

L. ſciẽdũ 32. *D. de rit. nupt.*

L. liberto 49. D. *de bo. libert.*

L. 1 C. de colluſ. deteg.

L. 2. de teſti. l. imperator 8. *D. de ſtat. homin.*

PRINCIPIVM III.

De illo qui in vtero eſt habendo pro nato.

L. qui in vtero 7. l. qui in vtero 26. D. de ſtat. homin.

L. in faleidia 9. §. 1. D. ad leg. falcid.

QVi in vtero eſt perinde habetur ac ſi iam natus eſſet, quoties de commodis ipſius quaritur, licèt alij antequam naſcatur non proſit l. qui in vtero 7. *l. qui in vtero* 26. D. *de ſtat. homin.* Fit autem hoc non naturaliter, ſed fictione iuris. Naturaliter enim verum eſt, non eſſe natum eum nec hominem dici poſſe qui adhuc in vtero ſit *l. in faleidia* 9. §. 1. D. *ad. legẽ Falci.* Vnde fit quod vulgò interpretibus placet, Si ſtaturum de homine loquatur appellatione hominis non venire poſthumum in vtero exiſtẽtem, nimirum quia ſtatutorũ verba naturaliter & propriè non ciuiliter & fictitiè ſunt intelligenda, vt iidem interpretes vulgò tradunt. Fictio tamen hæc iure ciuili fuit inducta

non

non tantùm fauore partus propter ſpē naſcendi vt ait *l.1 in princip.* D. *de ventr. in poſſ. mitt.* ſed etiam fauore reipublicæ, cuius cauſa facit, vt etiam fauorabilior partus quàm pueri condicio exiſtimetur. Partui enim aliquando fauendū eſt ob hoc ipſum vt in lucem producatur, Vt in edicto illo prætoris *De ventr. in poſſ. mitt.* Puero verò id eſt iam nato ad hoc ſolùm vt in familiam inducatur. Denique partus ratio habēda eſt tum etiam cùm neſcitur certò cuius ſit, quia non tantum parenti naſcitur cuius eſſe dicitur, verùm etiam reipublicę, vt eleganter inquit Vlpian. *d.l.1. §. & generaliter.* Cùm verò numquam lex fictionem inducat quin eius inducendæ non ſolùm iuſta ſed etiam neceſſaria aliqua cauſa ſubſit, quia fictio falſum quid & mendax eſt, *l. denique 19. ex quib. cauſ. maior.* lex autem mendaciũ abhorrere adeóque punire ſolet, *l. vlt.* D. *de rei vindic.* *Nouell.* 18. *De trient. & ſemiſſ. cap.* 10. *§. illud quoque*, videtur ciuilis legiſlator hāc fictionem inducere coactus fuiſſe potiſſimùm propter hereditates præſertim legitimas quas ſcilicet lex duodecim tabularum, Si ſuus heres non erit, proximo agnato defert, & quidem ita vt neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſionē eſſe patiatur, nec rurſus manere delationem in ſuſpenſo, ſed inſpecto præciſè mortis tempore in conſtituenda ſiue ſui heredis ſiue agnati proximi perſona *l.1. & tot. tit. De ſuis & legit.* Itaque ne defuncti qui vxorem prægnantem reliquiſſet, frater ſuperſtes & iam natus proximum agnatum poſſet ſe dicere neceſſe fuit poſthumũ haberi pro nato & ſui heredis iure cenſeri ad impediendum ne alioqui hereditas fratri deferri poſſet. Idémque dici poteſt ſi ponas deceſſiſſe quem relicto fratre poſthumo, & aliis fratribus iam natis. Nullam enim hereditatis partem habere poſſet frater poſthumus ſi pro nato non haberetur. Sed facto teſtamento non idem induci & obtinere neceſſe fuit. Neque enim prohibetur inſtitui perſona quæ in rerum natura non ſit, ſi modò ſperetur, nec pro non ſcripto habetur quod tali perſonæ relinquitur, vt in *l. quidam referunt* 14. D. *de iur. codicill. l. 4. D. de his quæ pro non ſcripti.* Hinc tamen factum eſt vt debuerit inſtitui poſthumus etſi pro nato habendus non fuit, aut ſaltem exheredari ſi fuiſſet præteritus, vtique agnoſcendo patris teſtamentum rupturus erat, cui malo & periculo non aliter obuiam ire prudens pater poterat quã ſi eum teſtamẽto, vel inſtitueret vel exheredaret. Poſtquàm inductum iã illud erat vt etiam poſt mortem patris natus, ei ſuccedere ab inteſtato poſſet. Inſtituendi enim aut exheredandi fuerunt liberi omnes qui iure ſuo ſuccedere ab inteſtato potuerunt. Itaque non dubito quin propter legitimas hereditates primùm hæc fictio fuerit introducta, non etiam propter teſtamentarias. Sciendum tamẽ eſt, eum qui in vtero ſit ita demũ interim haberi pro nato ſi poſteà naſcatur. Nã ſi mater vel abortũ vel oſtentũ fecerit nõ ſolum nõ retrofingitur iã antè natus fuiſſe, ſed & è contrario retrofingitur nũquam conceptus fuiſſe, licet fuerit re vera, nẽpe quia fictionis inducendæ cauſa ceſſat cùm nõ aliam ob cauſam partui fauendum eſſet quàm propter ſpem naſcendi *d.l.1.* D. *de ventr. in poſſ. mitt.* id eſt quod homo naſci ſperaretur, quo poſteà nunquam nato, nec ratio vlla ſupereſt propter quam haberi debeat pro aliquando concepto *l. is cui ita* 18. D. *quand. dies legat. ced.* Omne namque ius hominum duntaxat gratia comparatum fuit *l.2. De ſtat. hom.* hic autem nunquam homo fuit.

L.1. De ſt. in poſſeſſ. mittend. in princip. & in §. & generaliter.

Fictio nulla inducitur niſi ex neceſſitate.

Fictio nati partus qui adhuc ſit in vtero inducta eſt ob legitimas hereditates, nõ ob teſtamentarias.

L. is cui ita 18. D. quãd. dies legat. ced.

ILLATIO I.

De legitimis hereditatibus, De iure postliminij, De vsucapione partus.

L. qui in vtero 26. D. de stat. homin. l. 1. C. de postlim. l. apud hostes 9. l. Diui 25. D. eod.

EX hoc igitur Principio illud primùm fit quod ſcriptũ eſt *in d. l. qui in vtero* 26. vt legitimæ hereditates etiam his qui in vtero ſunt deferantur, Item vt ſi prægnans mulier ab hoſtibus capta ſit, id quod natũ erit poſtliminium habeat acſi infans iam natus cum matre captus fuiſſet, id eſt iure proprio non iure poſtliminij paterni vt euenit cùm partus apud hoſtes cõceptus eſt *l. 1. C. de poſtlim. l. apud hoſtes* 9. *l. Diui* 25. *D. eod.* Item vt ſi ancilla prægnans ſubrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei emptorẽ pepererit, id tamen quod natum erit tanquam furtiuum vſum non capiatur *l. qui vas* 48. §. *ancilla* D. *de furt.* Denique vt libertus quoque quandiu patroni filius naſci poteſt eo iure ſit quo ſunt qui patronos habent.

L. qui vas 48. §. ancilla D. de furt.

Secundo ex eodem Principio fit, vt ſi qua fœmina conceperit libera, deinde ancilla pariat, is qui naſcitur liber naſcatur ſiue ex iuſtis nuptiis ſiue vulgo conceptus ſit *l. & ſeruorum* 5. § *ingenui D. de ſtat. homin.* de quo quia ſcripſimus latiſſimè & de ſententia ac emẽdatione *l. Areſcuſa* 15. *& ſeq.* De *ſtat. hom.* quæ ad hunc tractatum pertinet *libr.* 20. *Coniect. cap.* 1. *& ſeqq.* plura hîc non dicemus.

ILLATIO III.

De iis quæ in iure conſtituta ſunt fauore poſthumorum.

TErtiò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt generaliter dicã quicquid in iure noſtro legimus conſtitutum fauore poſthumorum, quoties id talẽ eſt quod & ad poſthumi commodum pertineat, & non aliter conſtitui potuerit quàm habito priùs poſthumo pro nato in neceſſarium antecedens. Vt in exemplis illis cernere eſt de quibus ſuprà diximus. Nam ſi poſthumus nõ haberetur pro nato iã inde ab eo inſtãti quo lex defert agnato proximo hereditatem *ſi ſuus heres non erit*, nihil ei prodeſſet quod poſteà naſceretur, & eo temporequo iam alteri delata hereditas eſſet. Non enim poteſt in ſuſpẽſo manere poteſtas legis quę ei ſoli defert hereditàtem qui mortis tempore proximior reperitur. Videtur autem lex 12. tabul. ob eam cauſam vſa verbo futuri temporis non præſentis *ſi ſuus heres non erit* vt ſufficeret ſuum heredẽ aliquem expectari, licet nullus adhuc eſſet. Similiter capta ab hoſtibus muliere libera non poſſet partus apud hoſtes editus quando cũque in ciuitatem reuerſus habere poſtliminium ex propria perſona niſi ex die captiuitatis maternæ, & iam natus & ciuis retrofingeretur. Nemo autem non videt quantũ ipſius interſit habere ius poſtliminij ex propria perſona, vt ſi fortè ſolus id eſt ſine patre & matre fortaſſis iam defunctis reuertatur ab hoſtibus priſtina omnia ciuitatis iura recuperet, quæ alioqui non recuperaret *l. 1. C. de poſtlim.* Similiter ſi ancilla pręgnãs ſubrepta ſit & pepererit apud bonę fidei emptorẽ, poſſet partus vſucapi tãquã non furtiuus ſi ex die furti pro nato nõ haberetur. Dices nullũ in eo partus cõmodũ eſſe cùm æquè fiat vt naſcatur maneátq; ſeruus. Quid enim ipſius intereſt an huius domini ſeruus ſit an illius? Imò dicere ſolemus rei vitiũ eſſe quòd furtiua ſit, & ob eã cauſam vſucapi non poſſit *§. ſed tamen & §. aliis quoque modis infr. D. vſucap. l. interdum* 56. *§. ſi*

res

Digitized by Google

res peculiaris D. *de furt.* Respondeo, cùm de seruis agimus non personã serui qui iure ciuili pro nullo est inspici solere, sed personam domini propter quẽ solum de hoc ipso quærimus, an pro furtiuo habendus sit necne. Apparet autem interesse domini vt pro nato habeatur qui in ancillę vtero est tunc cum ancilla subripitur, vt furtiuus creiatur ideóque vsucapi prohibeatur, Vnde distinguendus est hac in re liber partus à seruo. Alioqui cur obsecro ius ciuile seruũ posthumũ haberet pro nato, aut eũ qui in ancillæ subreptæ vtero sit, quẽ etiã verè natum habet pro nullo? Imò verò interest quàm maximè partus qui in ancillæ vtero est, vt quandiu mater ancilla est non habeatur ille pro nato, nimirum ne prohibeatur nasci ingenuus si fortè cõtinget matrem fieri liberam aliquo vel vno instanti. Nam si durante seruitute intelligeretur iam natus, vtique non nisi pro seruo haberi posset, atque ita fieret vt quamuis posteà mater libera pareret, non tamen ingenuus hic nasceretur, sed libertinus, quippe qui aliquando seruus fuisset. At ipsius quàm maximè interest vt non tantùm liber sed etiam ingenuus nascatur. Ideóque si vel vno temporis momento mater quæ ancilla concepit, libera facta sit, dicimus partũ eum de pro nato haberi vt quãdocunque natus licet ex matre quę ancilla quoque pepererit, liber nascatur & ingenuus, qui prędidet lex fieri posse vt mater quę medio tempore libera reperitur possit recidere in seruitutem, atque ita seruũ parere, si non ita ius cõstitueretur vt partus hic ex primo instãti libertatis maternæ pro nato haberetur, vt libertas exinde cõpetẽs intercidere nũquã posset. Quę enim semel cõpetiit nunquã retractatur, vt diximus ad Princip. 2. *illa.* 2. *tit. præce.* Porro vt libertas exinde cõpetisse intelligeretur non potuit lex facere ne quidẽ per fictionem, nisi illa priùs fictione inductâ vt partus hic ex eo instãti pro nato & edito haberetur. Nam cùm liberum esse vel seruum qualitas sit & differentia hominis vt sæpe iã diximus, priùs necesse fuit haberi hunc pro homine quàm vt pro libero haberi posset. Propter quã causam inter veteres dubitatum fuisse refert Iustin. *in l. cum inter* 14. *C. de fideic. libert.* an ei qui in matris ancillę vtero esset libertas non quidẽ directa, sed fideicõmissaria dari posset. Quãuis enim ex vna parte fauor libertatis maximè vrgeret, ex altera tamen videbatur fieri non posse vt quis liber fieret priusquàm esset homo, nec rursus vt dilata libertate in tẽpus natiuitatis liber natus videretur qui natus esset ex ea ancilla, quæ libera nũquam fuisset. Liberum enim nasci nihil aliud est quàm ingenuum nasci, vt diximus Princip. præcedente. Ingenuũ verò sola natura non manumissio facere debet, Nec sanè memini alio vllo iuris loco aut prudentibus aut Imperatoribus in mentem vnquam veniisse, vt dicerent vel constituerent liberum & ingenuum vllo casu nasci eũ quem mater perpetuò serua peperisset, aut libertatẽ siue directã siue fideicõmissariã ei dari posse quãdiu in vtero esset, matre ipsa serua manẽte. *arg. l. vlt. C. de liber. caus.* in postremis illis verbis *aut libertate cum lucis auctoribus fruí.* Longéque diuersum est quod Vlp. scribit in *l. generaliter* 24. §. *seruo eius De fideic. libert.* seruo eius qui nondum in rebus humanis est libertatem rectè per fideicõmissum relinqui. Aliud siquidem est in vtero esse seruũ cui libertas datur, siue directa, siue fideicõmissaria, Aliud verò in vtero esse dominum serui. Nihil enim hoc impedit fideicommissariam libertatem, cuius nimirum datio dilata intelligitur in id tempus, quo dominus natus erit. Tantique momenti hæc ratio est vt quamuis Iustin. *in d. l. cùm inter*, libertati

§ *sed tamen & §. alys quoque modis infr. De vsucap. l. interdum* 16. §. *si res peculiaris C. de furt.*

L. cùm inter 14. *C. de fideic. libert.*

L. vlt. C. de liber. caus. L. generaliter 24. §. *seruo eius D. de fideic. libert.*

Digit

in hac quęstione supra modum fauere voluerit, nō tamen ausus sit constituere, neque verò potuerit vt priùs esset partus liber quàm homo, sed tātùm vt libertatem cum sole respiciat, id est vt eodē instanti quo fit homo, sit etiam liber ex precedenti datione libertatis. An ergo poterit interim, id est quandiu in vtero partus est, libertas reuocari & adimi, quasi quæ nondum competat? Minimè. Id enim est quod Iustin. ait *suam firmitatem habere siue in masculo, siue in fœmina qui quoue adhuc in ventre vehitur.* Habet igitur eum Iustinianus pro nato ex ipso instanti præstitæ libertatis siue directæ, siue fideicommissariæ, perinde acsi matrem eo instanti liberam habuisset, quæ postmodō ancilla peperisset: Facitque ius nouum non in eo quod habet eum pro nato vt haberi possit pro libero, sed eo quod vult & pro nato & pro libero eum haberi priùs etiam quàm nascatur quamuis & conceptus & editus sit ex ea matre quæ nullo vnquam instanti libera fuerit. Alioqui sanè non nasceretur ingenuus, si vel vno momento post momentum suæ natiuitatis libertatem cōsequeretur. Dices, Cur non ergo idipsum iam obtinebat iure vetere vt libertas ei qui adhuc in vtero esset dari posset, in eámque rem partus pro iam nato haberetur, cùm in ea re tam magnum ipsius commodum versaretur? Respondeo, nō potuisse id fieri ex mera iuris ratione, quia libertas hæc quam Iustinianus confirmat, non à natura, sed ab hominis facto & liberalitate proficiscitur, si non directam proponas, sed fideicommissariam. Atqui eo instanti quo datur illa ab homine, fatendum est liberum nondum esse cum cui datur. Quo enim iure liber esset qui ex ancilla perpetua conceptus fuisset? Aut quomodo magis liber fieri posset, qui iā liber esset? Rursus nec ante illud instans, quo libertas datur, haberi potest pro nato, quia vt iā dixi, eius dāno & incommodo potiùs id cederet si haberetur pro nato eo tempore quo si natus esset, seruus esset: siquid em ingenuus postea nasci nūquā posset. Ergo si velis eum haberi pro nato, necesse est id fieri vel eo instāti quo incipit datio libertatis, vel posteà. Eo ipso instāti, non potest. An quia sicut intellectus, ita & temporis ordine prius sit, vt qui in vtero est habeatur pro nato, quàm vt pro libero? Minimè. Vtrūq; enim fit in eodē instāti; cùm ea quę ancilla cōcepit postea fit libera, adeò vt si ponas non nisi vno instāti libera fuisse quādiu prægnās fuit, non eo minùs tamen & liber & ingenuus ex ea filius nascatur, quia cùm naturalis sit illa libertas, nec nisi iuris fictione indigeat, fictio illa vtique inducitur vnico instanti. Ratio igitur est quia libertas ab homine dari non potest vno instāti, quoties factum hominis interuenire necesse est, quomodo euenit in libertatibus omnibus fideicommissariis, sicut nec in instāti fit quicquam aliud eorum omnium quæ tempus, id est cōtinuam plurium instantium successionem requirunt, in quorum genere ma numissionem esse nemo ambigit. Porrò lex sicuti non potest partum habere pro edito nisi quatenus id partui fauorabile est propter libertatem, ita nec fictionem hanc inducere potest primo illo instanti quo incipit fieri manumissio, quia eo instanti libertas fideicommissaria nōdum competere potest, tanquam nondum facta manumissione. Et consequenter verum est, eo instāti adhuc seruum fore hunc cui fideicommissaria libertas relicta fuit, si tum nasceretur. Iam autem diximus, interesse ipsius, vt quādiu seruus futurus esset, pro nato non habeatur, præsertim verò vt ingenuus nascatur, & præterea nō posse eū fieri liberū quādiu nec natus est, nec habēdus pro nato, quia liberum

rum esse qualitas est hominis quę non potest esse sine suo subiecto. At rursus si pro nato cum haberi velis postquā plenè facta, impleta & absoluta manumissio est, nihil egeris, quoniam serum erit auxilium legis & sera fictio si indicatur eo tempore aut vt meliùs loquar, eo instanti quo manumissio iam inutiliter facta sit. In omni enim actione siue naturæ illa sit, siue iuris, necesse est potestatem agendi ex parte agentis, cum potestate patiendi & suscipiendi ex parte patientis & suscipientis concurrere: Alioqui aut agentis aut patientis defectu, nihil prorsus agi necesse est. Itaque cùm iuris ratio non solum non faceret, sed etiam repugnaret quominùs huic seruo in vtero existenti libertas fideicommissaria dari posset, necessaria fuit autoritas constitutionis Iustinianeę, quę hūc faceret liberū ipso iure & sine manumissione (quomodo enim siue vindicta siue qua alia ratione manumitti posset is qui in vtero adhuc esset?) non secus quàm si directam libertatē à defuncto meruisset. Hac solà differentia quod illo casu esset libertus, nullius aut quod idem est orcinus, *l.3.§.planè De legit.tutor. & apud Vlp.tit.2.§.8.* Hoc verò patronum habet eum à quo debuit ex fideicōmisso manumitti. Sic enim accipio quod in *dict. l.cùm inter.* Iustinianus directam libertatem & fideicōmissariā æquiparat illis verbis *censemus & fideicommissariam necnon directam libertatem suam firmitatem habere.* Nam si quis ita acceperit vt Iustinianus nouum ius faciat, tā in directa quàm in fideicōmissaria libertate is proculdubio errauerit, cùm ex principio legis appareat non nisi de fideicommissaria libertate inter veteres dubitatum fuisse: sicut & ex ea iuris veteris ratione quàm attulimus, apparet de directa dubitari nullomodo potuisse. Etsi enim ab homine relinquitur illa perinde ac fideicōmissaria, tamē nō ab homine præstatur, sed à lege hoc ipso, quod vltimā defuncti hominis voluntatem confirmat, vt ex Vlpiano sępius iā monuimus. Lex autem eam voluntatem confirmat in instanti, ob idque dicitur libertas directa competere non dari aut præstari. Ac proinde nihil vetat quominùs eodē instāti & pro nato & pro libero hic partus habeatur, matre quoque ancilla manente. Non valde dissimile illud est, quod si ancillā morā in libertate fideicommissaria passa sit non idcirco libera fit statim ex die moræ, sed ex quo tātùm præsentibus aut saltem euocatis omnibus qui morā fecerunt, pronunciatū est per prætorē vel præsidē, libertatē deberi *l. cùm verò 26.§.subuentum l.si eum seruum 28.§ si quis seruum D.de fideic. libert. l.ancillam 15.C.eod.* Et interim verè serua est *l.si quis seruo 84.De leg.2.l.non est cogendus 53 D.ad SC.Trebell.* Filius tamen ex ea medio tempore natus ingenuus esse intelligitur acsi ex libera natus esset *l.1.§.1.D.de suis & legit.l.cùm libertatem 3.C.de fideic.liber.* nec tātùm si dolosa libertati mora facta sit, sed etiā si fortuita, Vt puta ob non repertas ante filij natiuitatem tabulas quibus mater fideicommissariā libertatem acceperat *d.l.cùm verò 26.§.apparet eod.* Nēpe, quia libertas fideicōmissaria matri debita exigit factum manumittentis, in cuius vicem succedit factum & autoritas magistratus, vt & aliàs plerunque factum iudicis est factum partis *l.1.C.si in caus iudic.pign.capt.sit.l.si ob causam 13.C.de eusct.* At libertas adeóque ingenuitas quā haberet filius si fideicommissarię libertati matris mora facta non esset, à natura esset non ab homine. Meliorem igitur filij quàm matris hac parte condicionem esse æquum fuit, licēt in hanc rem fuerit necessarium auxilium cōstitutionis ad succurrendum filio, vt loquitur *d. l. cùm libertatem*, qui scilicet alioquin, ex iuris & naturæ

L.cùm verò 26.§.subuentū l.siquis seruū De fideic. libert.l. ancillam 15. C. eo. L. si quis seruo 84. de legat.2.l. nō est cogendus 53. D ad SC. Treb. L.1.§.1.D.de suis & legit. l.cùm libertatem 3. C. de fideic. liber d.l. cùm verò §. apparet.

Digitized by Google

nisi non nisi seruus ex ancilla nasci potuisset. Non enim debuit iniuria patri facta, aut ipsius calamitas si mora fortuita fuit, ei nocere qui in vtero tùm fuisset *d.l.5.§.ingenuus De stat.hom.* iunct. *d.l.si per imprudentiam* 51. *D. de euict. l. exceptione* 67. *D de fideiuss.*

De filio patroni habendo pro nato vt libertum habeat.

POstremum exemplum, quod adfert Iulianus in *d.l.26. De stat.hom.* vt ostendat eum qui in vtero sit haberi ferè semper pro nato, illud est, quod libertus quandiu patroni filius aliquis nasci potest, eo iure est quo sunt qui patronos habent, Nimirum quia ad eius qui in vtero est commodum maximè pertinet vt habeat libertum. Etsi enim dici solet non esse locupletiorem eum, qui libertũ adquisijt *l.nemo* 126. §.1. *De reg.iur.* quia libertus cùm sit liber in bonis nostris nõ est *l.1.§ si id quod datur De oblig.& act.* iunct. *l.rẽ in bonis* 52. *De acquir.rer.dom.* interest tamen nostra libertum habere, propter operas, spem succedendi, aliáque huiusmodi iura patronatus, vt dicemus ad *tit.seq.* Atqui non retineret posthumus libertum paternum, si interim ipse pro nato non haberetur: quia nõ potest quis dici libertus nisi ex comparatione patroni cùm sint ista correlatiua, quorum posito vno necesse est poni alterum, sublato vno tolli alterum. *l.1.C. de cupress.lib.11.tit.vlt.* qui autẽ semel habere patronum desiisset, posteà nato patroni filio rursus in libertinitatem recidere non posset. Mirum igitur non est patroni filium hoc casu haberi pro nato.

L.nemo 126. §.1. *De reg. iur.*

Denique in eo qui liber nascitũrus est dici potest quod Paulus scribit in *d.l.7. De stat.hom.* haberi eum pro nato quoties de ipsius commodo agitur. Sed si tã generaliter loqui velimus vt is etiã qui seruus nasciturus est cõprehendatur, quia de proprio ipsius commodo tractari eo casu nihil potest, ad cõmodũ domini referẽda res est vt pro nato habeatur quoties domini vtilitas id exigit, vt in exẽplo illo quod explicauimus, De partu ancillæ subreptæ apud bonę fidei possessorẽ. Propter has autẽ causas Iulianus in *d.l.26 eo.* tractãs nõ tãtùm de libero partu, de quo Paulus, sed etiã de seruo, cùm scriberet eos qui in vtero sũt intelligi in rerũ natura esse, nec posset adiicere quod Paulus adiecerat *quoties de cõmodis ipsius partus quæritur,* (quia seruo id nõ cõueniebat) adiecit quod Paulus adiicere non potuit *in toto pene iure ciuili.* Propositio nãque à Paulo tradita quoniã & ad partum liberum & ad eas causas in quibus de liberi partus commodo agatur, coarctata est, nullã prorsus recipit exceptionem. At propositio Iuliani quia generalis est ad partum quemlibet & ad causas quaslibet pertinens non potest generaliter vera esse, sed vt cæteræ propositiones generales ferè omnes, patitur suas exceptiones. Illam verò si non fortasse vnicã, saltem præcipuam, vt locum non habeat in partu libero si de ipsius partus commodo non agatur, Multò minùs verò in eo qui seruus nasciturus sit, si domini vtilitas id nõ postulabit. Quod non satis animaduersum est ab interpretibus qui vulgo vtrumque locum sic accipiunt, quasi eadem omnino sit sententia Pauli & Iuliani.

L.7. & l.26 D. de stat. homin.

Illud sanè mirum est quod vterque Iurisconsultus sic loquitur vt dicat eos qui in vtero sunt in rerum natura esse intelligi, quasi verè non sint, quod tamen falsum est. Fateor non esse illos in hominum natura, quia non sunt homines priusquàm sint editi *d.l.in falcidia 9.in fin.D. ad leg.falcid.* Sed dico non

eo non eo minùs esse illos in rerum natura, adeò vt propter spem nascendi eorum quoque ratio habeatur *l.2. De mort.infer.l.1. D.de ventr.in poss. mitt.* nec dubitauerit Tertull.in apologet scribere, hominem esse etiam qui est futurus, & fructum hominis esse iam in semine, licèt interim pars viscerum matris esse existimetur *l.vlt.C.de liber.caus.* Itaque tatendum est vel minùs exactè minúsque propriè hîc locutos fuisse Iurisconsultos, vel ideò sic locutos quia non tàm de partu quàm de persona tractabant. Relatiuum enim illud *qui* non solum est relatiuum substantiæ, sed etiam personæ, Persona autem ipsa cùm nulla dùm sit, ne quidem in rerum natura esse intelligitur. Prius enim est vt sit persona quàm vt ea in rerum natura esse dici possit. Imò nec aliud quicquam est personam in rerum natura esse, quàm esse simpliciter.

Partus nondum editus in rerũ quidem nõ in hominum natura est.

CONFVTATIO L

De iis quæ iure ciuili constituta sunt fauore posthumorum non quasi natorum, sed quasi nascturorum.

EX eo autem quod dicimus, Partum quandiu in vtero est, re vera esse in rerum quamuis non etiam in hominum natura, illud consequens fit, vt fictio illa iuris quæ est necessaria ad hoc vt habeatur pro nato, non si etiam necessaria ad hoc vt habeatur pro nascituro. Vt enim sit nasciturus tandémque nascatur is qui iam in vtero est, fit naturaliter, nec tantùm ex ratione, sed etiam ex necessitate naturæ, si non faciet mulier abortum aut ostentum, Quos casus tanquam abominabiles, & extra naturæ ordinem positos non priùs lex curat, quàm ex eorum euentu appareat totam nascendi spem interci disse. Et ad hoc referenda sunt ea omnia quæ in iure nostro de posthumis scripta legimus, siue ipsorum, siue aliorum fauore, non quia pro natis habendi sint, sed quia nasci possint. Eiusmodi est, quod ait *l.si quis prægnantem* 187 *De reg.iur.* non videri sine liberis decessisse eum, qui vxorem prægnantem reliquerit. Et intelligendum mortis tempore fuisse eum qui in vtero fuit *intelligendus* 153. *De verb. signific.* Non enim illæ leges rationem hanc habent, quod posthumus hic pro nato habeatur, sed quia citrà fictionem vllam nasciturus est. Idque ex eo apparet euidentissimè quod cùm non habeatur posthumus pro nato nisi cùm de proprio ipsius commodo agitur vt diximus, ita vt non prosit patri siue ab onere tutelæ, siue à reliquis muneribus ciuilibus ob numerum liberorum excusari velit *l.2.§.qui autem in ventre est D.de excusat.tutor.* hic tamen prodest patri siue fuerit fideicommisso grauatus pater sub ea conditione *si sine liberis decesserit d.l.si quis prægnantem.* Siue legatum aut fideicõmissum patri relictum sit sub ea conditione *si liberos habebit.* Nam is cui ad tempus liberorum aliquid relictum fuit si vxore prægnãte decesserit ad heredem suum transfert legatum *l.sed etsi ad tempus* 20. *D.ad SC. Trebell.* Intelligitur enim expleta iam conditione decessisse si tamen posthumus natus fuerit, inquit Iulianus in *l is cui ita legatum* 18. *D.quand. dies legat. ced.* iunct. *l.2.§.si quis ex libertis D.ad SC. Tertyll.* Nam legati conditio non illa fuit *si filium natum relinqueret*, quo casu vtique non haberetur posthumus pro nato, nec faceret vt videretur pater impleta conditione decessisse, sed illa *si liberos haberet.* Habet autem qui reliquit vxorem prægnantem, quia licet

L.si quis prægnatem 87. De reg. iur. L. intelligendus 153. De ver signific. L.2.§. qui autẽ in ventre est D. de excusat. tut.

L.etsi ad tẽpus 20. D. ad SC. Trebell. L. is cui ita legatum 18. D. quand. dies legat. ced. l.2. §. si quis ex liberis D. ad. SC. Tertyll.

Digitized Google

aut libertum non esse, aut, vt concipi solebāt sententiæ omnes, non videri, iusnō faceret nisi quod ad Titiū quia non de iure Stichi, sed nō de iure Titij tātùm lata esset. Quomodo etiā dicimus multū referre an pronunciatū sit heredi-
L. si interme 15. D. de excep rei iudic. tatē de qua inter nos cōtendebatur meā esse, an verò tuā nō esse *l. si inter me 15. D. de excep. rei iudic.* Nec distinguendū est an præsens fuerit, an verò per contumaciā absens is qui Sticho cōtrouersiā status faciebat, Vtroq; enim casu cùm nullo iure egerit, aut in bona causa peragēda negligēs fuerit, nō aliud dānum pati potest, quàm vt causam suā, siue bonam, siue malā amittat: quod fit pronunciatione sic cōcepta *Stichum Titij seruū aut libertum non videri.* Nū vt pronuncietur etiā liber Stichus aut ingenuus, extra causam est amissionis litis Titij, & tutus esset iudex qui de actione à Titio institutā iudicās, aliud in condemnatonē aut in absolutionē deduceret, quàm quod actionis formula & potestate contineretur. Quid ergo? Distinguēdū est an agat Titius, qui Stichū seruū aut libertum suū esse cōtendat, An verò Stichus qui se in libertatē
L. liberis 7. §. vlt. D. de liber. caus. vel ingenuitatē vindicet *l. liberis 7. §. vlt. De liber. caus.* Priore casu obtinēt ea quæ diximus. Posteriore verò necessariò pronunciandū est Stichum vel liberum aut ingenuū videri, vel non videri. Nēpe quia de eo ipso semper pronūciādum est, siue pro actore, siue pro eo, quod deductū est in actionē, id est vel de iure vel de non iure actoris, non etiam rei, Quæ tota ratio est eius quod dici solet, Actore non probāte absolui reū debere, quāuis nihil ipse præstiterit
L. 4. C. de ed. dd. vlt. C. de rei vin dicat. *l. 4. C. de eden l. vlt. C. de rei vindic.* Et hęc Vlpiani sententia est in *d. l. Diui* Emēdatio *l. Diui 27. §... de liber. caus.* quāquā totus ille locus ab illis verbis *rectè atque ordine* mihi nō parū suspectus est vt Tribonianū magis quàm Vlpianū sapere videatur, siue verba intueor, siue sentētiā. Est enim prorsus nouum vt electionem iudex aduersario deferat an malit cognitionē circūduci an audita causa sententiā proferri. Semper enim eliget is qui iudicio adest vt cōtra absentē sententia proferatur, quā non potest non fauorabiliorē sperare cùm aduersus contumaces, vt vulgo iactatur, omnia iura clamēt. Atqui iudicū non tātùm cōtra inuitū redditur, sed etiā inter inuitos. Simili enim ratione Paul⁹ vtitur in *d. l. int. 83. §. 1. De ver. obli.* Sed neq; video quid in proposita specie possit interesse Stichi qui in seruitutē aut libertinitatē petebatur vt cognitio circūducatur: cùm etiāsi adesset Titius, nec de iure suo quicquā docere posset, nō aliud tamē dānū sentire deberet, quàm vt causam amitteret, id est vt pronūciaretur Stichū ipsius seruū aut libertū nō videri, nec eo magis assequeretur Stichus vt vel liber, vel ingenu⁹ pronūciaretur. Quare fateor liberè me non intelligere quid sibi velint verba illa *neque hæc res captionē vllā habet, cùm nō ingenuus pronuncietur sed seruus non videri.* Si enim cū interpretibus sic explices vt huiusmodi sententia nullā captionē habeat ratione absentiū, facies ridiculū Vlpianū, Nā nec absenti vero domino aut patrono noceret sētētia quę cū iniusto cōtradictore præsēte lata esset *d. l. i. D. si inge. ess. dicet. l. i. C. de ingen. manu.* Illa autē verba præferūt aliquā fore captionē si absente isto contradictore siue iusto, siue iniusto Stichus ingenuus pronūciaretur. Sin verò sic intelligas vt nulla captio sit absentis cōtradictoris, perinde nihil egeris. Nā quod ad cōtradictorē istū qui Sticho cōtrouersiā status faciebat, æquè amittit ille causā siue pronūcietur Stichus ingenuus, siue *seruus aut libertus nō videri.* Sentētia enim cōtra absentē reddita facit ius quod ad ipsum, licet nō simpliciter, id est nō quod ad omnes *l. qui repudiantis 17. §. vlt. De inof. test.* quia quoties quis absens vincitur, præsumitur victus ob id potiùs quòd abfuerit quàm quòd malam causam habuerit *l. Papinianus 8. §. meminisse eo. l. si ideo 55. D. de euict.* licèt differētia illa sit, quòd

vno

vno casu fit ingenuus propter autoritatẽ rei iudicatę,alio nõ item,quia neq; iudicatũ est,neq; vt dixi iudicari debuit ingenuũ esse aut liberũ cũ,qui in seruitutẽ vel in libertinitatẽ petebatur,nisi per viã exceptionis,hoc ipsum quoq;in iudiciũ deductũ sit.Nã cùm reus in exceptione actor sit *l.1.D.de except.l.19.De probat.* non minùs super exceptione si iusta sit pronunciandum est pro reo, quàm super actione si iusta fuisset pronunciari debuisset pro actore. Rursus quod sequitur *Quod si ex seruitute in ingenuitatem se allegat* (impropria sanè & peregrina locutio,Dicimus enim *vindicare se in ingenuitatẽ* non *allegare*) *melius fecerint si cognitionem circumduxerint*:ego quale sit sanè non intelligo. Cur non enim vltro arripere debeat bonus iudex occasionem pronunciãdi pro libertate aut ingenuitate per absentiam eius qui status controuersiam faciebat? Ponimus enim nulla vrgente iusta causa abesse eum qui iudicio adesse si vellet posset & deberet. An non à fauore libertatis prorsus alienum illud est vt non possit pro libertate aut ingenuitate contra absentem pronunciare iudex, qui vt eadem lex subiicit pro presente contradictore contra absentem Stichum sine cunctatione iudicare posset? Cur deterior esse debeat cõdicio libertatis? An quia facilius possit succurri libertati contra sententiam quàm domino aut patrono contra sententiam & rem iudicatam simul ? Atqui nihil potest dici iniquius , quàm vt tanto facilius lædatur libertas , quanto iustius per beneficium restitutionis posteà indemnis seruari possit *arg.l.vlt. C.in quib. caus.in integr.rest.necess.non est.* Illa autem ratio quæ sequitur *ne sine aduersario pronuncient ingenuum videri* prorsus ridicula est.Non enim absens videtur aduersarius qui per contumaciã abest,cùm eius absentia pro præsentia sit *Auth. qua in prouincia C.vbi de crim.agi oport.* Alioqui nec contra libertatem pronunciandum esset absente eo qui seruus dicitur aut libertinus,Nec rursum pro libertate etiamsi magna causa id suaderet ac euidentes probationes suggererẽt, quia non potest iudicium constare quin & actor aliquis sit & reus,& quidem vterque præsens aut præsentis loco habendus,vt diximus ad Princip. 4. *illat.*4.*Tit.* Denique si fieri potest vt etiam absens vincat is qui petitur in seruitutem aut in libertinitatem,vt scriptum est in fine legis,Quanto magis vincere debebit si præsens ipse sit,aduersarius verò non nisi per cõtumaciam absit? Planè si is qui pro sua libertate litigat desit,contradictor verò præsens sit, nemo dubitat quin sententia proferri possit.Sic enim lex ait *melius erit inuocari causam eius sententiámque proferri.* Quo vel solo ex verbo *inuocari* si quis Tribonianum non agnoscat,is certè meo iudicio Vlpianũ malè nouerit.Item ex eo quod sequitur *si enim liquebit contra libertatẽ dabit.* Scripsisset enim Vlp. *dabunt* cùm de iudicibus in plurali numero actum esset.Fuit autẽ is error frequẽs & familiaris Triboniano Græco homini,quia plerũq;Græci verbũ singularis numeri iũgũt cũ nominatiuo plurali,quãquã nec id nisi præcedẽte nominatiuo neutrius generis.At neq;video cur de iudicibus hæc lex loquatur cùm de libertate & ingenuitate iudices nõ darẽ tur,sed magistratus ipsi cognoscere deberẽt *l.2.C.de pedan.iudic.* id est Consules in vrbe Præsides in prouinciis *l.4.D.si ingen.ess.dicet.* iunct.*l.5.C.vbi caus.stat.agi deb.* quod & Vlp.significat in *d.l.Diui fratres*,referens rescriptũ Diuorum fratrũ ad Proculũ & Munatiũ qui Cõsules fuerũt,quod & verba illa rescripti significant *vestra grauitatis est.* Denique fuisse eam cognitionem iurisdictionis constat ex *l. neque* 36. *§. vlt.D. de fideic. libert.* At iudices dati non iurisdictionem sed iudicium exercebant. Quòd si ipsos quoque magistratus iudices dicere velis , saltem *maiores iudices* dicendi sunt vt in *l.nec distinguemus* 32.*§.de liberali.De recept. qui arbitr.* Q-

mnium verò maximè Triboniani inſcitiam detegere mihi videtur, quòd in fine legis ſcriptum eſt, *venire autem poteſt vt etiam abſens vincat, nã poteſt ſententia etiam ſecundum libertatem ferri.* Quis enim tam ilipidus eſt vt dubitet quin poſſit ſententia pro libertate ferri eo caſu quo poſſit etiam contra libertatem? Voluit proculdubio Tribonian. ſcribere *ſecundum abſentem.* Nam illud vtique verum eſt poſſe ſententiam pro abſente quoque ferri ſi is bonã cauſam habeat *l.1.C. quomo. & quandd iud. l. properandum* 13. §. *& ſi quidem cum ſeq.* C. *de iudic.* Sed de his iam ſatis.

ILLATIO II.

Ingenuitatem non acquiri per adoptionem.

L. vlt. D. de ſtat. homin.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt eum qui ſe libertinum eſſe fatetur nec adoptando ingenuum patronus facere poſſit *l. vlt. D. de ſtat. homin.* quoniã ſcilicet ingenuum natura facit non adoptio: quæ licèt naturã imitetur *l. adoptio* 16. *D. de adopt.* tamen iuris commentum eſt *l. fideicommiſſum* 36. *De cond. & demonſtr.* & imago quædam qua non poteſt ipſa naturæ veritas adumbrari *l. filio* 23. *De liber. & poſthum.* Nec eſt contrarium quod Marcellus ſcribit *in l. ſciendum.* 32. *De rit. nup.* libertinum qui ſe ingenuo dedit adrogandum ingenui cura cõſequi in familia adrogatoris. Aliud enim eſt ingenuũ fieri, aliud verò conſequi iura ingenuitatis in adrogatoris familia. Nõ fit hic ingenuus, ſed manet libertinus, ideóque & à ſenatoriis nuptiis repellitur vt eadem lex ait, Et tamen non eo minùs in patroni ſui familia ingenui iura conſequitur, quia ſic patronus voluit, quem proinde dubitandum non eſt hoc ipſo ius ſuum patronatus amittere. Tunc enim ius ſuum nõ amittit, cùm libertus per obreptionem adrogatus eſt ſiue à patrono ipſo, ſiue ab alio quolibet *l. liberto* 49. *D. de bon. libert.* Fit autem adrogatio per obreptionem quoties libertus ſuam condicionem celat *l. ſed ſi hac lege* 10. §. *patronum De in ius vocand.* Multò minùs autem poteſt quis nudæ voluntatis mendacio eum qui reuera ſeruus eſt perducere ad ingenuitatem *l. 1. C. de colluſ. deteg.* E contrario non lęditur ſtatus liberorum ob tenorem inſtrumẽti malè concepti *l. Imperator* 8. *De ſtat. homin. l. Imperatores* 29. §. 1. *de probat. l.* 5. C. *de teſtam.* At nec per ſolos teſtes probari poteſt ingenuitas *l.* 2. C. *de teſtib.* ſed neceſſaria eſt probatio per ſcripturam quæ ob eam rem de cuiuſque natiuitate fieri ſolebat *l.* 2. §. *at as autem D. de excuſ tut.* item de cuiuſque condicione *l.* 3. *l.* 4. §. *in ſeruis* D. *de cenſib.* licèt non ignorem alios ad *d. l.* 2. aliter ſentire.

L. ſeiãũ 32. *D. de rit. nupt.*

L. liberto 49. D. *de bo. libert.*

L. 1 C. de colluſ. deteg.

L. 2. de teſti. l. imperator 8. D. de ſtat. homin.

PRINCIPIVM III.

De illo qui in vtero eſt habendo pro nato.

L. qui in vtero 7. l. qui in vtero 26. D. de ſtat. homin. L. infalcidia 9. §. 1. D. ad leg. falcid.

QVi in vtero eſt perinde habetur acſi iam natus eſſet, quoties de commodis ipſius quæritur, licèt alij antequam naſcatur non proſit l. qui en vtero 7. l. qui in vtero 26. D. *de ſtat. homin.* Fit autem hoc non naturaliter, ſed fictione iuris. Naturaliter enim verum eſt, non eſſe natum eum nec hominem dici poſſe qui adhuc in vtero ſit *l. in falcidia* 9. §. 1. D. *ad. legẽ Falci.* Vnde fit quod vulgò interpretibus placet, Si ſtatutum de homine loquatur appellatione hominis non venire poſthumum in vtero exiſtẽtem, nimirum quia ſtatutorũ verba naturaliter & propriè non ciuiliter & fictitiè ſunt intelligenda, vt iidem interpretes vulgò tradunt. Fictio tamen hæc iure ciuili fuit inducta

non

Digitized by Google

non tantùm fauore partus propter ſpē naſcendi vt ait *l.1 in princip.* D. *de ventr. in poſſ.mitt.* ſed etiam fauore reipublicæ, cuius cauſa facit, vt etiam fauorabilior partus quàm pueri condicio exiſtimetur. Partui enim aliquando fauendū eſt ob hoc ipſum vt in lucem producatur, Vt in edicto illo prætoris *De ventr. in poſſ.mitt.* Puero verò id eſt iam nato ad hoc ſolùm vt in familiam inducatur. Denique partus ratio habēda eſt tum etiam cùm neſcitur certò cuius ſit, quia non tantum parenti naſcitur cuius eſſe dicitur, verum etiam reipublicę, vt elegantер inquit Vlp. in *d.l.1.§.& generaliter.* Cùm verò numquam lex fictionem inducat quin eius inducendæ non ſolùm iuſta ſed etiam neceſſaria aliqua cauſa ſubſit, quia fictio falſum quid & mendax eſt, *l. denique 19. ex quib. cauſ. maior.* lex autem mendacium abhorrere adcóque punire ſolet, *l. vlt.* D. *de rei vindic.* *Nouell.* 18. *De triens. & ſemiſſ. cap.* 10. *§. illud quoque*, videtur ciuilis legiſlator hāc fictionem inducere coactus fuiſſe potiſſimùm propter hereditates præſertim legitimas quas ſcilicet lex duodecim tabularum, Si ſuus heres non erit, proximo agnato defert, & quidem ita vt neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſionē eſſe patiatur, nec rurſus manere delationem in ſuſpenſo, ſed inſpecto præciſè mortis tempore in conſtituenda ſiue ſui heredis ſiue agnati proximi perſona *l.1. & tot. tit. De ſuis & legit.* Itaque ne defuncti qui vxorem prægnantem reliquiſſet, frater ſuperſtes & iam natus proximum agnatum poſſet ſe dicere neceſſe fuit poſthumū haberi pro nato & ſui heredis iure cenſeri ad impediendum ne alioqui hereditas fratri deferri poſſet. Idémque dici poteſt ſi ponas deceſſiſſe quem relicto fratre poſthumo, & aliis fratribus iam natis. Nullam enim hereditatis partem habere poſſet frater poſthumus ſi pro nato non haberetur. Sed facto teſtamento non idem induci & obtinere neceſſe fuit. Neque enim prohibetur inſtitui perſona quæ in rerum natura non ſit, ſi modò ſperetur, nec pro non ſcripto habetur quod tali perſonæ relinquitur, vt in *l. quidam referunt* 14. D. *de iur. codicill. l. 4. D. de his quæ pro non ſcript.* Hinc tamen factum eſt vt debuerit inſtitui poſthumus etſi pro nato habendus non fuit, aut ſaltem exheredari ſi fuiſſet præteritus, vtique agnoſcendo patris teſtamentum rupturus erat, cui malo & periculo non aliter obuiam ire prudens pater poterat quā ſi eum teſtamēto, vel inſtitueret vel exherederet. Poſtquàm inductum iā illud erat vt etiam poſt mortem patris natus, ei ſuccedere ab inteſtato poſſet. Inſtituendi enim aut exheredandi fuerunt liberi omnes qui iure ſuo ſuccedere ab inteſtato potuerunt. Itaque non dubito quin propter legitimas hereditates primùm hæc fictio fuerit introducta, non etiam propter teſtamentarias. Sciendum tamē eſt, eum qui in vtero ſit ita demū interim haberi pro nato ſi poſteà naſcatur. Nā ſi mater vel abortū vel oſtentū fecerit nō ſolum nō retrofingitur iā antè natus fuiſſe, ſed & è contrario retrofingitur nūquam conceptus fuiſſe, licet fuerit re vera, nēpe quia fictionis inducendæ cauſa ceſſat cùm nō aliam ob cauſam partui fauendum eſſet quàm propter ſpem naſcendi *d.l.1. De ventr. in poſſ.mitt.* id eſt quod homo naſci ſperaretur, quo poſteà nunquam nato, nec ratio vlla ſupereſt propter quam haberi debeat pro aliquando concepto *l. is cui ita* 18. D. *quand. dies legat. ced.* Omne namque ius hominum duntaxat gratia comparatum fuit *l.2. De ſtat. hom.* hic autem nunquam homo fuit.

L.1. De ſtr. in poſſeſſ. mittend. in princip. & in §. & generaliter.

Fictio nulla inducitur niſi ex neceſſitate.

Fictio nati partus qui adhuc ſit in vtero inducta eſt ob legitimas hereditates, nō ob teſtamentarias.

L. is cui ita 18. D. quād. dies legat. ced.

ILLATIO I.

De legitimis hereditatibus, De iure poſtliminij, De vſucapione partus.

L. qui in vtero 26. D. de ſtat. homin. l. 1. C. de poſtlim. l. apud hoſtes 9. l. Diui 25. D. eod.

EX hoc igitur Principio illud primùm fit quod ſcriptũ eſt *in d. l. qui in vtero* 26. vt legitimæ hereditates etiam his qui in vtero ſunt deferantur, Item vt ſi prægnans mulier ab hoſtibus capta ſit, id quod natũ erit poſtliminium habeat acſi infans iam natus cum matre captus fuiſſet, id eſt iure proprio non iure poſtliminij paterni vt euenit cùm partus apud hoſtes cõceptus eſt *l. 1. C. de poſtlim. l. apud hoſtes* 9. *l. Diui* 25. *D. eod.* Item vt ſi ancilla prægnans ſubrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei emptorẽ pepererit, id tamen quod natum erit tanquam furtiuum vſum non capiatur *l. qui vas* 48. §. *ancilla D. de furt.* Denique vt libertus quoque quandiu patroni filius naſci poteſt eo iure ſit quo ſunt qui patronos habent.

L. qui vas 48. §. ancilla D. de furt.

Secundo ex eodem Principio fit, vt ſi qua fœmina conceperit libera, deinde ancilla pariat, is qui naſcitur liber naſcatur ſiue ex iuſtis nuptiis ſiue vulgo conceptus ſit *l. & ſeruorum* 5. §. *ingenui D. de ſtat. homin.* de quo quia ſcripſimus latiſſimè & de ſententia ac emẽdatione *l. Areſcuſa* 15. *& ſeq.* De *ſtat. hom.* quæ ad hunc tractatum pertinet *libr.* 20. *Conſect. cap.* 1. *& ſeqq.* plura hîc non dicemus.

ILLATIO III.

De iis quæ in iure conſtituta ſunt fauore poſthumorum.

TErtiò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt generaliter dicã quicquid in iure noſtro legimus conſtitutum fauore poſthumorum, quoties id talẽ eſt quod & ad poſthumi commodum pertineat, & non aliter conſtitui potuerit quàm habito priùs poſthumo pro nato in neceſſarium antecedens. Vt in exemplis illis cernere eſt de quibus ſuprà diximus. Nam ſi poſthumus nõ haberetur pro natõ iã inde ab eo inſtãti quo lex defert agnato proximo hereditatem *ſi ſuus heres non erit*, nihil ei prodeſſet quod poſteà naſceretur, & eo temporequo iam alteri delata hereditas eſſet. Non enim poteſt in ſuſpẽſo manere poteſtas legis quę ei ſoli defert hereditàtem qui mortis tempore proximior reperitur. Videtur autem lex 12. tabul. ob eam cauſam vſa verbo futuri temporis non præſentis *ſi ſuus heres non erit* vt ſufficeret ſuum heredẽ aliquem expectari, licet nullus adhuc eſſet. Similiter capta ab hoſtibus muliere libera non poſſet partus apud hoſtes editus quandocũque in ciuitatem reuerſus habere poſtliminium ex propria perſona niſi ex die captiuitatis maternæ, & iam natus & ciuis retrofingeretur. Nemo autem non videt quantũ ipſius interſit habere ius poſtliminij ex propria perſona, vt ſi fortè ſolus id eſt ſine patre & matre fortaſſis iam defunctis reuertatur ab hoſtibus priſtina omnia ciuitatis iura recuperet, quæ alioqui non recuperaret *l. 1. C. de poſtlim.* Similiter ſi ancilla pręgnãs ſubrepta ſit & pepererit apud bonę fidei emptorẽ, poſſet partus vſucapi tãquã non furtiuus ſi ex die furti pro nato nõ haberetur. Dices nullũ in eo partus cõmodũ eſſe cùm æquè fiat vt naſcatur maneátq; ſeruus. Quid enim ipſius intereſt an huius domini ſeruus ſit an illius? Imò dicere ſolemus rei vitiũ eſſe quòd furtiua ſit, & ob eã cauſam vſucapi non poſſit *§. ſed tamen & §. aliis quoque modis infr. D. vſucap. l. interdum* 56. *§. ſi*

res

Digitized by Google

res peculiaris D. *de furt.* Respondeo, cùm de seruis agimus non personã serui qui iure ciuili pro nullo est inspici solere, sed personam domini propter quẽ solum de hoc ipso quærimus, an pro furtiuo habendus sit necne. Apparet autem interesse domini vt pro nato habeatur qui in ancillę vtero est tunc cùm ancilla subripitur, vt furtiuus credatur ideóque vsucapi prohibeatur, Proinde distinguendus est hac in re liber partus à seruo. Alioquin obsecro ius ciuile seruũ posthumũ haberet pro nato, aut eũ qui in ancillæ subreptæ vtero sit, quẽ etiã verè natum habet pro nullo? Imò verò interest quàm maximè partus qui in ancillæ vtero est, vt quandiu mater ancilla est non habeatur ille pro nato, nimirum ne prohibeatur nasci ingenuus si fortè cõtinget matrem fieri liberam aliquo vel vno instanti. Nam si durante seruitute intelligeretur iam natus, vtique non nisi pro seruo haberi posset, atque ita fieret vt quamuis posteà matet libera pareret, non tamen ingenuus hic nasceretur, sed libertinus, quippe qui aliquando seruus fuisset. At ipsius quàm maximè interest vt non tantùm liber sed etiam ingenuus nascatur. Ideóque si vel vno temporis momento mater quæ ancilla concepit, libera facta sit, dicimus partũ exinde pro nato haberi vt quãdocunque natus licet ex matre quę ancilla quoque pepererit, liber nascatur & ingenuus, qui pręuidet lex fieri posse vt mater quę medio tempore libera reperitur possit recidere in seruitutem, atque ita seruũ parere, si non ita ius cõstitueretur vt partus hic ex primo instãti libertatis maternæ pro nato haberetur, vt libertas exinde cõpetẽs intercidere nũquã posset. Quę enim semel cõpetiit nunquã retractatur, vt diximus ad Princip. 2. *illa.* 2. *tit. prace.* Porro vt libertas exinde cõpetisse intelligeretur non potuit lex facere ne quidẽ per fictionem, nisi illa prius fictione inducta vt partus hic ex eo instãti pro nato & edito haberetur. Nam cùm liberum esse vel seruum qualitas sit & differentia hominis vt sæpe iã diximus, priùs necesse fuit haberi hunc pro homine quàm vt pro libero haberi posset. Propter quã causam inter veteres dubitatum fuisse refert Iustin. *in l. cùm inter* 14. *C. de fideic. libert.* an ei qui in matris ancillę vtero esset libertas non quidẽ directa, sed fideicõmissaria dari posset. Quãuis enim ex vna parte fauor libertatis maximè vrgeret, ex altera tamen videbatur fieri non posse vt quis liber fieret priusquàm esset homo, nec rursus vt dilata libertate in tẽpus natiuitatis liber natus videretur qui natus esset ex ea ancilla, quæ libera nũquam fuisset. Liberum enim nasci nihil aliud est quàm ingenuum nasci, vt diximus Princip. præcedente. Ingenuũ verò sola natura non manumissio facere debet, Nec sanè memini alio vllo iuris loco aut prudentibus aut Imperatoribus in mentem vnquam venisse, vt dicerent vel constituerent liberum & ingenuum vllo casu nasci eũ quem mater perpetuò serua peperisset, aut libertatẽ siue directã siue fideicõmissariã ei dari posse quãdiu in vtero esset, matre ipsa serua manẽte. *arg. l. vlt. C. de liber. caus.* in postremis illis verbis *aut libertate cum lucis auctoribus frui.* Longéque diuersum est quod Vlp. scribit in *l. generaliter* 24. *§. seruo eius De fideic. libert.* seruo eius qui nondum in rebus humanis est libertatem rectè per fideicõmissum relinqui. Aliud siquidem est in vtero esse seruũ cui libertas datur, siue directa, siue fidecõmissaria, Aliud verò in vtero esse dominum serui. Nihil enim hoc impedit fideicommissariam libertatem, cuius nimirum datio dilata intelligitur in id tempus, quo dominus natus erit. Tanquàm mouenti hæc ratio est vt quamuis Iustin. *in d. l. cùm inter*, libertati

§ *sed tamen & §. alys quoque modis infr.* De *vsucap. l. interdum* 56. §. *si res peculiaris C. de furt.*

L. cùm inter 14. *C. de fideic. libert.*

L. vlt. C. de liber. caus. L. generaliter 24. *§ seruo eius D. de fideic. libert.*

in hac quęſtione ſupra modum fauere voluerit,nõ tamen auſus ſit conſtituere,neque verò potuerit vt priùs eſſet partus liber quàm homo,ſed tãtùm vt libertatem cum ſole reſpiciat,id eſt vt eodẽ inſtanti quo fit homo,ſit etiam liber ex pręcedenti datione libertatis. An ergo poterit interim,id eſt quandiu in vtero partus eſt,libertas reuocari & adimi, quaſi quæ nondum competat? Minimè. Id enim eſt quod Iuſtin. ait *ſuam firmitatem habere ſiue in maſculo,ſiue in fœmina qui quaue adhuc in ventre vehitur*. Habet igitur eum Iuſtinianus pro nato ex ipſo inſtanti præſtitæ libertatis ſiue directæ,ſiue fideicommiſſariæ,perinde acſi matrem eo inſtanti liberam habuiſſet, quæ poſtmodũ ancilla peperiſſet:Facitque ius nouum non in eo quod habet eum pro nato vt haberi poſſit pro libero, ſed eo quod vult & pro nato & pro libero eum haberi priùs etiam quàm naſcatur quamuis & conceptus & editus ſit ex ea matre quæ nullo vnquam inſtanti libera fuerit. Alioqui ſanè non naſceretur ingenuus, ſi vel vno momento poſt momentum ſuæ natiuitatis libertatem cõſequeretur. Dices, Cur non ergo idipſum iam obtinebat iure vetere vt libertas ei qui adhuc in vtero eſſet dari poſſet,in eámque rem partus pro iam nato haberetur,cùm in ea re tam magnum ipſius commodum verſaretur? Reſpondeo,nõ potuiſſe id fieri ex mera iuris ratione,quia libertas hæc quam Iuſtinianus confirmat, non à natura, ſed ab hominis facto & liberalitate proficiſcitur, ſi non directam proponas,ſed fideicommiſſariam. Atqui eo inſtanti quo datur illa ab homine, fatendum eſt liberum nondum eſſe eum cui datur. Quo enim iure liber eſſet qui ex ancilla perpetua conceptus fuiſſet? Aut quomodo magis liber fieri poſſet, qui iã liber eſſet? Rurſus nec ante illud inſtans,quo libertas datur,haberi poteſt pro nato, quia vt iã dixi,eius dãno & incommodo potiùs id cederet ſi haberetur pro nato eo tempore quo ſi natus eſſet,ſeruus eſſet:ſiquidem ingenuus poſteà naſci nũquã poſſet. Ergo ſi velis eum haberi pro nato,neceſſe eſt id fieri vel eo inſtãti quo incipit datio libertatis,vel poſteà. Eo ipſo inſtãti,non poteſt. An quia ſicut intellectus,ita & temporis ordine prius ſit, vt qui in vtero eſt habeatur pro nato,quàm vt pro libero? Minimè. Vtrũq; enim fit in eodẽ inſtãti,cùm ea quę ancilla cõcepit poſtea fit libera,adeò vt ſi ponas non niſi vno inſtãti liberã fuiſſe quãdiu prægnãs fuit,non eo minùs tamen & liber & ingenuus ex ea filius naſcatur,quia cùm naturalis ſit illa libertas,nec niſi iuris fictione indigeat,fictio illa vtique inducitur vnico inſtanti. Ratio igitur eſt quia libertas ab homine dari non poteſt vno inſtãti,quoties factum hominis interuenire neceſſe eſt,quomodo euenit in libertatibus omnibus fideicommiſſariis, ſicut nec in inſtãti fit quicquam aliud eorum omnium quæ tempus,id eſt cõtinuam plurium inſtantium ſucceſſionem requirunt,in quorum genere ma numiſſionem eſſe nemo ambigit. Porrò lex ſicuti non poteſt partum habere pro edito niſi quatenus id partui fauorabile eſt propter libertatem,ita nec fictionem hanc inducere poteſt primo illo inſtanti quo incipit fieri manumiſſio,quia eo inſtanti libertas fideicommiſſaria nõdum competere poteſt, tanquam nondum facta manumiſſione. Et conſequenter verum eſt,eo inſtãti adhuc ſeruum fore hunc cui fideicommiſſaria libertas relicta fuit, ſi tum naſceretur. Iam autem diximus,intereſſe ipſius,vt quãdiu ſeruus futurus eſſet,pro nato non habeatur,præſertim verò vt ingenuus naſcatur,& præterea nõ poſſe eũ fieri liberũ quãdiu nec natus eſt,nec habẽdus pro nato, quia liberum

rum esse qualitas est hominis quę non potest esse sine suo subiecto. At rursus si pro nato cum haberi velis post quā plenè facta, impleta & absoluta manumissio est, nihil egeris, quoniam serum erit auxilium legis & sera fictio si indicatur eo tempore aut vt melius loquar, eo instanti quo manumissio iam inutiliter facta sit. In omni enim actione siue naturæ illa sit, siue iuris, necesse est potestatem agendi ex parte agentis, cum potestate patiendi & suscipiendi ex parte patientis & suscipientis concurrere: Alioqui aut agentis aut patientis defectu, nihil prorsus agi necesse est. Itaque cùm iuris ratio non solum non faceret, sed etiam repugnaret quominùs huic seruo in vtero existenti libertas fideicommissaria dari posset, necessaria fuit autoritas constitutionis Iustinianeę, quę hūc faceret liberū ipso iure & sine mamumissione (quomodo enim siue vindicta siue qua alia ratione manumitti posset is qui in vtero adhuc esset?) non secus quàm si directam libertatē à defuncto meruisset. Hac solā differentia quod illo casu esset libertus, nullius aut quod idem est orcinus, *l. 3. §. planè De legit. tutor. & apud Vlp. tit. 2. §. 8.* Hoc verò patronum habet cum à quo debuit ex fideicōmisso manumitti. Sic enim accipio quod in *dict. l. cùm inter.* Iustinianus directam libertatem & fideicōmissariā æquiparat illis verbis *censemus & fideicommissariam necnon directam libertatem suam firmitatem habere.* Nam si quis ita acceperit vt Iustinianus nouum ius faciat, tā in directa quàm in fideicōmissaria libertate is proculdubio errauerit, cùm ex principio legis appareat non nisi de fideicommissaria libertate inter veteres dubitatum fuisse: sicut & ex ea iuris veteris ratione quàm attulimus, apparet de directa dubitari nullomodo potuisse. Etsi enim ab homine relinquitur illa perinde ac fideicōmissaria, tamē nō ab homine præstatur, sed à lege hoc ipso, quod vltimā defuncti hominis voluntatem confirmat, vt ex Vlpiano sępius iā monuimus. Lex autem eam voluntatem confirmat in instanti, ob idque dicitur libertas directa competere non dari aut prestari. Ac proinde nihil vetat quominùs eodē instāti & pro nato & pro libero hic partus habeatur, matre quoque ancilla manente. Non valde dissimile illud est, quod si ancillā morā in libertate fideicommissaria passa sit non idcirco libera fit statim ex die moræ, sed ex quo tātùm prę sentibus aut saltem euocatis omnibus qui morā fecerunt, pronunciatū est per prætorē vel prę sidē, libertatē deberi *l. cùm verò 26. §. subuentum l. si eum seruum 28. § si quis seruum D. de fideic. libert. l. ancillam 15. C. eod.* Et interim verè serua est *l. si quis seruo 84. De leg. 2. l. non est cogendus 53 D. ad SC. Trebell.* Filius tamen ex ea medio tempore natus ingenuus esse intelligitur acsi ex libera natus esset *l. 1. §. 1. D. de suis & legit. l. cùm libertatem 3. C. de fideic. liber.* nec tātùm si dolosa libertati mora facta sit, sed etiā si fortuita, Vt puta ob non repertas ante filij natiuitatem tabulas quibus mater fideicommissariā libertatem acceperat *d. l. cùm verò 26. §. apparet eod.* Nēpe, quia libertas fideicōmissaria matri debita exigit factum manumittentis, in cuius vicem succedit factum & autoritas magistratus, vt & aliàs plerunque factum iudicis est factum partis *l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. fiat si ob causam 13. C. de exact.* At libertas adeóque ingenuitas quā haberet filius si fideicommissarię libertati matris mora facta non esset, à natura esset non ab homine. Meliorem igitur filij quàm matris hac parte condicionem esse æquum fuit, licēt in hanc rem fuerit necessarium auxilium cōstitutionis ad succurrendum filio, vt loquitur *d. l. cùm libertatem*, qui scilicet alioquin, ex iuris & naturæ ra-

L. cùm verò 26. §. subuentū l. si quis seruū De fideic. libert. l. ancillam 15. C. eo. L. si quis seruo 84. de legat. 2 l. nō est cogendus 53. D ad SC. Treb.

L. 1. §. 1. D. de suis & legit. l. cùm libertatem 3. C. de fideic. liber d. l. cùm vero §. apparet

Digitized by Google

legibus non niſi ſeruus ex ancilla naſci potuiſſet. Non enim debuit infans in vtero facta, aut ipſius calamitas ſi mora fortuita fuit, ei nocere qui in vtero tùm fuiſſet *d.l. 3. §. nonnus De ſtat.hom.* iunct. *l. ſi per imprudentiam* 51. *D. de euict. l exceptione* 67. *D de fideiuſſ.*

De filio patroni habendo pro nato vt libertum habeat.

POſtremum exemplum, quod adfert Iulianus in *d.l.26. De ſtat.hom.* vt oſtendat eum qui in vtero ſit haberi ferè ſemper pro nato, illud eſt, quod libertus quandiu patroni filius aliquis naſci poteſt, eo iure eſt quo ſunt qui patronos habent, Nimirum quia ad eius qui in vtero eſt commodum maximè pertinet vt habeat libertum. Etſi enim dici ſolet non eſſe locupletiorem eum, qui libertũ adquiſijt *l. nemo* 126. *§.1. De reg. iur.* quia libertus cùm ſit liber in bonis noſtris nõ eſt *l.1. § ſi id quod datur De obligat. & act.* iunct. *l. rẽ in bonis* 52. *De acquir. rer. dom.* intereſt tamen noſtra libertum habere, propter operas, ſpem ſuccedendi, aliáque huiuſmodi iura patronatus, vt dicemus ad *tit. ſeq.* Atqui non retineret poſthumus libertum paternum, ſi interim ipſe pro nato non haberetur: quia nõ poteſt quis dici libertus niſi ex comparatione patroni cùm ſint iſta correlatiua, quorum poſito vno neceſſe eſt poni alterum, ſublato vno tolli alterum. *l.1. C. de cupreſſ. lib. 11. tit. vlt.* qui autẽ ſemel habere patronum deſiiſſet, poſteà nato patroni filio rurſus in libertinitatem recidere non poſſet. Mirum igitur non eſt patroni filium hoc caſu haberi pro nato.

l. nemo 126. §.1. De regu. iur.

Denique in eo qui liber naſcitũrus eſt dici poteſt quod Paulus ſcribit in *d.l.7. De ſtat.hom.* haberi eum pro nato quoties de ipſius commodo agitur. Sed ſi tã generaliter loqui velimus vt is etiã qui ſeruus naſciturus eſt cõprehendatur, quia de proprio ipſius commodo tractari eo caſu nihil poteſt, ad cõmodũ domini referẽda res eſt vt pro nato habeatur quoties domini vtilitas id exigit, vt in exẽplo illo quod explicauimus, De partu ancillæ ſubreptæ apud bonę fidei poſſeſſorẽ. Propter has autẽ cauſas Iulian⁹ in *d.l.26. eo.* tractãs nõ tãtùm de libero partu, de quo Paul⁹, ſed etiã de ſeruo, cùm ſcriberet eos qui in vtero sũt intelligi in rerũ natura eſſe, nec poſſet adiicere quod Paulus adiecerat *quoties de cõmodis ipſius partus quæritur,* (quia ſeruo id nõ cõueniebat) adiecit quod Paulus adiicere non potuit *in toto pene iure ciuili.* Propoſitionãque à Paulo tradita quoniã & ad partum liberum & ad eas cauſas in quibus de liberi partus commodo agatur, coarctata eſt, nullã prorſus recipit exceptionem. At propoſitio Iuliani quia generalis eſt ad partum quemlibet & ad cauſas quaſlibet pertinens non poteſt generaliter vera eſſe, ſed vt cæteræ propoſitiones generales ferè omnes, patitur ſuas exceptiones. Illam verò ſi non fortaſſe vnicã, ſaltem præcipuam, vt locum non habeat in partu libero ſi de ipſius partus commodo non agatur, Multò minùs verò in eo qui ſeruus naſciturus ſit, ſi domini vtilitas id nõ poſtulabit. Quod non ſatis animaduerſum eſt ab interpretibus qui vulgo vtrumque locum ſic accipiunt, quaſi eadem omnino ſit ſententia Pauli & Iuliani.

l.7. & l.26 D. de ſtat. homin.

Illud ſanè mirum eſt quod vterque Iuriſcõnſultus ſic loquitur vt dicat eos qui in vtero ſunt in rerum natura eſſe intelligi, quaſi verè non ſint, quod tamen falſum eſt. Fateor non eſſe illos in hominum natura, quia non ſunt homines priuſquàm ſint editi *d.l. in falcidia 9. in fin. D. ad leg. falcid.* Sed dico non

eo non eo minùs esse illos in rerum natura, adeò vt propter spem nascendi eorum quoque ratio habeatur *l.2. De mort.infer.l.1. D.de ventr.in poss. mitt.* nec dubitauerit Tertull.in apologet. scribere, hominem esse etiam qui est futurus, & fructum hominis esse iam in semine, licèt interim pars viscerum matris esse existimetur *l.vlt.C.de liber.cauf.* Itaque tatendum est vel minùs exactè minúsque propriè hic locutos fuisse Iureconsultos, vel idcò sic locutos quia non tam de partu quàm de persona tractabant. Relatiuum enim illud *qui* non solum est relatiuum substantiæ, sed etiam personæ, Persona autem ipsa cùm nulla dum sit, ne quidem in rerum natura esse intelligitur. Prius enim est vt sit persona quàm vt ea in rerum natura esse dici possit. Imò nec aliud quicquam est personam in rerum natura esse, quàm esse simpliciter.

Partus nondum editus in rerũ quã nis nõ in hominũ natura est.

CONSVTATIO L.

De iis quæ iure ciuili constituta sunt fauore posthumorum non quasi natorum, sed quasi nascturorum.

EX eo autem quod dicimus, Partum quandiu in vtero est, re vera esse in rerum quamuis non etiam in hominum natura, illud consequens fit, vt fictio illa iuris quæ est necessaria ad hoc vt habeatur pro nato, non si etiam necessaria ad hoc vt habeatur pro nascituro. Vt enim sit nasciturus tandémque nascatur is qui iam in vtero est, fit naturaliter, nec tantùm ex ratione, sed etiam ex necessitate naturæ, si non faciet mulier abortum aut ostentum, Quos casus tanquam abominabiles, & extra naturæ ordinem positos non priùs lex curat, quàm ex eorum euentu appareat totam nascendi spem interci disse. Et ad hoc referenda sunt ea omnia quæ in iure nostro de posthumis scripta legimus, siue ipsorum, siue aliorum fauore, non quia pro natis habendi sint, sed quia nasci possint. Eiusmodi est, quod ait *l.si quis prægnantem* 187 *De reg.iur.* non videri sine liberis decessisse eum, qui vxorem prægnantem reliquerit. Et intelligendum mortis tempore fuisse eum qui in vtero fuit *intelligendus* 153. *De verb. signific.* Non enim illæ leges rationem hanc habent, quod posthumus hic pro nato habeatur, sed quia citrà fictionem vllam nasciturus est. Idque ex eo apparet euidentissimè quod cùm non habeatur posthumus pro nato nisi cùm de proprio ipsius commodo agitur vt diximus, ita vt non prosit patri siue ab onere tutelæ, siue à reliquis muneribus ciuilibus ob numerum liberorum excusari velit *l.2.§.qui autem in ventre est D.de excusat.tutor.* hic tamen prodest patri siue fuerit fideicommisso grauatus pater sub ea conditione *si sine liberis decesserit d.l.si quis prægnantem.* Siue legatum aut fideicõmissum patri relictum sit sub ea conditione *si liberos habebit.* Nam is cui ad tempus liberorum aliquid relictum fuit si vxore prægnãte decesserit ad heredem suum transfert legatum *l.sed etsi ad tempus* 20. *D.ad SC. Trebell.* Intelligitur enim expleta iam conditione decessisse si tamen posthumus natus fuerit, inquit Iulianus in *l is cui ita legatum* 18. *D.quand. dies legat. ced.* iunct. *l.2.§.si quis ex libertis D.ad SC. Tertyll.* Nam legati conditio non illa fuit *si filium natum relinqueret*, quo casu vtique non haberetur posthumus pro nato, nec faceret vt videretur pater impleta conditione decessisse, sed illa *si liberos haberet.* Habet autem qui reliquit vxorem prægnantem, quia licet

L.si quis prægnatem 87. De reg. iur. L.intelligendus 153. De ver signific. L.2.§. quæ autẽ in ventre est D.de excusat.tut.

L.is cui ita legatum 18. D. quand. dies legat. ced.l.2. §.si quis ex libertis D. ad SC. Tertyll.

necdum natus sit posthumus,nec habendus pro nato,aliquãdo tamen nascetur,nec alia de causa nascetur,quàm quia iam ipso paternæ mortis tempore in vtero fuit.Nec est quod quis dicat haberi in ea specie posthumum pro nato quòd de ipsius quoque commodo agatur,quódque ipsius interiit acquiri legatum patri cui verisimiliter sit ipse heres extiturus ,siue ex testamento,siue ab intestato.Verba enim vtriusque legis generalia sunt , nec distinguunt an ipse posthumus an alius patris heres sit.Imò quod Vlp. ait in *d. l sed etsi, adheredem suum transferet legatum*,ostendit de alio potiùs quàm de posthumo herede illum sentire, alioqui scripsisset *adposthumum suum* si in extraneo herede testamentario id locum habere noluisset.Quid enim vetabat,vel exheredatum fuisse posthumũ saltem bona mente,quod olim frequentissimũ erat *l.multi* 18.D.*de lib.& posth.*vel institutum ex aliqua parte hereditatis,aut vt ex interpretum traditionibus hodie fieri solet in portione legitima, Exre liqua verò hereditate,& consequenter ex legato patri sub condicione liberorum relicto , extraneum heredem scriptum esse , An eo minus expleta condicione pater decessisse videretur , quòd extraneum heredem reliquisset?

CONFVT. II.

Cur posthumus faciat deficere condicionem,Si sine liberis.

SImilis eorum error est qui in contraria specie,id est cùm quis legato vel fideicommisso grauatus fuit sub ea condicione *si sine liberis decesserit*, volunt quidem posthumũ facere vt deficiat condicio, Sed hac ratione,inquiũt, quòd habeatur pro nato, indéque inferunt liberos in cõdicione positos hoc ipso censeri ex fideicommisso vocatos, quoniã non aliter pro nato habẽdus esset posthumus,quàm si de ipsius proprio commodo ageretur.Sic enim plerosque ex recẽtioribus video ratiocinari.Parũ subtiliter. Nã vt posthumus faciat deficere huiusmodi condicionem non ex eo proficiscitur, quòd habeatur pro nato,sed quia speratur nasciturus,& aliquãdo futurus homo qui iam est in vtero,licèt necdum natus sit,nec habendus pro nato.Ideóque licèt proponas eum à patre exheredatum,aut aliter ab iis bonis fideicommissariis siue patris iudicio,siue propria voluntate exclusum,siue etiã ex testamento eius qui fideicommissum reliquit,puta dato alio substituto in eum casum quo pater hic cum liberis morerctur,non eo minùs excludetur per condicionis defectum is qui fuerat substitutus sub condicione *si sine liberis l.filiusfamilias 114.§.cùm erit rogatus De legat.1.l.generaliter 6.C.de instit.& substit.*

L.filiusfamilias 114. §. cùm quis de legat.1. L. generaliter 6.§.1. C. de instit. & substit.

CONFVTATIO LII.

Cur posthumus qui est in vtero sit instituendus vel exheredandus.

ERrant etiàm similiter qui interrogati,Cur posthumus sicut & filius iam natus instituendus sit,vel exheredandus,Rationem illam adferunt quòd habeatur pro nato,cùm de ipsius commodo agitur,Quodnã enim posthumi commodum est,vt exheredari possit?Imò verò etiã vt instituatur?Siquidem huic iuris sollennitati satisfieri potest instituto posthumo,vel ex minima hereditatis parte,qui tamen si institutus non esset,totã hereditatem ab intestato erat

to erat habiturus. Non igitur fauore posthumi fit vt institui possit, aut exheredari, sed fauore patris qui si posthumum præteriret, non satis securè testaretur, Non quòd interim testamentum non valeret, sed quia in eo esset, vt agnatione posthumi rumpi posset, tanquam agnatione sui heredis *l.1.3.& tot. tit. D. de iniust. rupt. §. posthumi quoque infr.* De *exher. liber.* Ex quo intelligimus posthumum hunc non haberi pro nato. Nam si haberetur, vtique testamentū b ini tio esset nullum, & iniustum pręteritione posthumi perinde ac prętieritione filij iam nati quod falsum est *d. l.1.* De *iniust rupt.* Non enim facit testamentum iniustum, sed illud rumpit, Rumpi autem non posset testamentū quod esset ipso iure nullum *l. nam etsi 5. eod.* Sed & quamuis filius iā natus non possit institui sub condicione siue casuali siue mixta, sed sub ea tantùm quæ sit potestatiua, *l.4. D. de hered. inst. l. filius 15. l. vlt. D. de condic. instit.* posthumus tamen potest, hactenus nimirum vt non eo minùs valeat institutio si modò ante posthumi natiuitatem impleta condicio sit *l. cùm posthumus 22. iunct. l. posthuma 24. De lib. & posthum.* Denique posthumus tunc demum incipit loco eius esse qui superstes est, cùm iam natus est, vt loquitur Pomponius in *l. si primo 8. eod. tit.* Non ergo tūc cùm adhuc in vtero est. Quinimò est ille in quibusdam melioris condicionis quàm filius iam natus. In eo præsertim quòd si à primo gradu prętertitus sit, à secūdo vero exheredatus, rumpendo primum gradum facit sibi locum & succedit, tanquam rupto toto testamento, cùm tamen filius iam natus sequentem gradum à quo præteritus est, valere patiatur *d l. nam etsi.* De *quo dicemus latius ad ti. De exher. liber.* Tāto magis igitur apparet posthumum non haberi pro nato. Dices posthumum non alio iure rumpere patris testamētum in quo præteritus fuit quàm quod nascatur suus heres. Suum verò heredem intelligi non posse nisi habeatur pro nato ex quo saltem instanti pater incipit mori, vt possit induci continuatio illa dominij ex qua potissimum ius sui heredis æstimatur *Lan suis 11. D. de liber. & posthu.* Respōdeo nec esse nec intelligi posthumum suum heredem quo instanti pater moritur, sed nasci suum heredem, id est incipere tùm esse suum heredem, cùm nascitur, in cóque natiuitatis non conceptionis aut medij temporis instans spectari. Posthumum enim suum definimus cū qui natus inter suos testatori futurus heres est, id est qui suus futurus erat si viuo patre natus fuisset *l. posthumo 11. C. de collat.* qui nec antequàm sit natus videri potest in patris familia & potestate fuisse *l. vlt. D. de collat. bonor. l. vlt. §.1. De adsig. libert.* Nemo autem suus heres est, qui non sit in familia & potestate *l. scripto 7. D. vnd. liber.* Patria siquidem potestas patris commodum est non filij, nec nisi respectu patris dicitur inæstimabilis *l. filiusfamilias 114. §. Sed si liberos De legat. 1.* Filio namque prodest solùm quod ad ius sui heredis, Quo respectu sicut lex 12. tab. habet posthumum pro nato vt iure sui heredis impediat ne ei qui alioquin proximus agnatus foret deferri possit hereditas, ita & habet illum pro eo qui sit in potestate. Sed quod ad causam collationis attinet, nil necesse est eum, qui in vtero sit haberi pro nato, aut in potestate, quia non fit eius cōdicio per moram deterior, id est quamuis expectetur tempus quo nascetur. Sicut è contrario ille alienus posthumus est qui natus inter suos heres testatori futurus non est, vt Iustinianus ait in *§. posthumo quoque Inst. de lega.* & nos pluribus explicauimus *ad l Gallus De li. & post. li. 9. Coniect. cap. 1. & seqq.* Itaque nō dicimus prętertitione posthumi

L. 1. l. nam etsi 5. De iniust. rup.

L. cùm posthumus 22. l. cùm posthuma 24. D. de liber. & posthum.

L. si primo 8 eod. tit.

L. posthumo 11. C. de collat. l. vlt. D. eod. §. posthumo quoque Inst. de legat.

rumpi testamentũ,sed agnatione,Et posthumum cùm nascitur suũ heredem dicimus,quia si testamẽtũ nõ obstaret,lex duodecim tabularũ deferret ei hereditatẽ ab intestato.Est enim sui heredis nomen vsurpatũ à lege duodecim tabularum in ea parte qua cauit De legitimis hereditatibus. Quãquã si pergis quærere, cur aut quomodo lex duodecim tabularum deferat hereditatẽ legitimam ei qui nondum natus est,Respondendum erit quod iam diximus id fieri quoniam habet eum pro nato,*d.l.7.& 26.De stat.hom.* Ex eo autem quod lex eodẽ loco & iure habet posthumũ quandiu in vtero est quo filiũ iam natum quod ad legitimas hereditates siue de paterna,siue de transuersali agnati hereditate agatur, factum illud est,vt quemadmodum interpretatione prudentum ad legem duodecim tabularum inductum fuit ius illud De liberis iam natis necessariò instituẽdis vel exheredãdis,Ita & de posthumis qui sui nascituri essent,idem placuerit, Ne factum testamentum noceret ei qui in vtero esset,quem tamen nullo facto testamento lex habitura esset pro nato. Idque tantò magis quòd posthumus præteritus per obliuionẽ potiùs quàm certo iudicio præteritus videri deberet,vt dicem' ad *ti.De exher.liber.*

L.si duobus 10.§. vlt. de legat.1.

L. planè 34. § si coniunctim & seq. eod.

L.coniũctim 83.l. re coniuncti 89.de legat.3.

L.facta 63. §.si sub condicione l.debitor 5. in fine principij ad SC.Treb.

L.vtrum 7. in princi. D. de reb.dub.

CONFVTATIO IV.

De posthumo partem faciente.

IDem eorum error est qui putant posthumum siue heres institutus sit, siue legatum,aut quid aliud ex testamento acceperit,ideò partem facere prius etiã quàm nascatur,quòd interim habeatur pro nato.Nã imòverò ideo partẽ facit quod habetur pro nascituro,id est quia nasci potest.Inde nãq;fit vt si Titio & posthumis legatũ sit,nõ nato posthumo Titius totũ vindicet, Sed etsi testator Titio & posthumis viriles partes dari voluisset vel etiã id expressisset,totũ legatũ posthumo nõ nato Titio debeatur *l.si duobus 16.§.vlt.De legat.* 1.quod vtique falsum esset si testamenti aut mortis tempore iam conceptus posthumus haberetur pro nato. Sic enim fieret vt partes ab initio factæ viderentur, quæ res impediret ne ius adcrescendi locum habere posset,quoniam inter eos qui ab initio partes habuerunt nunquam locus est iuri adcrescendi *l.planè 34.§.si coniunctim eod.*sed inter eos tantùm qui partem faciũt per concursum *§.sed si in pupillari d.l.planè l.coniunctim 83.l. re cõiuncti 89.* in illis ver.*quia semper partes habent legatarij* De *legat.3.* Ne alioqui videatur lex liberalior testatore si totum ei det cui testator non nisi partem dederit *l. facta 63.§.si sub cõdicione l.debitor 59.in fine principij* D.*ad SC.Treb.* At quia posthumus non ideo partem facit quòd habeatur pro iam nato, sed quòd sit nasciturus,aut vt meliùs dicam,quòd nasci & possit & speretur, inde fit vt si nõ nascatur,nũquam partem collegatario fecisse videatur, sed totum ad collegatarium pertineat quasi ab initio solido ei relicto,vt Caius loquitur in *l.vtrum 7.in princ.*D.*de reb.dub.* Quòd si quis quærat, Cur habeatur pro nato posthumus in causa intestati,potiùs quàm in causa testati,Respondebo quia nec necesse est vt in causa testati fictio inducatur & habeatur ille pro nato cùm sufficiat quod nasci possit.Voluntas enim hominis legantis posthumo cõfertur apertè in id tẽpus quo posthumus nascetur,nihilque prohibet quominùs in id tempus conferatur,& differatur,cùm sola volũtas habeatur pro lege,nec priùs cedat dies legati quàm posthumus natus sit,quasi relictum ei sit sub condicione *si nascetur d.l.si duobus §.vlt.de leg.1.d.l.vtrum 7.* D *reb. dub.*

*dub.*iunct.*l.vsusfructus* 26. *D.de stipulat.seruor.l.si in personam* 21.C.*de fideicom.* At in causa intestati necesse est haberi posthumum pro nato , quia potestas legis operatur statim & primo instanti nec in suspenso tantisper manere potest, nisi cùm verba legis sic concepta sunt vt habeant temporis tractũ,quomodo contingit in senatusconsulto Tertylliano *l.*1. *§.si quis adita l. filij* 6. §. 1.D.*ad SC.Tertyll.* Sicut & eadem legis potestas vnica delatione consumitur,nec admittit vt vel in suis,vel in agnatis sit successio *l.*1.*§.sciendum de suis & legit.§.placebat De legit.agnat.success.* At delatio quæ fit ex voluntate testatoris tractum habere potest *l.fideicommissa* 11.*§.hoc autẽ legatũ de legat.*3.*l.vbi purè* 19.*in prin.l epistolam* 75.§.1.D.*ad SC.Treb.l.*3.*l.*5.*D.quib.mod.vsusfr.amit. l.licet* 23.*De vsufr.legat.* Illud tamẽ vtriq;causæ & testati & intestati commune est,vt siue posthum⁹ pro nato habeatur,siue nõ habeatur,interim tamẽ partẽ faciat pro eo numero posthumorũ qui nasci potest,Possunt autẽ naturaliter, & citra portenti speciẽ nasci ex vtero vno tres posthumi,Interim igitur coheres aut collegatarius iam natus quartam duntaxat partem habebit *l. antiqui* 3.D.*si pars hered.pet.l.sed etsi* 28.*§.vlt.*D.*de iudic.d.l.vtrum De reb.dub.l.si pater* 36.*D.de solut.* Quæ etiã ratio est, vt vno tantùm posthumo exheredato venter tamen mittendus sit in possessionem quia multi nasci possunt *l.*1. *§. quare de vent.in poss.*

*L.*1.*§.sciendum D. de suis & legit. §. placebat Inst.de legit. agnat. success.*

*L.*3. *D. si pars hered. petat.l. sed etsi* 28.*§.vlt. C. de iudic. l. si pater* 36. *C. de solut.*

*L.*1.*§ quare de vent.in poss. mitt.*

Eum qui est in vtero haberi pro nato priùs quàm sit animal.

A Deò autẽ qui in vtero est habetur pro nato,vt ex quo conceptus est ea fictio inducatur,licèt nondum sit animal,cùm secundum philosophos medicos & theologos aliud sit instans conceptionis,aliud quo anima infunditur in corpus. Sufficit enim eũ cui lex tãquã nato defert legitimã hereditatẽ,aut bonorũ possessionẽ prętor,conceptũ fuisse tẽpore mortis vt pro nato habeatur. Idq;emũ dicitur nondũ animal fuisse tẽpore mortis , qui tùm nõdum cõceptus fuit *l.*1.*§.si quis proximior.D.vnd.cognat.l.Titius* 6.*&* *seq.D.de suis & legit.* Propter quam causam dicitur magis propriè spes animantis in *l.* 2.D.*de mort.infer.* Itaque prius quàm sit animans habetur non solùm pro animante, sed etiam pro homine & quidem iam nato,quod sanè mirum est.

*L.*1.*§.si quis proximior D.vnd cognat. l. Titius* 6. *&* *seq. D. de suis & legit.l.*2 D.*de mort. infer.*

Casus in quo etiam is qui nunquam nascitur habetur pro nato.

ILlud quoque non minùs,quòd vno casu habetur pro nato etiamsi nunquã nascatur,id est si vtero matris exsecto partus sit editus. Nã & hic admittitur non solùm ad bonorum possessionẽ ex omni parte edicti,tãquã qui mortis tempore in vtero fuerit *d.l.*1.*§.si qua pregnans* D.*vnd.cognat.* Sed etiã ad legitimam matris hereditatem ex SC.Orphitiano *l.*1.*§.sed si matris D.ad SC. Tertyl.* Siquidẽ etiã ea mulier cùm moreretur creditur filiũ habere quę excisso vtero edere possit *l.etiam ea mulier* 141. *De verb.signific.* Vbi addit Vlpianus alio etiam casu mulierem posse habere filium quem mortis tempore non habuit,vt puta eum qui ab hostibus remeauit.

*L.*1.*§.si qua pregnans D. vnd.cognat. l.*1.*§. sed si matris D. ad SC Tertyll.l. etiam ea mulier* 141.D. *ver. signific.*

ILLAT. IV.

De eo qui in ventre est vt neque in tutela,neque in reliquis muneribus prosit patri.

QVartò principaliter ex eodẽ supradicto Princ.fit quod iã suprà attigim⁹, vt qui in vẽtre est,neq;in excusatione à tutela,neq;in ciuilibus reliquis munerib⁹ prosit patri *l.*2.*§.qui autẽ* D.*de excus.tu.* quia lõgè aliud est de patris, aliud de filij cõmodo disputare. Etsi nõ est nouũ,vt prosit interdũ etiã matri,

*L.*2. *§. qui autem D.de excus.tutor.*

L.imperator 3.D.de stat. hom.

Puta mater vltimo supplicio dãnata sit. Solitũ enim est seruari eã in id vsque tempus quo partũ edat *l. Imperator Hadrianus* 18. *D. de stat. homin.* Ne scilicet alioqui eueniat vt cũ matre nocente innocens partus necetur: Propter quam causam placuit, nec humari debere mulierem quæ prægnans mortua sit antequàm partus ei excidatur, Ne qui contrà fecerit spem animantis cũ gra-

L.2.de mort. infer.

uida peremisse videatur, inquit *l.2. D. de mort. infer.* Sed his casibus fauor & commodum filij potissimùm versatur, matris verò non nisi per consequentiã. Idẽ verò euenit sæpenumero, vt per alium & ex alterius persona quis obtineat in consequentiam quod ex persona propria obtinere non posset *l. cùm hereditate* 55. D. *de acquir. hered. l. si is qui duos* 29. *D. de liber. legat. l. & per iusiurandum* 13. *§. si fideiussori D. de acceptilat. l.* 4. D. *de decur. l. Aristo* 3. *in fin.* D. *quæ res pignor.*

ILLATIO V.

De *tutore non dando ventri.*

L. vltri 20. *D. de tutor. & curat. dat. ab his l. bonorum* 8. *D. de curat. furios.*

QVintò ex eodem Principio fit, vt ventri tutor à magistratibus populi romani tutor dari nõ possit curator possit, *l. ventri* 20. D. *de tutor. & cur. dat. ab his l. bonorum* 8. D. *de curat. furios.* Nam in eo nullum partus commodum versatur vt habeat tutorem, cùm è contrario ipsius interest vt matris, quæ alioqui tutelæ incapax est secundum iuris veteris rationem, & fidei & custodiæ cõmittatur, siquidem fieri nequit, vt seipsam mater tueatur, quin & partui simul prospiciat, Nec quod in libris nostris mentio fit aliquando

L.1. De vtt. inspic.

custodiendi partus vt in *l.1. & tot. tit.* D. *De inspic. ventr. custod. part. ad rem facit.* Ex illo enim edicto custoditur partus nõ propter partum ipsum, quò magis securus sit, sed propter agnatos, ne partus subiiciatur, nisi vno casu, quo scilicet mulier à viro diuerterit, vereatúrque pater ne ipsius odio cuius magnam & materiam & suspicionem diuortium præbet, abigatur partus *d. l. 1. §. 1. & §. de inspiciẽdo* 10. *cum seqq. ill. tit.* Cùm igitur posthumi commodum nullum sit, vt quandiu in ventre est, adeóque pars & portio quædam viscerum matris *d. l. 1. §. ex hoc rescripto*, habeatur pro nato quod ad hoc vt alterius quàm matris tutelæ committatur (nesciunt enim viscera materna patientiam præ nimio affectu vt B. Augustinus quodã loco scribit) mirum nõ est eum pro nato non haberi, nec proinde tutorẽ interim habere posse, quia tutor non nisi personæ datur principaliter, bonis verò in consequentias *§. 1. infr.* D. *de tutel. l. cùm in vna* 17. *§. tutor.* D. *de appella.* Planè bonorum ratione curatorem dari ventri interest ventris, ideóque dandus est, vt partui quandocumque edito bona integra & salua conseruentur. Sicut & nato quandocumque posthumo tutorem damus, quia ex quo iam è visceribus matris expositus est, vt loquitur *l.*

L. vlt. C. de liber. caus.

vlt. C. *de liber. caus.* ad tutelam matris amplius non pertinet, neque materni affectus magnitudo facere potest, vt eiusdem iudicio, quod quàm exiguum sit sexus ipse demonstrat gubernandus videatur.

ILLATIO VI.

De partu ancillæ venditæ.

L. si prægnãs 42. *D. de emct.*

SExtò ex eodem Principio fit, vt si prægnans ancilla vendita & tradita sit, non idcirco partus venditus esse intelligatur *l. si prægnans* 42. D. *de emct.* Non quia ad emptorem non pertineat (cùm enim sit pars & portio viscerum matris vt diximus, fieri nequit, vt nõ spectet ad eũ ipsum ad quẽ & mater *l. si*

quod

Digitized by G

quod ex Pamphila 73. De lega. 2.) sed vt si fortè euictus sit, siue cum matre, siue sine matre, non idcirco venditor de euictione teneatur *d. l. si pregnans*. Nimirum quia nondum habetur pro nato. Alioqui tot censerētur esse stipulationes & actiones de euictione quot essent res venditæ *l. quia dicitur* 32. *De euict. l. cum plures 72. l. scire debemus* 29. *De verb. obligat.* Cur verò non habetur pro nato? Quia vt iam suprà dictum est, eius qui in ancillæ vtero est nihil interest vt habeatur pro nato, qui si reuera iam natus esset haberetur pro nullo, neque agi potest de proprio vllo eius commodo qui propria condicione sua impediatur, ne proprium quicquam habere possit.

L. si quod ex Pāphila 73. de legat. 2.

ILLATIO VII.

De *computanda ætate hominis ab instanti natiuitatis non conceptionis.*

SEptimò ex eodem Principio fit vt in computanda cuiusque ætate non habeatur ratio illius temporis quo in vtero fuit, sed computentur tempora de momento in momentū ex die & hora natalis, Puta si quæratur an quis minor sit annis vigintiquinque aut maior septuaginta *l. 3. §. minorem De minor. l. qui filium 74. in fin. D. ad SC. Trebell. l.* 1. D. *de manumiss.* An quia id fauorabilius sit homini? Fateor sanè fauorabilius fore minori vt tāto diutiùs frui possit beneficio restitutionis, quod minoris ætatis contemplatione ipsi indulgeretur. Sed tamen extra hanc causam facilè fieri potest, vt longè fauorabilius futurum sit ætatem computari ex instanti conceptionis, Vt cùm agitur de excusatione à tutela, aliisve muneribus publicis propter ætatem *d. l. qui filium in fin. l. 1. C. qui etat.* quemadmodum & interdum dicimus Annum cœptum in fauorabilibus haberi pro completo *l. ad rempublicam 8. D. de muner. & honor. l. à vobis 5. D. de am. legat.* Finge tractari etiā de faciendo testamento *L. à qua ætate 5. D. qui test. fac. poss.* Est enim vt nemo nescit maximus & præcipuus fauor testantētorū *l. vel negare 6. D. test. quē. aper. l. si pars 10. D. de inof. testam. l. 1. C. de sacros. eccles.* Ratio igitur est, quia commodum illud posthumi propter quod haberi debeat pro nato, æstimādum est & metiendū ex eo tēpore quo adhuc in vtero sit. Ex quo enim iā natus & editus est, cùm verè sit homo, & citra fictionem vllam capax eorum omnium quæ ad ipsius fauorem & commodum spectare possunt, quid necesse est retrofingi eum priùs natum fuisse quàm de hoc vel illo ipsius commodo de quo nūc agitur quicquam queri oporteret? Denique nisi habeatur quis pro nato priusquàm nascatur, non nisi serò frustráque possis inducere fictionem quæ in præteritum tempus recurrat postquam re vera & naturaliter natus est, quamuis è contrario non nato posthumo appareat quid retro fuerit, non per fictionem, sed reuera *l. Neratius 7. De manum. testam.*

L. 3. §. minorem D. de minor. l. qui filium 74. in fin. ad SC. Treb. l. 1. D. de manum.

C. ad rempublicam 8. D. de muner. & honor. l. à vobis 5. D. de am. legat. L. à qua ætate 5. D. qui test. fac. poss.

L. Neratius 7. D. de manū. testam.

PRINCIPIVM IIII.

De ingenuo manumisso.

PRiuatio *habitum præsupponit, ideóque ei qui ingenuus natus est non officit in seruitute fuisse & postea manumissum esse §. cùm autē ingenuus hoc tit.* De ing. vbi additur sæpissimè constitutum esse natalibus non officere manumissionem. Facit *l. 2. & 3. l. ad recognoscendos 10. C. de ingen. manum.* Hoc autē principium sic concepimus, quia si quis quærat, Cur natalibus non officiat manu-

L. 2. 3. l. ad recognoscendos 10. C. de ingen. manumiss.

Digitized by Google

missio,alia reddi ratio non potest,nisi quod priuatio habitum præsupponit. Quod maximum,& valde generale in iurisprudentia nostra principium est à philosophis petitum,& ex quo pendent iuris nostri,penè innumeræ propositiones.Probarique vulgo solet ex *l.4. D.de iust & iur* vbi scriptum est non fuisse notam iure naturali manumissionem cùm seruitus esset incognita *l.decem stipulatus* 116. *D.de verb.obligat.* Et sanè cùm manumissio dicta sit tanquam de manu missio,nihilque aliud sit,quàm datio libertatis *d.l.* 4. fieri nō potest vt libertas detur ei qui nunquam fuerit seruus,& qui ingenuus sit natus,nec vt manumittatur is qui nunquam fuerit in iusta seruitute.Nam si poneres hominem natum ingenuum postea seruum factum esse siue gentium iure siue ciuili, sine dubio is subinde manumissus non ingenuus esset sed libertinus *l.homo liber* 21. *D.de stat.homin.* At hoc nō propter manumissionē,sed propter præcedentem seruitutem,quę necessariam fecit manumissionem. Idcóque obseruādum est quod post Iustinianū sic loquimur *in seruitute fuisse*: nō autē *seruum fuisse*.Sunt enim ista differentia,vt diximus ad Princi. *I.tit.præced. De iur.person.* Seruum enim esse aut fuisse,ius significat & idem est quod iustam seruitutem seruiisse *l.libertini* 6.D.*de stat.hom.* Iustam verò seruit seruitutem qui iure seruus est,iure inquam,siue gentium siue ciuili.At in seruitute esse aut fuisse nihil nisi factum demonstrat , id est ea de facto exhibere obsequia & seruitia quę is demum exhibere deberet, qui verè ac iustè seruus esset *l.4.Stichus si Tstio D.de statulib.l.lex quæ tutores* 22.*verſ. & tolerabilius* C.*de admin.tutor.* Quod omnium apertissimè probat *d.l.*2.C.*de ingen.manumiss.* Ingenuam natam , inquit,neque nutrimentorum sumptus,neque seruitutis obsequia faciunt ancillam,neque manumissio libertinam.Et in *d.l.ad recognoscendos*, dicitur in ministerio seruitutis fuisse is,qui cùm reuera seruus non esset,perinde tamē seruiit,acsi seruus fuisset.Nihil autem vetat quominùs etiā libera persona præstet obsequium seruitutis etiam sciens & prudens *l.si tibi testamento* 23.*C.de liber.caus.* Sed vt persona iam libera & ingenua fiat magis libera fieri nullomodo potest , sicut generaliter verum est id quod iam nostrum est,magis nostrum fieri non posse *§. sic itaque infr. de act.* Denique certi sunt modi quibus dominia seruorum quæri solent,quibus nō præcedentibus non potest fieri seruus qui anteà vel ingenuus vel libertinus fuit *l.scientis* 6.*l.si vestram* 11.C.*de ingen.manum.l.vlt.*C.*de seruis reipub. manumit* Inter eos autem modos non est manumissio, quę ex contrario iure gentium inducta est ad reddendam libertatem quam iusta seruitus abstulerat *d.l.*4.*De iust.& iur.* nam nec expressa conuentio priuata aut seruum,aut libertū quemquā facere potest *l.conuentio* 37.*de liber caus.* nec rursus lis malè instituta de ingenuitate *l.pen.*C.*de ing.man.* nec deniq; quòd ingenua vt ancilla spōsaliorum nomine data sit *l.vlt.eod.* Inducta enim ad vnum effectū non debēt contrariū operari *l.legata inutiliter* 19.*De legat.1.l.legata* 14.*D.de adim.legat.* vt dicemus *Princip.seq.* Itaque nō potest hîc locū habere quod Bar.notat ad *d.l.* 14.ad positionē priuationis videri sequi positionē habitus.Id enim procedit in iis quę pēdēt ex nuda volūtate nō in cæteris *l.6.§.2.*De *iur.patron.* Procedit autem ob hoc ipsum quòd priuatio habitū præsupponit,& qui vult cōsequēs vult etiā antecedens *l.2.D.de iurisd.l.ad rē mobilem* 56.*l.ad legatū* 62.*D.de procurat.* sicut è contrario sublato antecedēte necessariò tollitur cōsequens *l. vlt. D.de adim.legat.* Vnus tamen casus est quo dicimus seruire quem iustā seruitutem

L.4. D.de iust & iur
L. decem stipulatus 116. *De verber. obligat.*
L. homo liber 21. *D.de stat. homin.*
L. libertini 6. *eod.*
L.4. §. Stichus si Titio D.de statulib. L. lex quæ tutores 22. *verſ. & tolerabilius C.de admin. tutor.*
L. si tibi testamento 23. *C.de liber. caus. l. scientis* 6. *l. si vestram* 11. *C. de ingen. manum. l. vlt. C. de ser. reip.*
L. conuentio 37. *D. liber. caus.*
L pē. & vlt. C. de ingen. manumiss.

tutem etiã ei cuius non sit seruus, Nimirum si alienus seruus seruiat bonę fidei possessori. Sic enim loquitur Africanus in *l. & generaliter* 28. D. *de noxal. act.* Non quòd ex solo seruiendi ministerio iusta seruitus inducatur, sed quia hic reuera seruus est licèt alterius quàm sui possessoris, iustámq; seruitutẽ debet domino suo. Atqui bonę fidei possessor in omnibus penè domini loco est *l. qui scit* 25. §. 1. D. *de vsur. l. qui bona fide* 23. *l. bona fidei* 48. *D. de acq. rer. dom.*

L. & generaliter 28. *D. de noxa l. action.*

ILLATIO I.

Seruum cùm manumittitur non minui capite.

EX hoc Principio fit vt cùm seruus manumittitur, capite minui nõ dicatur quia nec caput, nec ius vllũ habet quod minui possit, nec nisi eo ipso die quod manumittitur incipit statum habere *l. 3. §. vlt. & l. seq. D. de capit. minut.*

L. 3. §. vlt. & l. seq. D. de capit. minus.

ILLAT. II.

Legatum quod nondum debetur repudiari non posse.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si sub cõdicione vel ex die certa nobis legatum sit ante condicionem vel diem certum repudiare nõ possimus, Nam nec pertinet ad nos legatum antequàm dies venerit, vel condicio existat *l. si ita scriptum* 45. *§. si sub condicione De legat.* 2. Repudiatio autem legati cùm sit quædam priuatio aut saltem fiat ad effectum priuationis & amissionis legati præsupponit legatum deberi.

L. si ita scriptum 45. *§. si sub condicione de legat.* 2. *L. mulieri* 74. *De condic. & demonstr. l. is potest* 18. *D. de acquir. hered. l. qui potest* 174. *§. 1. de reg. iur. L. Titio vsufructus* 96. *l. si. ad diem* 46. *D. de condic. & demonstr. L. legata inutiliter* 19. *de leg. 1. L. legata* 14. *D. adim. legat. L. si legatis* 10. *in princ. eo. l. aliquãdo* 107. *in fi. De condic. & demonst. l. quod purè* 6. *D. quand. dies leg. ced.*

ILLATIO III.

Repudiari non posse legatum cuius condicio defecit.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt è contrario si legati cõdicio defecerit, repudiari ampliùs legatũ non possit *l. mulieri* 74. *De condic. & demõstr.* Eius enim est repudiare cuius est acquirere vt generalius scriptum est in *l. is potest* 18. *De acq. hered.* Eius nolle cuius est posse *l. 4. eod. l. qui potest* 174. *§. 1. De regul. iur.* Denique eiusmodi sunt in iure nostro alia sexcenta quę passim occurrunt. Vide *l. non videntur* 85. *eod. l. 5. De iniust. rupt. l. Titio vsusfructus* 96. *de cond. & demonstr.* ex quo loco possit quis benè interre ingenuũ manumissum non desiisse per manumissionem esse seruum, cùm nec inceperit: ac proinde non posse ex eo fieri libertinum.

PRICIPIVM V.

De inductis ad vnum finem, vt non debeant operari contrarium.

INducta ad vnum finem non debent operari contrarium. l. legata inutiliter 19. *De legat. 1. l. legata inutiliter* 14. *De adim. legat.* vbi scriptum est legata inutiliter data, non confirmari ademptione, Veluti si domino herede instituto seruo purè & sine libertate legatum, sub condicione adimatur. Etsi enim dici solet purè legatum si sub condicione adimatur sub contraria condicione datum intelligi & ideo confirmari *l. si legatum* 10. *in prine. eo. l. aliquãdo* 107. *in fin. De condic. & demonst. l. quod purè* 6. *D. quand. dies leg. ced.* id tamẽ tũc obtinet cùm legatũ purè ab initio relictũ valuit, nõ autẽ cùm inutile fuit. Ad emptioenim quominùs nõ quomagis legatũ debeatur, interuenit. Ratio autẽ huius principij illa est, quòd omne agẽs naturale, vt aiũt philosophi, operatur naturaliter propter certũ finẽ, liquidẽ secũdũ eosdẽ philosophos, Deo & natura nihil facũt frustra, Operãtur autẽ agẽtia naturalia secũdũ propriã cuiusq; naturã, necessaria necessariò & propter finem necessarium, libera verò liberè

Agentia naturalia operantur secũdum proprium cuiusque naturam, & propter finẽ.

Digitized by Google

ac propter finem voluntarium. Ergo quod ad vnum finem factum est, aliud quicquam operari non debet quod sit diuersum nedum contrarium. Est autem principium hoc consequẽs, vel saltem simile illi de quo mox dicemus, quod habet, Actus agentium nihil operari posse aut debere contra eorum intentionem.

ILLATIO I.

De manumissione hominis ingenui.

De *ingen. manum.*

EX hoc Principio illud fit quod superiore principio diximus, Eum qui manumissus est cùm antea esset iam ingenuus non eo minùs ingenuum manere, quia manumissio non potest fieri ad eum finem vt naturalem libertatem ex qua ingenuitas æstimatur, ei auferat, qui liber natus est, sed è contrario vt quantum potest libertatem illam restituat ei cui fuerat erepta per seruitutem. Ergo quæ facta est ad vnum finem operaretur contrarium, si in vicem libertatis reddendæ tolleret ingenuitatem.

ILLATIO II.

De iis quæ in fauorem constituta sunt non retorquendis in odium.

L. quod fauore 6.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quod fauore quorundam constitutum est, nullo casu in eorum læsionem videri debeat inuentum *l. quod fauore 6. C. de legib.* Cui similiter *Modestin. in l. nulla 25. D. eod.* Nulla, inquit, iuris ratio aut æquitatis benignitas patitur vt quæ salubriter pro vtilitate hominũ introducuntur ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad seueritatem. Exempla possunt adferri ex *l. plures apochis 19. in fin. D. de fid. instrum. l generaliter 5. in fine princip. C. de secund. nupt. l. 3. §. dua autem D. de curbon. edict. l. sancimus 7. in princip C. ad SC. Trebell.* & alia huiusmodi infinita.

L. 2. & 3. D. de leg. commiss. l. in ratione 30. §. tametsi in fin. ad leg. falci. l. quod autem 7. §. vxori D. de donat. int. virum & vxor. l. Lucius 40. §. 1. De fideic. libert. L. non omnis 19. D. de reb. cred. l. 1. D. de donat. l. 1. l. nõ videtur 32. l. Senatus 35. §. 1 l. vbi ita donatur 27. l. Seia 42. §. vlt. De mort. caus. donat.

ILLATIO III.

Semper spectandum esse quid cuius gratia dictum scriptúmve sit.

TErtiò ex eodem Principio fit vt tam in contractibus quàm in testamentis aliisque vltimis voluntatibus præcipuè spectari oporteat quid cuius gratia scriptum sit, Nimirum vt clausula quæ pro vno adposita est nũquam contra eum operetur. Textus sunt & exempla in *l. 2. & 3. D. de leg. commiss. l. in ratione 30. §. tametsi in fin. D. ad leg. falcid. l. quod autem 7. §. vxori D. de donat. int. vir. & vxor. l. Lucius 40. §. 1. D. de fideic. libert.*

PRINCIPIVM VI.

Actus agentium non operari vltra eorum intentionem.

ACtus agentium non possunt nec debent operari vltra eorum intentionẽ *l. proinde 8. l. non omnis 19. D. de reb. credit. l. 1. D. de donat. l. 1. l. non videtur 32. l. Senatus 35. §. 1. l. vbi ita donatur 27. l. Seia 42. §. vlt. D. de mort. caus. don.*

ILLATIO I.

De *ingenui hominis manumissione.*

EX hoc Princip. etiã illud fit quod dicim' ingenuitati nõ obstare inutilẽ & inefficacẽ manumis. Nõ enim volũtas illa est manumittẽtis vt ingenuitatem

Digitized by

tatem ei auferat cui è contrario velit reddere libertatem. Ita siquidem fieret vt damnum & iniuriam inferret qui de beneficio dando cogitaret. Proinde operaretur manumissio hæc non tãtùm vltra, sed etiam contra intentionem manumittentis. Aliud est *vltra*, aut *præter*, aliud *contra*. Quod contra intentionem est vltra est, sed non similiter contra est quod vltra est. Exempla sunt in *l. necuon 28. §. quoad eius* D. *ex quib. causa maior. l. pater 10. §. vlt. De captiu. & postlim.* Itaque à prima conuenit hoc Principium cum præcedenti, quamuis in eo dissimile sit, quod est generalius.

Vltra, præter, & contra mentem. L. necno 28. quoad eius D. ex quib. caus. maior. L. pater 10. §. vlt. De captiu. & postlim.

ILLATIO II.

De maleficiis ex proposito & voluntate distinguendis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt qui iniuriæ causa ianuam effregit, quãuis inde per alios res amotæ sint non teneatur furti, Nã maleficia voluntas & propositum delinquentis distinguit, inquit Paulus in *l. qui iniuriæ* 53. D. *de furt* & furtum cum facto animum quoque furis exigit *l. in furti* 50, *§. 1. eod. l. si quis* 41. *§. vlt. D. ad leg. Aquil. l. potest. 36. §. vlt. cum. l. seq. D. de vsucap.* Cui simile illud est, quod Hadrianũ rescripsisse refert Callistrat. in *l. Diuus* 14. *ad leg. Corn. de sicar.* In maleficiis voluntatẽ non exitum spectari. Vnde & idem Hadrianus rescripsit, Eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admiserit absolui posse, & contrà, Eum qui hominem non occiderit, sed vulnerauerit vt occideret pro homicida damnandum *l. 1. §. Diuus eod.* Et rursum si quis alto se præcipitauerit, & super alium venerit, eúmque occiderit, aut putator ex arbore cum ramum deiiceret, non proclamauerit & prætereuntem occiderit, in ea causa est vt ad legis Corneliæ coercitionem non pertineat *l. in lege 7. eod.* facit *l. 1. C. eod.*

L. qui iniuriæ 53. De furt. L. Diuus 14. ad leg. Cornel. de sicar. l. 1. §. Diuus & in lege 7. eo. l. 1. C. eo.

ILLATIO III.

De latitante non fraudationis causa vel non propter creditores.

TErtiò ex eodẽ Principio fit vt ad causam edicti prętoris De possessione & venditione bonorum non sufficiat quem latitare nisi & fraudationis causa id faciat *l. Fulcinius 7. §. 1. & seq.* D. *quib. ex caus. in poss. eat.* Sed & si quis fraudationis causa latitet, non tamẽ propter creditores, quamuis in effectu ea latitatio creditores fraudet, in ea tamẽ causa est ne ex hac edicti parte bona eius possideri queant, quia non hoc animo latitat vt fraudet creditores. Animus enim latitantis quæritur, id est, quo animo latitet, An vt fraudet creditores, an ex alia causa, Etsi contra aliquem vel vnũ ex creditoribus eum latitare sufficit, vt cæteri quoque in possessionem bonorum eius mitti possint *d. l. Fulcinius §. si is qui & seqq.*

L. Fulcinius 7. §. 1. & seq. & §. si is qui & seqq. D. quib. ex caus. in poss. eat.

ILLATIO IV.

De suppressione tabularum testamenti etiam dolo malo citra pœnam legis Corneliæ testamentariæ De falsis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt possit quis tabulas testamenti supprimere & quidem dolo malo, nec tamen incidat in legem Corneliam testamentariam aduersus eos latã qui supprimunt testamentum. Puta si neque amouerit, neq; celauerit tabulas, sed idcirco alij tradiderit ne aduersario interdicenti exhiberet, hoc est si non supprimendi vel celandi animo id fecit,

Digitized by Google

sed ne huic exhiberet *l.3.§.si quis dolo malo D.de tabul.exhib* vbi Vlp.concludit hoc saltem casu interdicto *De tab.exhib.*locum esse debere.Quâquam illo etiam casu locus est in quo lex Cornelia testamentaria æquè locum habere possit. Nemo enim ideo impune tabulas retinere potest, quod præterea maius delictum admiserit vt eleganter Vlp.ibidem ait, Nouum siquidem delictum vel solius contumaciæ cumulat pœnam *l.relegati 4.D de pœn.l.2.D. de priuat.delict.l.si seruus 27.in prin.D.ad leg. Aquil.l.Veratius 11.§.quamuis D.de seruo corrupt.l.1.§.hunc tamen 22.l.2.§.1. D. de tutel. & rat.distrah.l.numquam 60.D.de oblig.& act.cum concord.*

L.3.§.si quis dolo malo D.de tabul. exhib.l.relegati 4.D de pœn.L.2.D. de priuat.delict.l.si seruus 27. in prin.ad leg. Aquil l.Neratius 11. §. quamuis de ser.corrup.l. 1.§.hunc tamen l.2.§.1. De tutel.& rat.distr. l. utiqua 60. de oblig. & act.

ILLAT. V.

De protestatione facta ad conseruandum ius protestantis.

QVintò ex eodem Principio fit vt quoties quis protestatur faciendo id quod alioqui si factum esset citra protestationem, ius ipsius læderet, conseruetur saluum & integrum ius protestantis,quia protestatio probat animum & intentionẽ agentis,& ita facit,vt actus ipse in quo adhibetur protestati ,nihil vltra eam intẽti onem operetur *l.pro hærede 20.§.1.D.de acquir. hæred.l.etsi quis 14.§.sed interdum in fin. De relig.& sumpt.funer.l.Nesennius 14. D.de negot.gest.l.alimenta 11.l.quod in vxorem 13.l.si paterno 15.C. eod. l.si debitor 4.§.1.D.quib.mod.pign.solui.*iunct.*l.sicut.3.§ non videtur eod.*

L. pro hærede .20. §.1. D. de acq. hæred.l.Nesennius 34. D.de negot. gest l. alimẽta 11. l. quod in vxorem 13.l.si paterno 15.C.eod. L. semper in stipulationibus 34. De regul. iur.l. in condicionibus 19. D. de condic. & demonstr. 7.Labeo 7. in fin. de supell.legat.

ILLATIO VI.

De spectanda semper & in omnibus voluntate.

DEnique ad hoc Principium referendi sunt omnes ij loci in quibus dicitur spectari debere voluntatem contrahẽtium aut testatoris siue de cõtractu agatur siue de vltima voluntate.Nã & qui loquitur aliquid facit,Nihil autẽ facere aut dicere credendus est nisi quod velit *l semper in stipulationibus* 34.*De regul.iur.l in condicionibus* 19.D.*de condic. & demonst. & ea iis innumeris*, Semper nãque fortior &potentior est quàm vox,mens dicentis *l.Labeo 7.ad fin.D.de supel.legat.l.si mihi 12.§.vlt.De legat.1.l.Titia cùm testamẽto 34.§.vlt.de leg.2.l.non aliter 69.in fin.de leg.3.l.cùm de Lanionis 18.§.asinam D.de instruct.& instr.legat.*licèt dici soleat non aliter à propria verborum significatione recedendum esse,quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem *d.l. non aliter in princip.*Nã cùm in verbis nulla est ambiguitas nõ debet admitti quæstio voluntatis *l.ille aut ille 25.§.1.eod.ti.de leg.3.*Nemo enim existimandus est id dixisse quod non priùs mente agitauerit. Quorsum namque verba nisi vt demonstrent voluntatem loquentis? vt Tubero contra Seruium iam olim disputabat in *d.l.Labeo 7.ad fin. De supell.legat.*

De agente libero.

Actus quilibet hominis incipit à voluntate.

HVius autem Principij ratio illa est quòd in agente libero, qualis homo est,ne quidem actũ id intelligitur quod agere noluit is qui egit, quia actus quilibet hominis incipit à voluntate, Adeò vt nec peccatum vllum sit nisi voluntarium,quemadmodum B.Augustinus scribit.Proinde mirum non est actum qui in eo quod est contra vel vltra intentionem agentis nullus est, nihil etiam operari,quandoquidem non entis nullæ sunt qualitates,cùm qualitas quæ est accidens non possit esse sine subiecto *l.eius qui 41.vers. quare si nulla De reb.credu.*

PRIN-

PRINCIPIVM VII.

Differre ista Seruire & Seruum esse.

ALiud est, Seruũ esse, aliud verò Seruire aut esse in seruitute, Prior locutio ad ius refertur, posterior ad factum, Vt diximus & explicauimus ad Princip. 4 *sup. eod. ex l. 4. § si Stichus Titio D. de statu lib. l. ex qua tutores* 22. *§. & tolerabilius C. de admin. tutor.* Seruum esse hoc significat Esse in dominio alieno, Seruire verò aut in seruitute esse nihil aliud nisi seruitutis operas & ministerium præstare. Sic & aliud est Esse liberum, aliud esse in libertate *l. 1. l. liberis* 7. *§. vlt. l. quod autem* 10. *& pass. D. de liber. causa.* Est in libertate, qui est in possessione libertatis, id est qui pro libero se gerit, Sicut est in seruitute qui est in seruitutis possessione licèt sit liber *l. penul. D. ne de stat. defunct. post quinquen. quærat.* Denique non dissimiliter dicimus, Aliud esse possidere, Aliud verò in possessione esse. Possidet propriè is qui animo domini, & sibi ipsi tẽ habet siue dominus sit, siue non. Vt Theoph. definit. *in tit. De libertin.* At esse in possessione est alienonomine possidere quomodo possidẽt, sed impropriè procurator creditor, depositarius conductor, cõmodatarius & similes *l. si ante* 10. *l. quod meo* 18. *D. de acquir. poss. l. pignori* 15. *De vsucap. l. officium* 9. *in fin. D. de rei vindic. l. Celsus* 5. *§. 1. D. ad exhib. l. certè* 6. *§. is qui rogauit* D. *de precar.* In summa *possidere* ius significat *l. possessio* 49. *in princip. & §. 1. D. de acquir. poss.* In possessione autem esse nihil nisi factum demonstrat, nudámque detentionem quam & interdum licèt impropriè naturalem possessionem appellamus. *l. stipulatio ista* 38. *§. hac quoque stipulatio D. de verb. obligat.*

L. 4. § si Stichus Titio D. de statu lib. l. ex qua tutores 22. § & tolerabilius C. de admin. tut. L. 1. l. liberis 7. §. vlt. l. quod autem 10. De liber. caus.

L. pen. D. ne de stat. defunct.

L. si ante 10. l. quod meo 18. De acq. poss. l. pignori 15. De vsucap. l. officiũ 9. D. de rei vindicat. l. Celsus 5. §. 1. ad exhib. l. certò 6. §. is qui rogauit. D. de precar.

L. stipulatio ista 38. §. hac quoque stipulatio D. de verb. oblig.

l. 4. D. de instit. & iur.

TIT. V.

De libertinis.

PRINCIPIVM I.

Definitio manumissionis.

MAnumissio est de manu missio seu datio libertatis, vt Iust. in Principio huius tituli scribit, post Vlpianum in *l. 4. De iust. & iur.* vbi addit illeratione. Nã quãdiu quis in seruitute est manui & potestati alterius suppositus est, Manumissus autem liberatur ea potestate, id est extra eam potestatem emittitur. Manum enim latinè dicimus eleganter pro potestate. Vnde & apud veteres vsus ille matrimonij per conuentionem in manum, quoties ita nubebat mulier vt transiret in familiam & potestatem viri, vt est apud eundem Vlp. in Tit. Iis. Dat igitur dominus libertatem hoc ipso quod abdicat à se dominium serui. Eo namque sublato remanet seruus talis quales sunt homines omnes à natura id est liber, Vt dicam Princ. *seq. illat.* 6.

ILLATIO I.

De potestate manumittendi.

EX hoc Principio illud fit vt regulariter non nisi facto & consensu domini interueniente fieri manumissio possit: Tum quia quod ego in mea manu habeo fieri non potest vt emittatur me vel inuito vel ignorante, Nisi ponas mihi vim fieri & impressionem, quæ res manifestam haberet iniuriam,

Digitized

Tùm etiam quia ſi manumiſſio eſt datio libertatis, vt diximus, vtique non alius dare libertatem poteſt quàm qui libertatis dominus eſt. Sicut enim nemo dat quod non habet *l. proprias* 13. *l. ſi vniuerſa* 15 *C. de legat* Ita nec fieri poteſt, vt quod meum eſt ſine facto meo in alium & per alium transferatur, *vulg. l. id quod noſtrum* 11. *De regul. iur.* Hinc introductum duplex illud genus manumiſſionis, In teſtamento, de qua in *tit. De manum. teſt.* & inter viuos id eſt per vindictã, de qua in *tit. de manum. vindic.* D. & C. Vtriuſque manumiſſionis commune illud fuit ſemper, vt neque niſi à domino fieri poſſet, neque à domino ipſo conferri in id tempus quo ſeruus alienus foret. *l.* 2. 3. 4. *& tot. tit.* C. *de his qui à non domin. manum. ſint. l. Stichus* 39. *D. de manum. teſtam. l. nulla* 19. *& ſeq. l. curator* 22. *D. qui & à quib. manu. l. qui pœna* 8. *l. ſeruus* 13. *D. de manumiſſ.* Teſtamentarias enim manumiſſiones iuduxit ac cõfirmauit lex duodecim tabularum illis verbis generalibus, *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit ita ius eſto*: quæ tamen apparet non ad alium teſtatorem pertinere quàm ad eum qui de ſua non de aliena re diſponat *l. verbis legis* 120. *de verb ſignifi.* iũct. *l. conficiuntur* 8. *§. ſi poſt factum D. de iur. codicill.* & ita Vlp. quoque in Titulis ſcribit *tit.* 1. Inter viuos autem manumiſſio quæ per vindictã fiebat, etſi apud magiſtratũ & interueniẽte ipſius autoritate perficiebatur (erat enim vindicta virgula quæ per lictorẽ iubẽte magiſtratu imponebatur capiti ſerui qui erat manumittendus, quem ſubinde lictor in libertatẽ vindicabat, vt refert Boet. in Topic. Ciceronis) tamen & preſentiã & voluntatẽ domini exigebat, Cuius & libertus fiebat is qui manumittebatur, tãquã ab eo ipſo per magiſtratũ & lictorẽ, nõ à magiſtratu aut lictore manumiſſus *tot. tit. De manu. vind. l. quæſitũ* 15. *§. 1. qui & à quib. manu.* Scut & præſentia ſerui requirebatur cùm alioqui fieri non poſſet, vt iubente magiſtratu imponeretur per lictorem virgula capiti eius ſerui qui præſens non eſſet. Quãquam cùm plures pariter & ſimul vindicta manumitti poſſint, placet ſufficere præſentiã vnius ſeruorum vt vel plures manumitti poſſint *l. etiam* 15. *§. plures De manu. vindict.* vbi nõ dubito quin ſic legendum ſit addicta dictione *vnius* quæ vulgo deeſt, & ſine qua non poteſt locus ille bonum habere ſenſum. Ex hac autem imponendæ virgulæ ſollennitate, nata videtur ea locutio vt libertas imponi dicatur, itémque manumiſſio *tot. tit. De manum. quæ ſeruis ad vniuerſ. pertin. impon.* Etſi vix eſt vt Iureconſultos ita vnquam locutos reperias.

Duplex genus manumiſſionis teſtamento & vindicta.

Ti. C. de his qui à nõ domin. manu. ſunt l. Stichus 39. *D. de manu. teſtam. l. nulla* 19. *& ſq. l. curator* 22. *D. qui & à quib. manu. l. qui pœna* 8. *l. ſeruus* 13. *D. de manumiſſ. L. verbis legis* 120. *de verb. ſignif. l. conficiuntur* 8. *§. ſi poſt factum D. de iur. codicill. L. quæſitum* 15. *§. 1. qui & à quib. manum. L. etiam* 15. *§. plures D. de manum. vindict.*

ILLATIO II.

De communi ſeruo manumiſſo.

Tit. De manumiſſ. qui ſeruis ad vniuerſit. pertin. impon.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſeruum communem inuito aut ignorãte ſocio manumittere neuter ex dominis poſſit inſpecta iuris veteris ratione, Adeò vt ſi quis olim manumiſiſſet eo modo quo manumiſſi ciues romani fiebant, partem quã in ſeruo habebat amitteret eáque ſocio adcreſceret, ſin priuatim & inter amicos nihil ageret quemadmodũ Vlp. ſcribit *dict. tit.* 1. *De liber.* Etſi enim dici poteſt meum eſſe quod mihi cum alio commune eſt *l. ſi ſeruus* 61. *in fine princip. De furt l. ſeruus electione* 5. *§. vlt. De legat.* 1. id tamen minùs proprie ne ſatis verè dicitur, cùm negari non poſſit partem ad ſocium pertinere *d. l.* 5. *§.* 1. *& ſeq.* Tunc namque fundum noſtrum totum eſſe rectè dicimus cùm eius nulla pars dici poteſt alterius eſſe *l. rectè dicimus* 25. *D. de verb. ſignific.* Quod hic non euenit. Non ſolùm enim ſocij par & æquale ius eſt, ſed etiã eo potentius quòd in pari, vtriuſque cauſa & iure, melior eſt

Vlp. in fragment. tit. 1. *de libertin.*

condicio

condicio prohibentis *l. Sabinus 28. D. commun. diuid.* Iustinianus tamen fauore libertatis constituit vt etiam inuito socio possit socius communem seruũ manumittere, sed ita tamen si priùs eius partis precium offerat, aut socio accipere recusante, offerat rursum per publicas personas, sigillóque in presso in ædem sacrã aut vbi deponi moris est, deponat *l. 1. C. de commun. serv. manum.* *l. 1. C. de cõmun. serv. manumiss.*

ILLATIO III.

De manumissione serui specialiter obligati.

TErtiò ex eodem Principio fit vt seruum specialiter pignori obligatum debitor, quamuis idem & dominus sit, adeóque locupletissimus, manumittere nõ possit *l. 3. D. de manumiss. l. 3. C. de seru. pignor. dat. manum.* Etsi enim debitor non eo minùs remanet pignoris & dominus & possessor, *l. cùm & sortis 35. §. vlt. D. de pign. act.* iunct. *l. pignori 13. l. serui nomine 16. D. de vsucap. l. quod meo 18. D. de acquir. poss.* non tamen sic habet pignus in manu vt non possit inuito ei eripi per creditorem cui non aliunde satisfiat *l. in toti. C. debit. vendit. pign. imped. non poss.* Nemo autem videtur id habere quòd ei aliquo casu iulle aufferri possit *l. si seruus 21. §. & ideo D. de euict.* Et rursum quid tam contrarium libertati quàm vinculum? Aut quomodo potest vinculo pignoris liberari quis inuito vel inscio eo cui est obligatus? Quãquam etsi propriè pignus accipias quatenus dictum est à pugno vt ad res mobiles coarctetur, quarum possessio per traditionem translata sit in creditorem, *l. plebs est 238. §. pignus de verb. signif.* ad differentiam hypothecæ quæ nuda conuentione constituitur, & pro qua datur hypothecaria ad amouendam nudam possessionem vt in *l. si rem alienam 9. §. propriè D. de pignor. act. l. si cùm venditor 66. D. de euict.* negari meritò potest seruum pignori datum esse in manu debitoris, cùm sit in possessione & potestate creditoris. Manus enim non tã dominium significat quàm potestatẽ & possessionem *l. qui neque 48. D. de verb. signif.* Sicut & potestatis verbo vt plurimum præsentis corporis copiã facultatemq; significamus *l. potestatis 215. eod.* Proinde mirum non est hunc seruum pignori specialiter obligatum, qui in creditoris manu & potestate sit, non posse manumitti à debitore quãtũuis locuplete. Cur enim creditori sua possessio auferatur priusquam ei fuerit satisfactum? Atqui si valeret manũmissio per debitorẽ facta auferretur creditori possessio, quia liber homo qui se liberũ sciat & asserat, possideri ab alio nullomodo potest. *l. 3. §. si seruus quẽ possidebam D. de acq. poss.* Nec responderi potest aliã rationẽ esse rerũ mobilium in quas propriè pignus cadat, aliam seruorum, quasi hi mobilium appellatione non contineantur. Nam imò verò continẽtur *d. l. 3. §. Neruа filius.* Sed tamen cùm in iure nostro pignoris appellatio passim sumatur impropriè pro obligatione quæ non per traditionem quàm per conuentionẽ nudã contrahatur, ideóq; dicamus inter pignus & hypothecã nominis duntaxat sonũ differre *l. 5. §. inter pignus D. de pignor.* & pignus contractum videri etiã illo casu quo bona omnia debitoris generali conuentione citra vllã traditionẽ obligata sint *l. Paulus 29. §. vlt. D. eod.* magis placet ratio prior, vt seruus pignori datus specialiter manumitti non possit, nõ quia sit traditus & in creditoris manum ac potestatem translatus, sed quia sit specialiter obligatus. Video enim ita rescripsisse Impp. *in l. 2. C. de seruo pignor. dat. manu.* vt distingui tantùm oporteat an obligatus sit hic seruus ex conuentione speciali, an vero generaliter duntaxat, siue expressa conuentione, siue tacita, puta ex priui-

l. 3. D. de manumiss. l. 3. C. de seruo pignor. dat. manum. l. cùm & sortis 35. §. vlt. D. de pignorat. act. l. pignori 13. l. serui 16. D. de vsucap. l. 1. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss. l. plebs. ff 238. § pign. De verb. signific. l. si rem alienam 9. §. propriè De pignorat. act. l. si cùm venditor 66 de euict. l. qui neque 48. de verb. signific. l. potestatis 215. eod. l. 3. §. si seruus quem possidebam & §. Neruа filius D. de acquir. poss. l. 5. §. inter pignus & l. Paulus 29. §. vlt. D. de pignor. l. 2. C. de seruo pignor. dat. manumiss.

legio fiſci qui ſemper in debitoris ſui bonis omnibus ius pignoris habere intelligitur *l.auſſertur* 46.*§.fiſcus* D.*de iur.fiſc.l.*2.*C.in quib.cauſ.pign.l. vlt.* C. *de priuil.fiſc.* Alioqui dicendum eſſet bonis omnibus generaliter & expreſſim obligatis vt paſsim hodiè fit cum clauſula conſtituti quę creditorem facit poſſeſſorem, non poſſe quemquam ex ſeruis manumitti, quod non puto verè dici poſſe. Sicut nec illud è contrario, vt qui ſpecialiter fuit hypothecæ datus, nec tamen creditori traditus, poſsit manumitti. Specialis enim conuentio impedit manumiſsionem ſiue pignori ſiue hypothecæ datus proponatur. Quidni verò etiam generalis? An quia hoc caſu magis quàm illo liceat debitori facere deteriorem pignoris condicionem? Minimè. *l. debitorẽ* 15.C.*de pignor.* Sed quia intereſt publicè valere libertatem, duminodo nil interſit creditoris non valere: nihil autem creditoris intereſt quoties ex alijs debitoris bonis ſuum conſequi poteſt, id eſt quoties debitor eſt ſoluendo. Hoc enim omnimodo requiritur vt poſsit manumitti is qui non niſi generaliter obligatus fuit, ne alioqui per legem Æliam Sentiam impediatur libertas tanquam in fraudem creditorum data *l.in fraudem ciuitatium* 11. §.1.*l. generaliter* 29.*in princ.D.qui & à quib.manum.* Et ſanè aliter poſito iure deterioris condicionis eſſent ſerui quàm cæteræ res obligatæ. Siquidem pignoris conuentio non impedit cæterarum rerum alienationem, licèt ea alienatio non fiat niſi cum ſua cauſa *l.ſi conuenerit* 18.*§.ſi fundus* D.*de pign.act.l. vlt.§. penult.D.de donat.* Manumiſsio autem velut alienatio eſt *l.obligari* 9.§.1.*De auctor.tut.l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.* Nec quod talis alienatio ſit quæ perimat ius pignoris, ad rem facit, cùm vt dixi nihil intereſit creditoris. Nã & in cæteris rebus obligatis idem hodie obtinet, vt quamuis non niſi cũ ſua cauſa alienentur, poſſeſſori tamen, ſi earum nomine per hypothecariam inquietetur, competat exceptio non factæ excuſsionis per quam repellat creditorem ſi ex alijs bonis nondum alienatis poſsit conſequi ſolutionem *Auth. hoc ſi debitor C.de pignor.* quod & iam olim quibuſdam in cauſis receptum fuiſſe conſtat ex *l.Moſchis* 47.*D.de iur.fiſc.* Itemq; ex *l.*2.*eod.tit.* vbi ſecundo creditori qui pignus accepit ex bonis alij iam antèà generaliter obligatis datur eadẽ exceptio nõ factæ excuſsionis ſi ex bonis ſpecialiter obligatis priori creditori abundè cautum eſſe conſtet. Idque temperamento æquiſsimo iuriſdictionis vt & debitori & poſterioribus eius creditoribus conſulatur quãtum ſine primi creditoris damno aut incõmodo fieri poteſt. Dices, Cur nõ ergo idem placuit etiam in ſeruo ſpecialiter pignori dato vt manumitti poſſit, ſi ex alijs debitoris facultatibus ſatisfieri poſsit creditori? Reſpondeo rationem diuerſitatis eſſe quia proculdubio ſpecialis conuentiq pignoris magis afficit rem obligatam, vt apparet ex *d.l.*2.*C.de pignor.* nec poſſet ſine manifeſta iniuria creditoris aliter conſtitui, qui ſeruum hunc ſpecialiter accipiendo pignori, ſatis indicauit hoc ipſo velle ſe ea potiſsimùm ratione ſibi cautum eſſe. Quamquam illo etiam caſu fauore libertatis æquiſsimè conſtitutum eſt, vt ex illa voluntate & manumiſsione licèt tum inutili liber tandẽ fiat hic ſeruus, ſoluta quandocunque creditori pecunia pro qua ſeruus fuerat pignori datus, vt ad Scæuolam eleganter Paulus notat *in l. pignori* 26. *D. qui & à quib.manumiſſ.* Secundum quam diſtinctionem accipiendum procul dubio eſt quod ſcriptum eſt *in l.*4.*& l.in fraudem* 27.*§.pignori eod.tit.* & ſupradictis alijs locis qui negant ſeruum ſpecialiter pignori datum manumitti poſ-

De ſerno pignori obligato per generalem conuentionem pignoris bonorũ omniũ eum clauſula conſtituti l.debitorem 15.*C.de pignor.*

l. in fraudẽ ciuitatium 11.§.1.*l.generaliter* 29.*in princip. D. qui & à quib.manũ.*

Manumiſſio velut alienatio eſt.

l.Moſchis 47.*D.de iur.fiſc.l.* 2. *C.de pigno.*

l.pignori 26. *D.qui & à quib.manumiſſ. l.*4.*l.in fraudem* 27.§. *pignori eod. tit.*

ti posse. Sicut & idem libertatis fauor effecit vt directa libertas testamento data seruo pignorato trahatur ad fideicommissariam, quasi iusso herede vt pignus lueret *l.generaliter 24.§.si quis seruo pignorato de fideic.libert.* Nam post luitionem pignoris nulla causa supersest impediendę libertatis. Si tamen locus ille Triboniani non est potiùs quàm Vlpiani vt alibi scripsimus. Apparet autem ex superioribus errasse Hugonem Donellum *lib. 2. Commẽt. De iur.ciuil c.ap.* 13. vbi defendit obligatione non contineri seruum postcà manumissum, quòd non sit verisimile de illo obligando sensisse debitorem *arg.l. obligatione 6. D.de pignor.* Nam imò verò generaliter obligatus dicitur *in d.l. generaliter, & in d.l.* 2. C. *de seru.pign dat.manum.* Quid enim si manumissus sit longo tempore post constitutam generalẽ pignoris obligationẽ? Quis credat debitorem non cogitasse de illo obligando, de quo manumittendo vtique tum non cogitabat? Aut quomodo pignoris obligatio semel vtiliter cõstituta ex superueniente manumittentis voluntate finietur? Facit *l. si quis obligatum 6. D. qui sin. manum* etli puto addita negatione legendum ibi *non obligatum* scilicèt specialiter vt diximus *ad tit de ingen. Primo.* probatúrque ex verbis illis sequentibus *licèt bona omnia quis obligauerit.* Scribendum enim erat *dummodo bona omnia* ad specialem obligationem excludendã, si obligatum fuisse seruum Marcianus in præcedentibus scripsisset. Mirum autem non est seruum qui non nisi generaliter obligatus sit haberi pro non obligato: scilicet quod ad hoc vt perinde possit manumitti ac si nullomodo esset obligatus. Alioquin plurium seruorum dominus qui vel pro vno denario si voles, bona sua omnia generaliter obligasset quantumuis locuples proponeretur, ne vnum quidem ex seruis suis manumittere interim posset, quod iniquissimum certè esset, ac contra fauorem libertatis *arg.l.Iulianus 6. in fin. D. qui & à quib.manum.* Denique non est indulgendum malitiæ creditoris si prætextu generalis suæ conuentionis de pignore velit impedire libertatem, Licèt di ci soleat creditoris arbitrio permitti ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis ad suum commodũ peruenire *l. creditoris 8. D. de distr. pignor.* Id enim sicut in cæteris quoque causis perpetuum non est *d.l. Moschis 47. De iur. fisc. d.l.* 2. *& Auth. hoc si debitor C. de pignor.* ita nec hîc obtinet ne libertas tam facilè & sine causa impediatur, data ab eo qui & pleno iure dominus seruui est *d.l. generaliter, & nullam creditori suo iniuriam facit.* Ponimus enim & soluendo illum esse, & data qnoque libertate nõ desinere soluendo esse *l. in fraudem 10. D. qui & à quib. manum.* Obseruandum autem est ad impediendam seruí obligati manumissionem, sufficere vt specialiter obligatus sit, quamuis tacitè tantùm non etiam expressim. Potest enim fieri vt seruus sit & specialiter & citra conuentionem obligatus, puta si à tutore comparatus sit ex pecunia pupilli. Quæ species & sententia est *l. pen. C. de seru. pign. dat. manum.* Alioqui ex eo solo quòd bona tutoris omnia obligata sunt pupillo pro administratione, manumissio non impediretur, si tutor modò soluendo esset *l. vlt. C. qui manum. non poss.* Sed & quod dicimus seruos ex pecunia pupilli emptos manumitti non posse, sic accipiendum est, vt tamen si manumissi sint, liberi fiant ex ea manumissione, quandocunque præstita pupillo indemnitate *d.l. pignori 26. D. qui & à quib. manum.*

l. generaliter 24. §. si quis seruo pignorato D. de fideic. libert.

l. si quis obligatum 6. D. qui sin. manumiss. emendata.

l. Iulianus 6. in fin. D. qui & à quib. man.

l. in fraudem 10. eod. tit.

l. pen. C. de seru pignor. dat. manũ. l. vlt. C. quì manum. nõ poss.

ILLATIO IV.

De manumisso per heredem seruo qui fuerat sub condicione legatus.

l.generaliter 29.§.1. D.qui & à quib. manumiss.

QVartò ex eodem Principio fit, vt seruus sub condicione legatus quãuis interim pleno iure sit heredis manumitti tamẽ non possit, *d.l.generaliter 29.§.1.eod.* vbi ratio redditur *ne legatario iniuria fieret* Nam cùm existẽs quandocunque condicio legati faciat vt legatum ab initio purè relictum videatur, & consequenter statim ex die mortis testatoris & recta via legatario acquisitum *l.is cui via 11.§.1.D.quemadm.servit.amitt.l.& post litem 12.§.res quæ D.famil. ercisc.l.si fundum sub condicione 81.de legat.1.l.si fundum 105. De condic. & demonstr.* iunct. *l.à Titio 64.D.de furt.* appareret ex postfacto manumissum fuisse ab herede seruum alienum, quia legatũ ita facit rem legatam legatarij vt hereditas heredis res singulas *l.legatum 80.de leg.2.* Et tamen libertas quæ semel ex manumissione competijsset retractari nunquam posset, ex generali regula do qua diximus *ad Princip.2. De iur.person. illat.2.* In quo necesse est deteriorẽ conditionem esse libertatis hominis quàm seruitutis realis interim ab herede constitutæ, quia nec eadem esse potest, propter libertatis fauorem, qui non pateretur vt libertas semel competens vnquam intercideret (quomodo pendente legati condicione seruitus constituta finitur existente quandoque condicione) nec melior ne iniuria fiat legatario.

l.legatum 80.de legat. 2.

ILLATIO V.

De facta manumissione vnius ex pluribus seruis quorum optio fuit legata alteri.

QVintò ex eodẽ Principio fit vt si optio hominis data sit, vel indistinctè homo legatus sit, non possit heres quosdam seruos vel omnes manumittẽdo aut euertere aut minuere ius electionis. Nam optione vel electione serui data quodammodo singuli sub condicione legati videntur, inquit Caius in *l.3.D.qui & à quib.manum.* Nec simile est quod seruum heredis prium à testatore pro suo iure legatum heres iure manumittit. *§. sives legata 16.Inst.de legat.* Id enim fit quia verum est heredem huius serui dominum esse, cùm non possit lex facere vt dominiũ serui qui non fuit testatoris trãseat recta via à testatore in legatarium, Et quod dicitur perinde posse quem legare rem heredis vt suam propriã, adeò vt nec hoc casu distinguendũ sit quo modo aliàs distingui solet re aliena legata, An testator suam esse putauerit, an sciuerit alienã *l.vnum ex familia 67.§.si rem de leg.2.* nõ ita accipi debet vt perinde vtroque casu legatarius fiat dominus, sed vt perinde obligetur heres actione ex testamento ad præstandum legatum Cæterùm ea personalis actio non impedit potestatem manumissionis factæ ab eo qui verus, & solus & pleno iure dominus fuit, sicut nec manumissio illa liberat heredem quominus ad præstandum serui precium eadem actione ex testamento post manumissionẽ quoque teneatur, siue legatum sciuerit, siue ignorauerit *d.§.sives legata l.si quis inquilinos 112.§.1.De legat.1.l.si seruum 91.§.de illo D.de verb. obligat.* quia scientiæ vel ignorantiæ eius nullam placuit hac parte admitti rationem *l.heres 28.D.qui & à quib manum.* Atque ita certè accipiendum est quod ibi Paulus ait, heredem nihil agere manumittendo seruum proprium

L.3.D.qui & à quib. manum.

l.si res legata Inst.

l.vnum ex familia 67. §.si rem de legat. 2.

l.si quis inquilinos 2. §.1.de legat. 2.

l.si seruus 91. §. de illo D de verb. obligat.l.heres 28 D. qui & à quib.manum.

quem

quem testator legauerat, non vti ne conferat ea manumissione libertatem, sed vt non idcirco se liberet ab actione testamento contra eum danda non pro seruo, sed pro serui precio.

ILLATIO VI.

De manumissione facta per reum criminis ex quo possit sequi publicatio.

SExtò ex eodẽm Principio fit vt non solùm is qui crimen aliquod publicum admisit ex quo sequi possit publicatio bonorum, sed is etiam qui eiusmodi criminis iam reus sit, nondum tamen damnatus, manumittere iure possit, quoniam ante dãnationem dominus est, Ait Paulus in *l. quæsitum est an is D. qui & à quib. manum.* Nec rectè cõparatur hic cis qui seruum vel pignoratum vel sub cõdicione legatum manumittũt, de quibus proximè diximus. Nam seruus specialiter obligatus idcò manumitti nõ potest, quia vinculo pignoris tenetur, quod vel inuito vel inscio creditore cuius interest, dissolui non potest. Quid autem tam contrariũ libertati quàm vinculũ vt suprà diximus *illat. 3.* Eius autem qui sub condicione legatus est manumissio ex eo impeditur, quòd existente quandocumque condicione à non domino facta reperiretur. At is qui reus criminis est, non solùm pleno iure dominus manet bonorum suorum omnium, sed etiam ita dominus vt quãuis posteà cõdẽnetur, non idcirco tamen dominus anteà non fuisse vnquam retrofingatur. Quid ergo est quod summo & stricto iure possit impedire manumissionẽ? Ideo nimirũ necesse fuit prouideri rescripto Imp. Antonini ad Calpurniũ Critonẽ, vt ex eo tẽpore quo quis propter facinorum suorũ cogitationem iam de pœna sua certus esse poterat, multò priùs conscientia delictorũ, quàm damnatione ius dandæ libertatis amisisse intelligatur, vt Paulus refert *in d. l. quæsitum* 15, & Marcianus *in l. qui pœnæ* 8. §. *Diuus de manumiss.* vbi quod mentio fit legis Corneliæ ostendit nihil hac parte crimen læsæ maiestatis à cæteris publicis criminibus differre. Quod autem sequitur *vel cùm futurum prospiceret vt damnaretur*, licèt generale videatur vt ad quemlibet referri possit qui crimen admiserit, tametsi nondũ fuerit delatus, de ijs tamen solis accipi debet, qui iam sint rei vt constat ex *d. l. quæsitum.* Nam nec quisquam bene prospicere potest futurum vt condemnetur quantũlibet delicti conscientia vrgeatur quandiu reus non est, cùm vel morte vel temporis præscriptione accusationi subtrahi possit *l. 3. l. pen. & vlt. C. si reus vel accus. mort. fuer. l. querela* 12. *vbi not. C. ad leg. Cornel. de falsi.* Sola excipiuntur iudicia maiestatis, & repetundarum, quæ etiam mortuis reis cum quibus nihil actum est adhuc exerceri placuit, vt bona fisco vindicentur, ob idque ex Seueri & Antonini rescripto priuilegium meruerunt, vt ex quo quis aliquod ex his causis crimẽ contraxit, nihil ex bonis suis alienare, nec quẽquam ex seruis suis manumittere possit, *l. ex iudiciorum* 20. *D. de accusat. l. 2. & pen. D. ad leg. Iul. repetund.* Cæterùm prohibendę manumissionis pendente reatu cuiuscũque criminis publici causa illa fuit, quòd in fraudem futuræ condemnationis, id est pœnæ per legem dictæ huiusmodi manumissio fieri videatur, vt non obscurè innuit *d. l. qui pœnæ.* Quam in rem tamen videnda sunt quæ scripsimus ad *l. post contractum* 15. *D. de donat. lib. 7. Cornell.*

l. quæsitũ est D. eod. tit. Quib. à quib. man.

l. qui pœnã 8. §. Diuus D. de manumiss.

l. 3. pen. & vlt. C. si reus vel accusat. mort. fuer. l. querela 12. *C. ad leg. Cornel. de falsi. l. ex iudiciorum* 20. *D. de accusat. l. 2. & pen. D. ad leg. Iul. repetund. l. post contractum* 15. *D. de dona-*

ILLATIO VII.

De lege Ælia Sentia & de manumißione facta in fraudem creditorum.

SEptimò ex eodem Principo sit vt necessaria fuerit lex Ælia Sentia ad impediendum ne quis possit manumittere in fraudem creditorum, id est si vel iam soluendo non sit ante datas libertates, vel futurum sit vt datis ijs desinat esse soluendo. *d.l.in fraudem* 10.D. *qui & à quib.manum.* & dicemus latiùs *tit. seq.* Nam cùm nemo ob id solum quod habet creditores præsertim chirographarios tantùm, desinat esse dominus rerum suarum, ob idq; liberam habeat earum alienationem *l.*2.D. *si à parent.quis manum.fuer.* adeò vt etiamsi in fraudē creditorū facta sit alienatio, colludente acquisitore, non idcirco tamen nulla sit & irrita, sed reuocāda per actionē prætoriā ex edicto *de his quæ in frau.cre.* quā ideò reuocatoriā appellamus *l.*1.*& tot.tit.quæ in fraud. credit.* D. *&* C. consequens est vt multò magis valitura esset manumissio ni lex Ælia Sentia obstaret, per quam prouideri necesse fuit, vt ab initio impediretur manumissio, cùm illud induci non posset, vt libertas quæ semel cōpetijsset reuocari deberet, vt sæpius iam diximus.

l.in fraudē 10.D. *qui & à quib. manum.*

*l.*2.D. *sià parent.quis manum.fir.*

Tit.qua in fraud.credit.D.&C.

ILLATIO VIII.

De prohibita minori annis viginti per legem Æliam Sentiam manumißione.

OCtauò ex eodem Principio fit vt eadem lege Ælia Sentia prohibendū fuerit minori viginti annis ne manumittere posset etiā citra fraudē creditorum, Cùm alioqui manumissio tanquam à vero domino facta non posset non valere *l.* 1. D. *de manumiss.* Digna enim res visa est libertas quæ non nisi iustissima ratione certóque iudicio tribueretur, Tātique momēti est, vt ob hoc ipsum sicut aliàs fauorabilior & melioris cōdicionis esse solet quàm res cæteræ, ita hac parte sit deterioris, quia de cæteris rebus omnibus potest quilibet ciuis romanus liberè testari post impletum annum decimumquartum *l.à qua ætate* 5. *D.qui test.fac.poss.* ac multò magis inter viuos saltem cum autoritate curatoris ante orationem Seueri de qua *in l.*1.*D.de reb.eor. qui sub tutel.* vt dicemus latiùs *ad tit.seq.*

*l.*1.D. *de manumiss.*

ILLATIO IX.

De *acquirenda libertate citra manumißionem.*

NOnò ex eodem Principio fit vt è contrario legum & constitutionum auxilio opus fuerit ad hoc vt sine manumissione posset quis ad libertatem peruenire, Iis nimirum casibus in quibus placuit non esse necessariā manumissionem. De quibus *in tit.D.qui sin.manumiss.ad libert.peruen.* Et C. *pro quib.caus.serui pro pram.libert.accip.* Quomodo enim fieri posset vt quis liber fieret nisi per manum eius in cuius manu esset? Ii verò casus quinam sint & quomodo intelligēdi iam diximus *ad Tit.de ingen.Princip.*1. etsi locus hic ad eum tractatum accommodatior videbatur. Omnibus tamen commune illud est, vt non tantùm potestate iuris, sed etiam voluntate & facto domini manumissus intelligatur quisquis citra manumissionem pro libero, & vt melius dicam pro manumisso habetur, siue quòd conuentioni cùm priore domi-

Tit.D.qui sin.manu. ad libert. peruen.Tit. C.pro quib. caus.serui pro prem. libert.accip.

domino initæ satisfactum non fuerit, siue ob noui domini delictum *l. si mancipium 34. D. de euict.* licèt hoc casu non fiat libertus domini qui deliquit sed prioris venditoris qui eam legem dixerat aduersus quam delictum admissũ est vt *in l. sed si hac lege 10. §. 1. D. de in ius vocand. l. Diuus Vespasianus 7. D. de iur. patron.* Sanè cùm pro præmio lex dat libertatem quia vtitur iure suo, & de priuati bonis disponit, tanquam quæ ipsa sit & personarum & bonorum omnium domina ac regina, nulla indiget fictione vt factum hominis, tacitáque manumissio interuenisse intelligatur, sed tamen ne quid emergat iniqui, iubet lex precium hoc casu solui domino, vt de publicæ vtilitatis bono nihil per priuatã iniuriam detrahatur. *l. 2. C. pro quib. caus. serui pro prem. libert. accip.*

l. si mancipium 34. D. de euict.

l. sed si hac lege 10. §. 1. D. de in ius vocand. l. Diuus Vespasianus 7. D. de iur. patr.

l. 2. C. pro quib. caus. serui pro prem. liber. accip.

ILLAT. X.

De tacita manumissione qua profit etiam ad tribuendam ingenuitatem.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si seruus sciente domino mereatur militiam aut quamlibet dignitatem adipiscatur repente ab imperio liberetur & in ipsam rapiatur ingenuitatem, quomodo loquitur Iustin. *in princip. Nouell. 81. cui tit. est Constin. quæ dignit. & episcop. fil. liber. patr. pot.* quasi tacita illa manumissio dicenda sit, inducendáq; ex sola scientia domini: quem ita puniri debere visum est, ideo fortasse, ne alioqui quorundam dominorum nimia erga seruos indulgentia inquinaret ordinem militarem aut alterius cuiuslibet dignitatis autoritatem *arg. l. 1. D. de collus. detec.* Quò ferè pertinet quod scribit Papin. *in l. operis 43. De oper. libert.* operis obligatum militiæ nomen non sine iniuria patroni dare posse. Quamquam non ita hoc accipiendum est vt ob eam causam nomen militiæ dare prohibeatur, sed sic potiùs, vt si dederit, operæ intercidant, in eóque damnum patronus patiatur, quemadmodum & si ad eam dignitatem libertus perueniret vt inconueniens esset præstari operas patrono, ipso iure operæ interciderent. *l. interdum 34. in fin. eod.* quia cùm libertus sit liber, non est prohibendus quo minùs & militiæ nomẽ det & dignitates adipiscatur, præsertim cùm boni quoque publici fauor in eo versetur, Quod in seruo diuersum est. Non potest tamen militia facere quominùs ingratus libertus in seruitutem reuocetur *l. vlt. C. de libert. & eor. liber.*

Nouell. 81. Constit. quæ dignit. & episcop. fil. liber patr. potest.

l. operis 43. de oper. libert.

l. interdum 34. in fin. eod.

l. vlt. C. de libert. & eor. liber.

PRINCIPIVM II.

De libertinorum definitione.

Libertini sunt, qui ex iusta seruitute manumissi sunt. l. libertini 6. D. de stat. homin. Iustam verò seruitutem intellige, quæ faciat vt ante manumissionem iure ac verè seruus fuerit is qui manumissus est, Iure inquam aut gentium aut ciuili. Nam si fuerit tantùm in seruitute id est in seruitutis possessione ac pro seruo habitus, quẽadmodum explicauimus ad *Princip. 4. sup. tit. prox.* sicuti non eo minùs ingenuus esse & manere intelligitur, ita nec per manumissionem libertinus fieri potest. Denique talem manumissionẽ esse necesse est per quam liber fiat is qui antè seruus fuit, Ob eámque causam manumissionem quoque iustã esse oportet, id est non tantùm voluntate manumittentis, sed etiã iuris auxilio & potestate munitam. Alioqui non potest ex manumissione libertinus fieri qui seruus manet. Finge manumissum

l. libertini 6. D. de stat. homin.

Digitized by Google

quem esse contra legem Æliam Sentiam, id est ab eo qui soluendo non erat, aut à minore annis viginti. Non erit libertinus qui non est liber. Finge coactum fuisse dominum per seruum ad manumissionem, dominúmque perterritũ scripsisse liberum eum esse. Non potest videri dedisse libertatẽ is qui liber ipse vt ita dicam non fuit, id est qui liberum dandæ vel denegandæ libertatis arbitrium non habuit *l. ille seruus 9. D. qui & à quib. manum.* Idémque iuris est si priuatus coactus à populo manumiserit. Quamuis enim voluntatem suam accommodauerit, quia tamen non liberè, sed coactè fecit, neq; liber fiet hic seruus, neque consequenter libertinus. Nam & Diuus Marcus prohibuit, & eo auctore amplissimus ordo censuit ne quis ex acclamatione populi & in spectaculo quod edatur actorem suum, alienúmve seruũ manumitteret, Ac vt si factum id esset pro infecto haberetur *l. si priuatus 17. eod.* iunct. *l. 3. C. qui manum. non poss.* Idem est si mentitus dominus seruum suum dixerit esse liberum ne à magistratibus castigaretur. Mentitus autem videtur non hoc ipso quod liberum hunc esse dixit qui in eum vsque diem seruus fuit, sed ita demum si non habuerit voluntatem manumittendi. Alioqui nõ mentitur dicens liberum eum qui adhuc seruus est cùm hoc ipso faciat eum liberum si animum habeat dandæ libertatis *d. l. si priuatus §. 1. qui & à quib. manum.* Iustam ergo manumissionem esse, ac præcedere iustam seruitutem oportet, vt ex seruo fiat quis libertinus. An autem iusta an iniusta sit manumissio necne, tunc tantùm distinguimus, cùm de expressa manumissione tractamus. Tacita enim non potest iusta non esse, cùm sola legis potestate inducantur, ob idque tacita appelletur. Sicut è contrario vt tacita manumissio inducatur non sufficit iustam eius inducendæ causam subesse nisi iuris quoque autoritas accedat. Finge seruum in capitali causa fortunæ iudicio commissum à domino fuisse, nec defensum, sed quasi habitum pro derelicto. An nõ tam iusta causa est vt huic libertatem competere dicamus, quàm si eum dominus ob grauem infirmitatem pro derelicto habuisset? vt *in l. 2. D. qui sin. manum. ad liberi. peruen.* Et tamen placuit hunc quamuis absolutum non idcirco fieri liberum *d. l. ille seruus 9. §. 1. D. qui & à quib. manumiss. l. seruus 13. D. de stat. homin.* quia nulla de eo lex lata est, Et reuera nõ habetur pro derelicto *l. sciendum 9. D. de public. iudic.* licèt tantò magis impius sit dominus qui non habens seruum pro derelicto, nolit eum in capitali iudicio defendere, quanto durius est per carnificem, quàm naturaliter mortem obire.

ille seruus 9. D. qui & à quib. manum.

l. si priuatus 17. eod. l. 3. C. qui manu. non poss.

d. l. si priuatus §. 1.

l. 2. D. qui sine manumiss. ad libert. peruẽ. & l. ille seruus §. 1. qui & à quib. manum. l. seruus 13. D. de stat. homin. l. sciendum 9. D. de public. iudic.

ILLATIO I.

De manumissione illius qui cùm liber esset, passus est se venundari ad precium participandum.

EX hoc Principio illud fit, quod Modestinus scribit in *l. homo liber 21. D. de stat. homin.* hominem liberum qui se vendidit scilicet ad precium participandum, si posteà manumissus sit, non reuerti ad pristinum statum quo se abdicauit, sed effici libertinæ condicionis. Nimirum quia verè ac iure ciuili seruus aliquando fuit.

l. homo liber 21. D. de stat. domin.

ILLA-

Digitized by

ILLATIO II.

De ingenuo manumisso.

SEcundò ex eodem Principio sit quod diximus ad tit. præcedentem, natalibus ingenuis non officere inutilem manumissionem. Non enim quælibet manumissio facit libertinum, sed ea demùm quam iusta seruitus præcessit.

ILLATIO III.

De nomine libertorum & libertinorum & in quo differant.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt non alij libertini dici possint, quàm illi ipsi, qui manumissi sunt, qui & liberti appellantur. Ita vt nulla differentia sit inter libertū & libertinū. Nā & qui ex liberto nascitur, dūmodo ex matre quæ aliquo instanti ab ipso momento conceptionis fuerit libera, non solùm liber est, sed etiā ingenuus, nec magis libertinus quàm libertus dici potest, vt non malè hic Bart. disputat contra grammaticos sui temporis, qui libertū definiebant eum, qui esset ipse manumissus, libertinū verò qui ex liberto natus fuisset. Nos iā satis multa de hoc scripsimus ad tit. præcedentē. Sanè si quid inter libertū & libertinū interest hoc vnum est, quod libertū esse qualitas personę est, & quidem qualitas correlatiua, dicitur enim libertus ex cōparatione patroni. Esse verò libertinū qualitas est nō tā personæ quàm condicionis. Ipsam enim condicionē eius qui per manūmissionem ex seruo liber libertúsque factus est, libertinitatem appellamus, oppositā ingenuitati, ex qua sicut ingenui nomen sumpserūt, ita & ex libertinitate libertini. Denique si quis ex iusta seruitute ita manumissus sit, vt tamen nullius libertus dici possit, puta si ancilla contra legē venditionis prostituta sit ab ipso vendi tore *l. sed si hac lege* 10. §. 1. D. *de in ius vocand.* aut si necē domini seruus detexerit *l. si necem* 4. D. *de bon. libert.* non erit quidē libertus qui patronū nullū habet, sed tamen nō eo minùs erit libertinus, qui vtiq; dici ingenuus nō potest, cùm aliquando fuerit seruus. Sicut enim summa hominū diuisio illa est, vt alij sint liberi, alij serui, Sic & liberorū quotquot sunt vt alij sint ingenui, alij libertini *l. & seruorum* 5. D. *de stat. homin.* vbi obseruandum est non sic loqui Marcianum vt dicat liberorum hominum alios esse ingenuos alios libertos, quæ manca & imperfecta diuisio esset, sed alios ingenuos, alios libertinos. Denique libertinæ condicionis hominum filij ab ipsis hominibus libertinæ condicionis seperātur *in l. vlt. C. de liber. & eor. libert.* vt appareat non esse illos libertinos.

Libertus dicitur per correlationem ad patronū, libertinus verò ad differentiā ingenui.

l sed si hac lege 10. §. 1. D. de in ius vocand.
l. si necem 4. D. de bon. libert.
l & seruorū 5. D. de stat. homin.
l. vlt. C. de liber. & eor. liber.

ILLAT. IV.

De manumissis in seruitutem non reuocandis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt qui ex iusta seruitute manumissi libertatem consecuti sunt liberū vbi voluerint cōmorandi arbitriū habeāt, nec a patronis aut patronorum filijs reuocari possint in seruitutem nisi probetur ingrati *l. penult. C. de oper. libert.* Qui enim seruum suum manumittit, abdicat à se ius omne quod antea in eum habuit, excepto solo iure patronatus, plenéque fit liber is qui manumittitur. Species autem seruitutis esset, iúsque libertatis infringeretur, si in certo loco domicilium collocare inuitus libertus cogeretur *l. Titio centum* 71. §. 2. D. *de condic. & demonstr.* aut si maneat perpetuò expositus metui amittendæ ad patroni nutum libertatis *l. 1. §. quæ o-*

l pen. C. de oper. libert.
l. Titio centum 71. §. Titio centū de cōdic. & demonstr.
l. 1. §. quæ onerandā l. vlt. in fin. D. quar. rer. act. non dat.

Digitized b

l.2.l.is qui onerandæ D. de oper. libert.

nerandæ l.vlt.in fin.D.quar.rer.act.non dat.l.2.l.is qui onerandæ D.*de oper.libert.* quibus locis & alijs pleriſque ſimilibus ſcriptum eſt nihil valere & ſine effectu eſſe quicquid fit onerandæ libertatis cauſa.

ILLATIO V.

De iuribus quæ habent liberti communia cum cæteris hominibus liberis.

QVintò ex eodem Principio fit vt libertus eadē iura omnia habeat quæ cæteri homines liberi, & ciues romani habent, quoties nimirum ciuitas cū libertate obtingit ſecundū ea quæ in ſequentibus dicemus. Eiuſmodi illud eſt quod per patronū à licita negotiatione prohiberi non poteſt *l.2. D. de iur.patron.* dum nec patronus ex ea negotiatione damnum paſſurus ſit vt in ſpecie *l.quæro* 18.*eod.l.libertus* 45.*De oper.libert.* Item quod neque à patrono, neque à patroni filio & herede iniuria adficiendus eſt *l.cùm nec patronos 6. C.de iniur.* Itē quod pro patrono cōueniri non debet *l.vlt.C.ne fil.pro patr.* Item quod operas non debet niſi impoſitas ab ipſo patrono. Nullis impoſitis conſuetum potiùs obſequium quàm ſeruile miniſterium exhibere, neque vincula perpeti debet *l.libertos* 6.*C.de obſeq.patrō.* Impoſitas autē operas patrono quidem debet, ſed patroni filijs nihil niſi reuerentiam *l.pen.C. de oper.libert.* Item quod poteſt eſſe adſeſſor *l.2.D.de offic.adſeſſ.* vt & poſtulare *l.2.C.de poſtul. & adrogari l.3.l.in adoptionem* 8.*C. de adopt.* Patriam poteſtatē in liberos ſuos legitimos exercere poteſt *l.libertos* 8.*C.de patr. poteſt.l.filiū* 7. *C.de ſuis & legit.* & conſequenter aut potiùs in neceſſariū antecedens legitimas nuptias contrahere *d.l.filium.* Denique poſſunt liberti omnia propemodum facere quæ ingenui, Niſi quatenus per eam reuerentiam quam patrono debent prohibentur, Vt puta ſi quid facere velint, quod in patroni dedecus aut diſpendium vertat, vt mox dicemus. Iunge *Nouell.* 78.*cap.1.& 2.*

l.quæro 18.D.de iur patron.l.libertus 45.de oper. libert. l.cùm nec patronos 6. C. de iniur. l.vlt.C.ne filius pro patr. l.libertos 6. C. de obſeq. patr. l.pen.C.de oper. libert. l.2.D.de offic. adſeſſ. l. 2. C. de poſtul.l.3.l. in adoptionem 8.C. de adopt. l. libertos 8. C.de patr. poteſt. l.filiū 7. C de ſuis & legit. Nouell. 78. cap.1. & 2.

ILLATIO VI.

De libertate quam dat manumiſſor, quænam & qualis illa ſit.

SExtò ex eodem Principio fit, vt appareat ridiculam eſſe quæſtionem illam quæ tam malè habuit Accurſium Bartolum & alios interpretes noſtros ad hunc titulū, An qui manumittit eam libertatem det, quæ ſit ſua, an eam quæ ſit aliena. Nam ſi dat ſuam, inquiunt, Ergo fit ipſe ſeruus: ſin alienam, Ergo nihil agit quia dat quod non habet. Ego verò dico datione hanc libertatis nihil aliud eſſe quàm miſsionem è domini manu & poteſtate, vt ex vtraque iſta & libertinorum & manumiſsionis definitione apparet, Ac proinde non eſſe alienationem libertatis, quo ſenſu procederet obiectio, ſed tātùm remiſsionem eius iuris & dominij quod habebat dominus in ſeruum, qua remiſsione facta per eū actū quē lex adprobet, id eſt non nuda voluntate (nemo enim ſolo animo dominium ſuum amittere poteſt *l.ſi quis vi* 17. *§.differentia D.de acquir.poſſeſſ.* niſi cùm habet quid pro derelicto, quod hic non contingit *l.1.2.& tot.tit.* D.*pro derelict.*) ſed per legitimā manumiſsionē ſiue inter viuos ſiue in vltima voluntate factam, quid ſupereſt niſi vt talis ſeruus ſit, quales à natura ſunt homines omnes, id eſt liber? Nam cùm libertas non ab homine ſit, ſed ab ipſa natura vt ex eius definitione conſtat, tolle ſeruitutem, hoc ipſo dederis libertatem. Atqui ſeruitus nihil niſi priuatio libertatis

Manumiſſio non eſt libertatis alienatio, ſed datio.

tatis

tatis est, totáque ex eo æstimatur quod is qui alioqui naturaliter liber esset ac sui iuris alieno iuri & dominio & potestati contra naturam subiicitur, vt ipsa etiam seruitutis diffinitio probat, Ea porrò subiectio iure gentium inducta primùm fuit ex eo quod qui in bello ab hostibus vincebantur nec occidebantur, manu capiebantur, vnde & mancipia dicta quemadmodum suo loco tradidimus. Ergo vt vnumquodque dissoluatur eo modo quo colligatum est secundum vulgarem & naturalem iuris regulam *l. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur. l. prout.* 80. *de solut.* dare aut vt melius loquar reddere libertatem id vnum est de manu tua emittere, quod manu ceperas: quemadmodum libertatem captæ aui restitueres, si eam è tua manu euolare patereris, nec idcirco tamen dici posses quicquam ei dedisse quod tuum esset.

ILLAT. VII.

De talliabilibus nostri temporis, quòd non sint comparandi libertinis.

SEptimò ex eodem Principio fit vt id hominum genus quos ætate nostra plerisque locis tam multos esse videmus talliabiles, vt vocant, & manumortuæ, inter libertinos vulgo à plerisque pragmaticis malè censeatur. Nã si libertinus ille demum est qui ex iusta seruitute manumissus est, quomodo libertini dici possunt qui nec vnquam serui fuerunt, nec vnquam manumissi? Imo verò ex plenissima non solùm libertate sed etiam ingenuitate rapiunt se in hanc condicionem, qui talliabiles fiunt, siue fiant per expressam conuentionem vt apud nos, siue per tacitam, vt in Burgundia & alijs nõ nullis Galliæ locis in quibus sufficit, quòd per annum & diem quis in mãso vt vocãt talliabili habitauerit, ad hoc vt & ipse talliabilis fiat. Pragmaticos nostros illud decepit quod vident huiusmodi talliabilium eandem ferè condicionem esse quæ olim fuit eorum libertinorum qui latinam duntaxat libertatem accepissent. Nam cùm olim triplex status esset libertinorum, vt Iustin. *in hoc tit.* refert, Primus eorum qui plenissimam & romanam libertatem meruissent, Alius eorum qui omnium minimam & pessimam qui dedititij dicebantur, quos placebat neque testamentum facere, neque ex testamento capere quicquam posse, nullâque ratione ad ciuitatem perduci, vt testatur Caius in *Instit. lib. 1. tit. 1. §. 4. & 5. & Vlp. in Titulis tit. 1. §. 11. & 14. & tit. 22. §. 2.* Media fuit condicio Latinorum qui ex manumissione talem libertatem consequebantur, vt viuerent quidem liberi, sed tamen morerentur serui, & in ipso instanti mortis non solùm in mortem eriperentur, sed etiam in seruitutem, vt Iustin. loquitur *in l. vnic. vers. quis enim patiatur & §. illud etiam satis acerbum C. de latin. libert. tollend.* Nostri autem talliabiles eo iure vtuntur, vt quamuis viuant liberi & ex testamento cuiuslibet capere possint, nec nisi promissas operas concentaque obsequia ijs debeant quorum talliabiles sunt: testamẽtũ tamẽ nisi inter suos facere nequeãt, id est inter descẽdẽtes suos vel agnatos cũ quibus habeant cõmunionẽ bonorũ, Quibusomnib. deficiẽtibus succedit ijs dominus suo iure, nec patitur vt ab intestato magis quàm ex testamẽto heredẽ habere possint, ne quidẽ patrẽ aut matrẽ: Idq; nõ solùm in ijs bonis quæ ab ipso domino eiúsve maiorib. aliquando profecta sint, quodeflet tolerabilius sed in cęteris etiã ex talliabilis hominis industria acquisitis. Quod ius cõsuetudine sola introductũ eam originis suæ rationẽ

Talliabiles nec serui vnquam fuerunt, nec vnquã manumissi.

l. vnic. ver. quis enim patiatur & §. illud etiã satis acerbũ C. de latin. libert. toll. De causa & origine talliabilium, & consuetudinis quade ijs apud nos obtinet.

habuiſſe videtur, quòd cùm pleriſque locis tam inæqualiter diſtincta eſſent rerum dominia, vt quidam colendis exercendiſque prædijs ſuis, ſupereſſe nō poſſent, alij verò non habentes quod colerent aut vnde viuerent in eo eſſent vt fame perituri viderentur, ſi nō ijs ditiorū liberalitas ſubueniret, Viſum eſt poſſe & publicè & vtriſque priuatim ita conſuli, ſi ditiores egentibus darent ex fundis ſuis tot excolendos perpetuæ emphyteuſis iure vt ex eorum fructibus quos poſſeſſoris induſtria eliceret, poſſet ille ſibi ſuiſque victū quærere, adeóq; ſi quid ſupereſſet ex eo alia bona propriúmq; patrimoniū ſibi cōparare, hac tamen lege vt ſi quādo poſſeſſorē hunc & emphyteutā veriùs quàm colonū, eiúſve liberos tandem aliquando ſine liberis mori contingeret, bona ipſius aut vltimi liberorū decedentis omnia ad priorē dominū eiúſve ſuccessores pertinerent, Nec ea tātùm quæ ab ipſo primùm profecta eſſent, ſed illa etiā quæ aliunde parta eſſent, tanquam ex illius re, licet per poſſeſſoris induſtriā acquiſita. Cur enim hanc legē & cōdicionē recuſaſſet miſer homo, alioquin fortaſsis fame cum liberis ſuis periturus? Aut quid aliud curare debebat, quàm vt ſibi ſuiſque quandiu eorum vel vnus eſſet, abundè cautū foret: quamuis inde futurum eſſet vt ei qui ex ipſis vltimus decederet, teſtandī facultas nulla ſupereſſet? Quid rurſum æquius, quàm ſeruari pacta omnia de quibus bona fide conuenerit inter dominū res ſuas tradentē, & accipientē, ac ſine quibus non fuerat ille traditurus, aut aliter contracturus *l.vlt.C.de pact.int.empt.& vendit.l.in traditionibus* 48. *D.de pact.l.venditor* 15. D. *commun. prad.* Denique quis neſcit quàm inutilis & inanis eſſe ſoleat induſtria hominis, ſi neq; habeat hominē qui, vt dici ſolet, mittat in piſcinā, neq; bonorū quicquā in quo adminiſtrādo & adaugēdo induſtriā exercere poſsit? Eſt .n. vera & perpetua illa philoſophorū traditio, Ex nihilo naturaliter fieri nihil. Quæ omnia ſi quis attentiùs conſideret, fatebitur vtique non eſſe tam odioſas huiuſmodi leges talliabilitatis quàm vulgo exiſtimātur. De quo nos plura ſcripſimus, & omnia ferè quæ ad hanc hominū condicionē pertinēt in Codice Fabriano. Vtcumq; ſit ne ab inſtituto tractatu longiùs deerremus, nō poſſunt iſti dici libertini, neq; Latinorum veterum exēplo, neq; alia vlla ratione, cùm ex iuſta ſeruitute nunquā fuerint mānumiſsi, etſi maximè verum eſſet, viuere illos liberos, & mori ſeruos. De illo potiùs dubitari poteſt, an ſerui dicendi ſint. Accedunt enim proximè ad condicionē adſcriptitiorum de quibus *in l.cùm ſcimus* 22. *& tot.tit.C.de agricol.& cenſit. & colon. lib.* 11. *tit.* 47. Adſcriptitios autē ſi non omnino & abſolutè ſerui dicendi ſunt, vt probatur non malè ex *§.adſcriptitios.Nou.de ſanctiſſ.epiſcop.* aliquomodo tamē ſeruos eſſe negari non poteſt, cùm & ſerui plerumq; ipſi & dominum habere dicantur, vt contra Bart. & veteres interpretes diſputat Hugo Donell. *lib.* 2. *Comment.de iur.ciuil.tit.9.in fin.l.*21. *in fin.ex l.vlt.* C. *de agric.& cenſit.* in iis verbis *habere poteſtatem dominum eius.* Etſi poteſt dici non tam dominum perſonæ illum eſſe qui dominus dicitur, quàm dominum terræ, Per conſequētias verò eſſe dominum hominis qui terræ ita inhæreat, vt ipſius terræ mēbrum exiſtimetur, quomodo Iuſt. loquitur *in d.l.cùm ſcimus & l.cùm ſatis in princ.eod.* Inde nāque dicuntur iſti adſcriptitij quòd adſcripti ſint, addicti, & vt ita dicam, affixi glebæ, itēq; cenſiti *l.quē admodū* 7. *eod.* id eſt cenſibus adſcripti *l.colonos* 18. *eod.* aut adnotati *l.quiſquis* 16. *C. de epiſc. & cler.* quòd eſſent in cēſu eius loci, id eſt in ijs quæ de illo loco in cēſū publicū referebātur. Vnde & qui eā cōdicionē exuere volunt dicūtur vindicare ſibi libertatē, & q inuitis

Viuere quē liberum, & mori ſeruū. l.cùm ſcim⁹ 22. & tot.tit. C.de agric. & cenſi.lib. 11 tit.47. §.adſcriptitios Nouell. De ſanctiſſ. epiſcop. l.21.in fin. & l.vlt. C. de agricol. & cenſit. De adſcriptitijs & cenſit. & curia dicatur.

vel

vel inſciis dominis id aſſequi tentant ſeruis fugitiuis comparantur,& ſeſe diutinis inſidiis furari intelliguntur,vt ait *d.l.cùm ſatis*.Eſſe tamen eos verè liberos non ſeruos ſi propriè & ſtrictè ſeruorũ nomen accipiatur, conſtat apertiſſimè ex *d.l.cùm ſatis §.1.verſ.ſancimus liberos colonorum eſſe quidem in perpetuum ſecundum præfatam legem liberos,non autem habere licẽtiam relicto ſuo rure ad aliud migrare*.Vt proinde fatendum ſit eſſe quidem illos liberos,ſed tamen iis legibus rámque duris conditionibus obſtrictam eſſe illorum libertatem, vt propemodum ſerui videantur.Denique fatendum eſt eos non habere pleniſſimam libertatem,ac multò deterioris fortunæ & conditionis eſſe quàm ſint cæteri qui ſunt liberi.Idem de talliabilibus noſtris tractari poteſt, quos equidem liberos eſſe & manere adeóque ingenuos negari non poteſt (quidni enim erunt ingenui qui nunquam ſerui fuerunt?) Sed tamen ea libertatis ſpecie quæ plena & abſoluta libertas dici nequeat propter eas conditiones , duras ſanè ac plerumque impias , humanas & Chriſtiana religione parùm dignas quibus obſtricta eſt.Quare non ſine cauſa protrahunt noſtri ad hoc hominum genus multa legibus noſtris non tantùm quod ad cenſitos & adſcriptitios,ſed etiam quod ad ſeruos conſtituta. Quale inter cætera illud eſt vt nemo ſe propria confeſſione talliabilem conſtituere poſſit,ſi non aliud probationis adminiculũ accedat quod de adſcriptitiis traditum eſt *in d.l. cùm ſcimus*,ſicut & iã olim de ſeruis *l.nec ſi volens 6. l.liberos 39.C.de liber.cauſ.* In eo autem maximè talliabilitas ſeruituti comparatur quòd vtraque odioſa eſt,cùm hac parte parum referat an hominis libertas nulla ſit, an verò minùs plena & perfecta.Ea namque libertas fauorabilis eſt quæ eſt naturalis.Ergo quæ plena eſt,perfecta & abſoluta.Atqui naturaliter omnes homies plenè & perfectè & abſolutè liberi,non his aut illis conditionibus obſtricti , quæ licèt à iuſtis conuẽtionibus initium ſumpſerint,ideóque nec improbãdæ ſint ſi de iis bene conſtet, vt ſuprà diſputauimus, ſunt tamen contra naturam hoc ipſo quod pleniſſimam illam libertatem minuunt & infringunt quam omnibus parem & æqualem natura dedit:ob idque in dubio contra eas pro pleniſſima libertate & præſumendum & pronunciandum eſt. Sic in quæſtione De iure libertinitatis & ingenuitatis magis fauemus ingenuitati , quia quamuis vtroque caſu perinde liber ſit is de cuius ſtatu quæritur , pleniore tamen libertate ac multò meliore conditione fruitur, qui ingenuus quàm qui libertinus eſt.Hac deniq; ratione Iuſtinianus noſter abrogata & antiquata illa dedititia primùm,deinde latina libertate.*Tit.C.de dedit. libert.toll.& de latin.libert.tollend.* conſtituit vt hodie libertorum omnium vna eadémque condicio ſit , id eſt vt omnes romanam,id eſt pleniſſimam libertatem & cum libertate ciuitatem conſequantur : omnia denique præterquam ingenuitatem, quam ſcilicet cùm à natura non à manumiſſionis aut legis beneficio pendeat,non potuit Iuſtinianus dare iis qui in ſeruitute nati eſſent,& in quos falsa patronatus iura conſeruari non tantùm patronorum intereſſet,verùm etiam publicè, & ipſorũ quoque ſeruorũ,ne alioqui nullo patronatus commodo fruitari dominii à manumittendis ſeruis reuocarentur. Vt concludam vno verbo, Sicut in eo conueniũt talliabiles noſtri temporis cum antiquis illis libertis & latinis & deditiitiis & romanis,quod liberi ſunt nõ ſerui,licèt pleniſſima libertate nõ fruantur,quæ potius ingenuitas dicẽda eſſet. Ita in eo tãtùm differunt.quod in antiquis illis libertis veſtigia erant ſeruitutis bene quidẽ aliquando cõſtitutæ,

l.cùm ſatis in princ. & §.1. C.de agricol. & cenſit.

l.nec ſi volens 6.l.liberos 39. C.de liber.cauſ.

Cur magis fauemus ingenuitati quàm libertinati, cùm libertini ſint æquè liberi.

In quo potissimùm differant talliabiles nostri temporis ab antiquis ingenuis & libertinis.

sed iam præteritæ. In nostris verò talliabilibus initia potiùs & incunabula quædã sunt seruitutis, licèt talis quæ adolescere tandémque constitui nunquam possit, vt & in censitis & in adscriptitijs vsuuẽniebat, Porrò quemadmodum nemo in eo statu est vnde aut quò progreditur, ita nec in illo vnde aut quò regreditur, & contrà: quia medium quod inter duo extrema est ab vtroque extremo re ipsa distinctum esse necesse est. Propter quam causam illud etiam defendi non malè potest, talliabiles nostri tẽporis siue ij ipsi sint qui talliabilitatis condicionem iusta conuentione contraxerunt, siue eorum liberi, minùs propriè ingenuos dici, quia tametsi nascantur liberi, perinde tamen seruitutis vmbram & imaginem quandam retinent, tanquã ea condicione affecti quæ vergat ad seruitutẽ, ac si è seruitute per manumissionem emersissent. Denique plenè & absolutè liberos esse oportet omnes eos qui ingenuorum nomen mereantur ex nostris legibus, quibus scilicet prorsus incognita fuit, noua ista hominum condicio, quæ non tam vestigium, quàm initium vt dixi & indicium habeat seruitutis.

Nemo in eo statu est vnde aut quò progreditur nec vnde aut quò regreditur. Tit. de iur. patron. & in quo ius patronatus consistat.

ILLATIO VIII.

De iure patronatus quod acquiritur manumissori in personam & bona liberti.

OCtauò ex eodem supradicto Principio fit, vt manumissori acquiratur ius patronatus tam in personam, quàm in bona liberti, scilicet pro beneficio manumissionis, & in memoriam vicémque redditæ libertatis. Quid enim non debere velit libertus patrono à quo tãtam rem quanta libertas est acceperit? Hinc *tit. in Pand. De iur. patron.* Ius patronatus quod ad personam liberti attinet consistit in obsequiis & in operis, quo verbo etiam cætera quæ libertatis causa sunt imposita, significamus. Quod verò ad bona spectat, consistit in successione libertorum. De omnibus tituli sunt speciales & separati De *obseq. parent. & patr. præst.* De *oper. libert.* *D. & C.* Obsequium nihil hîc aliud est quàm honos & reuerentia quam libertus patrono debet *l. nec quicquam* 9. *§. de plano D. de offic. procons. l.* 5. *§. vtrum D. de liber. agnosc. l. sed si hac lege* 10. *§.* 1. *& §. patronum de in ius vocand. l.* 2. *l. licèt* 7. *in fin. D. de obseq. parent. & patr. præst.* Nec tantùm patrono, sed etiam eius liberis *l. penult. C. de oper. libert. l.* 5. *C. de obseq.* adeóque heredibus patroni quibuscunque *l.* 3. *C. de libert. & eor. liber.* etiam extrancis *l.* 2. *C. de in ius vocand.* vbi additur quod notatu dignũ est honorẽ hunc adeò naturali ratione debitũ esse, vt neq; rusticitati hac parte sit parcendum, cui tamẽ plerumque alias parci solet, in ijs scilicet quæ ciuilem magis quàm naturalẽ aliquã habent rationẽ *l. si quis id quod* 7. *§. pen. D. de iurisdict. l.* 3. *§. etsi scient* 22. *D. de S. C. Silan. l.* 2. *§.* 1. *si quis in ius vocat. nõ ier. l.* 1. *§. vlt. D. de edend. l. pen. C. qui adm. ad bonor. poss. l. vlt. C. de testam. l. vnic. §.* 1. *C. de rei vxor. act.* Honor autem hic in eo potissimùm versatur vt libertus tã in faciendo quàm in non faciendo patroni personam sibi honestam & sanctã esse testetur, quẽadmodũ loquitur Vlp. *in l. liberto* 9. *de obseq.* Id ni faciat ingratus est *l.* 1. *l. ingratus* 19. *D. de iur. patron.* vbi additur ingratum etiam esse libertum qui res patroni filiorúmve tutelã administrare detrectat. Est enim id ex officio viri boni & amici, quamquam longè minus est inofficiosum esse libertum quàm ingratũ. Ingrati accusatio est *l. si quis* 30. D. *qui & à quib. manum.* Inofficiosi verò, querela tantùm *d. l.* 1. *D. de iur. patr.* Ingrati pœna est vt libertus in seruitutem redigatur, nec ipse tantùm, sed ipsius etiam liberi post ingratitudinem concepti, nõ quidẽ tanquã ingrati sed tanquã ex patre ingra-

Rusticitati non semper parcendum l. liberto 9. *D. de obseq. l.* 1. *l. ingratus* 19. *D. de iur. patron.*

De liberto vel ingrato vel inofficioso. l. si quis 30. *D. qui & à quib. manũ. l.* 1 *D. de iur patron.*

ingrato & ob hoc ipsum in seruitutē redigendo editi *l.2.3.& 4.C.de libert. & eor.liber.* si modò manumissor voluntariā & gratuitam libertatem præstitit, non item si debitam puta fideicommissariam restituit *l.1.eod.* licet hic per inde sit patronus, non is qui fideicommissariam libertatem reliquit *§. penult. Inst.de singul.reb.per fideic.relict.* idcóque & honor ei debeatur *l.is quoque 9.D.de in ius voc.* & successio liberti *l.3.in princip.& §.1. De suis & legit. l.qui ex causa 29. De bon. libert. l.nequaquam 24. D.de excus.* Nam nec huic operæ debentur, quæ scilicet non nisi pro repēdendo manumissionis beneficio debentur. Is autem qui ex causa fideicommissi manumittit, non præstat beneficium quod coactus præstat, sed is qui libertatis fideicommissum reliquit *l.vnum ex familia 67.§.1.de leg.2.* Nec sunt ista contraria. Nam cùm in manumissione qualibet duo cōcurrere necesse sit, factū manumittentis & voluntatem liberalem dandæ libertatis, factū ipsum ex quo potissimùm manumissio æstimatur & denominatur facit patronū eum qui manumittit licèt rogatus, eiq; proinde acquirit omnia quæ patronis ipso iure & citra conuentionē vllā acquiruntur, in quæ numerantur sunt obsequia & successio. At liberalis illa & spontanea voluntas manumittendi quæ facit vt manumissio beneficiū sit, nulla vnquā obliuione & ingratitudine obliterandum, tota est in persona iubentis manumittere, non in persona manumittentis, ob idque nihil causæ est cur heredi manumittēdi operas aliquas promitti oporteat. *l.si quis hac lege 13.§.1. D.de oper libert.& l.29.de bon.libert.* aut cur ingrati accusatio ei sit accommodanda qui beneficium non dedit *d.l.1.C.de libert.& eor.lib.* Inofficiosi autē liberti pœna illa tantùm est vt à magistratu castigetur sub comminatione aliqua seueritatis non defuturæ si rursum querelæ causam præbuerit *d.l.1.* D. *de sur.patr.* vbi non malè Bart. notat duriùs puniri libertum ingratum quàm inofficiosum, quia minus & leuius delictum est in non faciendo quàm in faciendo. Sed nec ipsi patrono leuis coercitio deneganda est in libertum siue ingratum siue inofficiosum alitérve contumacem. Neque enim facilè prætor ferre debet heri seruum hodiè libertum conquerentem quòd ei dominus conuicium dixerit, vel quòd eum leuiter pulsauerit aut emendauerit, sed tantum si flagris, si verberibus vulnerauerit, nō mediocriter, libertum contra patronum subuenire prætorem oportet, inquit Vlp. *in l.prætor 7.§. prætereà D.de iniur.* Ad causam obsequij patrono debiti illud etiam maximè pertinet vt egenti patrono alimenta de suo præstet si facere possit. *d.l.5. §.solent & seq. D.de agnosc.& alend.liber.* Nam cùm necare videatur is, qui debita alimēta denegat *l.necare 4 eod.* quid est obsecro in quo magis violari possit à liberto patronus, quàm si vel egestate vel etiam corporis valetudine laborantem relinquat? *l.alimenta 6.eod.*

l.2.3.& 4. C. de libert. & eor.liber. l.is quoque 9.D.de in ius vocand. l.3. in princ. & §.1.De suis & leg l.qui ex causa 29. De bō libert.l. nequaquam 24.De excus.tutor. l. vnum ex familia 67. §.1.De lega 2.

l.si quis hac lege 13.§.1. D.de oper. libert.l. 29. de bon.libert.l.1.C. de libert.& eor.liber.

l.prator 7.§. prætereà de iniur. l.5.§.solent & seq.D. de agnosc. & alend. liber. l.necare 4. l.alimenta 6.D.eod.

ILLATIO IX.

De nō cōdēnādo patrono suprà quàm facere possit: & alijs patronorū priuilegijs.

NOnò ex eodem Principio fit vt liberto patronus non cōdemnetur nisi in id quod facere potest *l.patronus 17.D.de re iudic.* Nā cùm hoc eò pertineat, vt nō totum quod patronus habet, ei extorqueatur, sed ita vt ipsius ratio habenda sit ne egeat *l.in condēnatione 173.de reg.iur.* non illa solùm ratio libertum excludere debet quominùs totum consequatur, quod si in eo iā esset patronus vt egeret, egentem illū alere libertus cogeretur, sed illa etiā quòd nō minùs hac in re quàm in cæteris honorē patrono præstari à liberto æquū sit. Ad honorē.n. personæ condēnatæ id maximè pertinet ne suprà quàm facere possit exigatur. Sicut & illud ne exceptiones doli vel vis metúsve causa

l.patronus 17. D. de re iudic. l.in condemnatione 173. de regul.iur.

l.licet 7.§.1. De obseq. parent. & patrō.præst. l.2.l.5.& seqq.eod. l.4.§.aduersus parentes D.de dol mal.except.

vel interdictum *vnde vi* aut *quod vi* à liberto patronus patiatur *d.l.licet 7.§ 1.De obseq.* Etsi enim non sicut actio de dolo, ita & doli exceptio infamat, quia in rem est,non in personam *l.2.§.planè D. de dol. except.* sufficit tamen quòd patroni opinionem suggillet apud viros bonos & graues ne liberto danda sit contra patronum *l.2.l.5.& seqq.de obseq.l.4.§.aduersus parentes eod. de dol.except.*vbi additur nihil interesse an patronus ex suo an ex alieno cōtractu conueniatur.Semper enim, inquit, reuerentia ei exhibenda est tā viuo, quàm defuncto,adeo vt nec si à patroni herede quamuis extraneo conueniatur de patroni tamē dolo excipere possit, quamuis si è contrario cum liberti herede patronus agat, possit heres excipere de dolo patroni, vt ibidem Vlp.ait,quia nullam patrono defuncti reuerentiam heres liberti debet. Simile etiam est quod patronus iusiurandum liberto deferens non cogitur vt cæteri iurare de calumnia *d.l.licèt §.2.l.si patronus* 16.D. *de iureiur.* ex quibus locis apparet verum esse quod Iacob.Cuiac.*in obseruat.*docuit subesse mendum *in l.iusiurandum* 34.*§.qui iusiurandum eod.*legendúmque, vt puto, *Hoc iusiurandum de calumnia equè patronis atque parentibus remittitur.* Quāuis enim propter rem ipsam non propter personam iusiurādum hoc interponeretur vt quidam tentant *arg.l.quoties* 14.*eod.*quod tamen falsum est: solum ipsum *calumniæ* nomen facit suspectum de calumnia eum qui iurare cogitur, id est vt in suspicionē veniat ei qui de calumnia sibi iurari vult, quòd fieri possit vt calumniosè deferatur iusiurandum ab actore,præsertim si de calumnia iurare nolit.Itaque vel ipsa solius nominis indignitas obstat liberto ne iusiurandum de calumnia exigere à patrono possit, Non magis quàm ei obijcere doli exceptionem, tametsi in rem illa sit vt diximus, non in personam, quia scilicet perinde solum *doli* nomen personæ existimationem onerat, nec enim à re ipsa dolus committitur, sed à persona, tùm etiam cùm in re dolus inesse dicitur vt *in l.si quis cùm aliter* 36 *de verb.obligat.*Eadem ratio facit vt si ventris nomine in possessionem calumniæ causa missa dicatur patrona, libertus hoc dicens non sit audiendus, quia de calumnia patroni queri non debet,inquit Vlp.*in d.l.licèt §.nec non,*vbi & hanc rationem generalem subiicit,*His enim personis,* parentū scilicet ac patronorū,*etiam in ceteris partibus edicti honor habetur.*Vt intelligamus totum hoc iusex honore illo quem patrono libertus debet descendere.Violatur enim hic honor non solum si libertus patrono violentas manus inferat, aut si calumniam aliquàm ei instruxerit vel delatorem subornauerit, vel quid aliud aduersus eum tentauerit, Itémque si conuicium ei dixerit *d.l.1.De iur.patron.*sed etiam si libertus in commendanda & exponenda iudici æquitate suæ petitionis, verborū atrocitatem non deuitet *l.4.C.de obseq.*Sed & si in ius patronum vocet venia priùs non impetrata,quo casu pœna quinquaginta aureorum edicto prætoris in eum constituta est, quam si præ inopia non possit soluere, à præfecto vrbi quasi inofficiosus castigandus est *l.4.l.8.§ patronum l.pen.& vlt.* D. *de in ius vocand.*Deniq; non potest conqueri libertus de iure pro patronis ita cōstituto cùm ex ipsius patroni beneficio habeat, vt& eum conuenire & ab eo conueniri possit *d.l.4.*C.*de obseq.*Nisi fortè hoc ipsum imputare patrono velit cur ei dederit aduersus se agendi vel excipiendi facultatem,data ei libertate, quod tamē ridiculum fuerit *arg.l.filio* 7.D.*vt leg.nom.caueat.*iun.*l.si extraneus* 33.*v.nec enim* D.*de iur.dot.*iun.*l.vix certis* 55.*de iudic.l.seruus* 6.Ç.*eod.*

d.l.licet 7.D. de obseq.l.si patronus 16. D. de iureiur.

l. iusiurandum 34.§. qui iusiurā dum eod. fit.

d.l.licet §. nec non.

l.4.C.de obseq.præst.

l.4.l.8.§.patronum l.pē. & vlt. D. de in ius vocand.

ILLA-

ILLAT. X.

De vindicanda liberti ingratitudine.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si ingratus sit libertus, liceat patrono non solùm in seruitutem eum reuocare propósita extra ordinem ingrati accusatione *d.l.2.3.& 4.C.de liber.& eor.liber.l.30.qui & à quib.manum.* sed etiam vrgere apud magistratum, vt hic libertus pro admissi modo aut in exilium mittatur, aut in metallum damnetur *d l.1.De iur.patron.* Qui enim tã impiè erga patronum se gessit vt nec seruitutis metu nec amore libertatis tantique beneficij recordatione potuerit in officio retineri, dignus visus est, qui duriorem quàm hominis seruitutem experiretur, id est qui fieret etiam seruus pœnæ *§.pœna infr.quib.mod.ius patr.potest.soluit.& Tit.De capit.diminut. in princip.l.3.D.de his.quæ pro non script.*

L.2.3.& 4. C. de libert. & eor.liber. l.30. qui & à quib. manum.

L.1. D. de iur.patron.

§ pœna infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. 3. De his quæ pro nõ scrip.

ILLATIO XI.

Liberorum & libertorum eandem esse rationem, quod ad obsequia.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt liberorum & libertorum eadẽ hac parte condicio esse existimetur, id est quod ad honorem & obsequium parentibus patronísque præstandum. De vtrísque enim simul tractari passim videas nec plus liberis erga parentes hac in re, quàm libertis erga patronos indulgeri *Tot.tit.de obseq.parent.& patr.præst.d.l.4.§.1.l.sed si hac 10.§. liberos & seq.l.generaliter* 13.D.*de in ius vocand.d.l.iusiurandum & ad pecunias* 34. *§.qui iusiurandum* D.*de iureiur.l. sunt qui* 16.*& seq.D.de re iudic.l.4.§.aduersus parentes* D.*de dolo except.* Non enim minùs intelligitur debere libertus patrono à quo libertatem habet, quàm filius patri à quo vitam. Secundùm id quod diximus ad Princip.2.*illat.*1.*in fin.sup.De iur.person.* nihil esse gratius libertate *l.Paulus* 39.*§.*1.*De fideic.libert.* esse verò etiam grauius libertatem amittere quàm vitam *l.vnic.in fin.princ.C.de latin.libert.toll.*

Tit. De obseq. parent. & patron. præst.

ILLATIO XII.

De operis naturaliter debitis per libertum.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt non tantùm obsequium, sed etiã operas patrono naturaliter debere libertus dicatur in *l.si non sortem* 26.*§. libertus D.de condic.indeb.* vbi ob hãc causam dicitur libertũ qui putãs se operas debere, quas nõ promiserat eas præstiterit siue patrono siue alij, qui fuerit à patrono delegatus, repetere nihil posse, neq; ab eo cui fuit delegat⁹ quia suũ receperit, neque à patrono, quoniã ei operas natura debuit. Is enim natura debet quem iure gentiũ dare oportet *l.cũ amplius* 84.*§.is natura debet De reg.iur.* Iure autẽ gẽtiũ & ex ratione naturali obligatur saltẽ ad ἀνθυπουργίαν quisquis ab alio beneficiũ accepit *l.sed etsi* 25.*§ consuluit D.de petit. hered.* Quidni ergo saltem ad operas quæ tã modicę sint ęstimationis, naturaliter obligatus credatur, is qui manumissionis & libertatis beneficium inæstimabile acceperit? Sed tamẽ obseruãdũ hîc est, operas multùm ab obsequio differre. Obsequiũ enim debetur ob honorẽ solũ & reuerẽtiã, tametsi promissum nõ sit, præstaríq; solet & debet, non peti, vt Hadriani verbũ illud elegãs vsurpemus quod Pompon. refert *in. l.2.§.pen. De orig.iur.* Operæ verò non debentur, ita scilicet vt exigi possint, nisi promissæ sint & impositæ manumissionis causa,

L. si non sortem 26. §. libertus de condict. indeb.

L. cùm amplius 84.§. is natura debet de reg. iur.

L. sed etsi 25. § consuluit D. de petit. hered.

L.2.§.pẽ. de orig.iur.

L. cùm patronus 22.§. penult. De oper. libert. *L. operis 31. eod.* *L. naturales 10. De oblig. & act.*

l.cùm patronus 22.§.pen.de oper.libert. Adeò vt si cas non impositas libertus per aliquod tempus præstiterit etiamsi ex sua voluntate, ad eas tamen in posterum præstandas compelli non possit *l.operis 31.eod.* Quod enim proximè diximus naturaliter eas deberi non facit vt exigi possint, sed tantùm vt retineri si fuerint solutæ. Is namque præcipuus effectus est naturalis obligationis, vt impediat soluti cõdictionem *l.naturales 10. De obligat. & act. l.naturaliter 13. l.frater 38. & pass.* D. *de condic.indeb.* Et ratio diuersitatis est, quia operarum præstatio est quid extrinsecum, quod patroni personæ non inest, vt eam perpetuò & necessariò concomitari debeat, quomodo è contrario patroni personæ inest is honor propter quem obsequium ei libertus debet. Itaque non sicut bona est illa consecutio *Patronus est, Ergo ei honor à liberto debetur*, ita & bona hæc erit, *Ergo ei operæ debentur*, vt ad eas præstandas cogi libertus possit. Etsi enim tales sunt operæ, quas libertus, vt libertus patrono debeat vt patrono, earum tamen præstatio non tam ad honorem patroni spectat, vt obsequium, quàm ad eius vtilitatem, Nec eę tantùm quæ fabriles dicuntur

L. fabriles 6. de oper. libert. *L. operæ 9. eod.* *L. quoties 24. eod.*

quę quasi in pecunię præstatione cõsistũt, vt Vlp. loquitur *in l.fabriles 6. D. de oper. libert.* (quòd patrono nõ tãquã patrono, sed tãquã extraneo præstentur, ideóque & alij cuilibet iubente patrono edi possunt *l.operæ 9. eod.* & earum dies statim ab interposita stipulatione cedit, licèt peti non possint priusquàm fuerint præteritæ *l.quoties 24. eod.* iunct. *d.§. libertus l.26. De condic.indeb.*) Sed etiam officiales quarum editio nihil aliud quàm officij præstatio & exhibitio est *d. l.cùm patronus 22. De oper. libert.* Nam & hæ ad patroni commodum respiciunt magis quàm ad eius honorem *dict. l.quoties 24. in fin.* ob idque & commodam æstimationem recipiunt in pecunia si patronus & libertus consentiant *l.si ita stipulatio 39. eod. l.adigere 6.§.1. D. de iur. patron. l.vlt.§.vlt. D. qui & à quib. manumiss.* cùm tamen honor nullo pecuniario commodo æstimari possit *arg. l.isti quidẽ 8.§.pen. D. quod met. caus.* iunct. *l.si pater 31. in fin. de donat.* Pẽdet enim honor cuiusq; ex ipsi⁹ existimatione, quę ipsa nihil aliud est, quàm dignitatis illæsę status legibus ac moribus cõprobatus qui non nisi ex delicto nostro autoritate legũ aut minuitur, aut consumitur, vt definit Callistratus in *l.penult.§.existimatio De extraord.cognit.* Hinc etiã est, quod quamuis liberi parentibus pietatẽ & obsequium debeant, hoc ipso quod honorẽ iis debent, operas tamen nullas debeant *l.penul.* D. *de obseq.parent. & patr.præst.* In eo quoque melioris condicionis quàm sint liberti, quod nec stipulari operas à filio emãcipato pater potest *l.patri 4.* D. *si à parent.quis manum.sit.* vbi videtur Marcellus innuere hoc ex eo fieri quod de his quæ libertatis causa filio impositа fuerint nihil prętor edixit. De solis enim libertinis edictum loquitur *l.qui libertinus 37. De oper.libert.* Sensus est, ni fallor, operarũ promissionẽ factã ab homine libero valere nõ posse nisi quaten⁹ edicto prætoris cõfirmatur, quia libero homini nõ magis permissũ est vt libertatis suæ ius infringat aut minuat, quàm vt libertatẽ in totũ sibi adimat, cùm neq; sui ipsius neq; mẽbrorũ suorũ domin⁹ sit *l.liber homo 13. ad l. Aqu. l. cùm duob. 52. aliàs l. si fratres §. idẽ respõdit societatẽ* D. *pro socio. l. Titio cẽtũ 71.§.2. De cõd. & demõst.* Infringit autẽ ius libertatis ea pactio per quã quis obligatur ad pręstãdas alteri operas nisi cùm eas certa mercede cõductas locat *l.qui operas 38.* D. *loc.* Ex quo fit vt si libertus fideiussorẽ pro operis dederit fideiussor quidẽ teneatur ex mora liberti, sed ex propria teneri nullomodo possit, quãuis in cęteris etiã ex suamora in obligatione retineatur *l.si libertus 44. De oper.liber.* Nimirũ quia nõ potest ipse cùm liber & ingenuus sit nõ libertus, se obligare vt operas præstet, ne quidẽ nomine alieno, licèt pro eo qui libertus est possit fideiubere *l.si quã-*

L. liber homo 13. ad leg. Aquil. *l. qui operas 38. D. locat.* *L. si libertus 44. l. si quidẽ 8. in fin. D. de oper. libert.* *L. pen. de obseq. parent. & patr. præ.* *L. patri 4. D. si à parẽt. quis manum. sit.* *L. fabriles 6. de oper. libert.* *L. pen. §. existimatio D. de extraor. cognit.* *L. si ita stipulatio 39. eod. l. 6. §. 1. de iur. patron. l. vlt. §. vlt. qui & à quib. manu.*

de 8. in

do 8. in fi. eo. Qua ratione nec valeret operarũ promiſſio ſtipulãti patrono facta per libertũ ipsũ, ſiquidẽ libertus re vera liber eſt, niſi huiuſmodi promiſſionis cõfirmãdę iuſtã cauſam prętor illã eſſe putaſſet ſi manumiſſionis cauſa operę impoſitę & promiſſæ eſſent, in vicẽ, vt dixi tãti beneficij. Ideóq; ſic cõceptũ fuit edictũ prętoris vt eã quoq; promiſſionẽ cõfirmet nõ ſolũ quę per iuſiurãdũ, ſed etiã quę per ſtipulationẽ facta ſit, quoniã alioqui nec illa valeret iure ciuiliad actionẽ producẽdã, nõ magis quàm ſi per filiũfamilias facta eſſet *d. l patris.* In quo errauit ſanè Donel. *li. 2. Cõment. cap. 18. circ. princ.* Atqui filiusfamiliascùm emãcipatur, licèt per trinã vẽditionẽ ter ſeruus fiat, totidémque manumiſſionibus libertatẽ cõſecutus, tãdẽ de patris exeat poteſtate, vt dicemus ad *Tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolut.* nõ tamen idcirco libertus fit, nec eo minus ingenuus manet, quia nõ niſi imaginaria fuit illa ſeruitus, & imaginariæ vẽditiones ad tollendũ vinculũ patriæ poteſtatis, nec negari poteſt, quin anteà liber fuerit qui filiusfamilias fuit, Proinde non debet libertinus cenſeri qui ob hoc tãtùm & ter vẽditus & ter manumiſſus eſt, vt fieret magis liber. Nec igitur mirũ eſt prętorẽ de operis emãcipati nihil edixiſſe. Alia etiã ratio adferri poteſt propter quã operæ quæ promiſſę nõ ſint à liberto nõ deberi, eáq; fortaſſe non inſubtilior. Illa nimirũ, quòd operę in rerũ natura nõ ſunt vt Vlp. loquitur *in d. l. opera 9. D. oper. liber.* Opera enim in actu conſiſtit, nec antè in rerũ natura eſt quàm dies venerit quo præſtari debet, inquit Paulus *in l. 1. De oper. ſeruor.* Vnde & edi operæ dicuntur cùm præſtãtur quaſi hoc ipſo in lucẽ & rerũ naturã veluti partus quidã, proferãtur: & dicũtur indiuiduę ita, vt neque promitti, neq; ſolui, neq; deberi, neq; peti opera pro parte poſſit, ſed numero faciẽda diuiſio ſit quoties operę plures debentur, *l. libertus 15. §. 1. de oper. liber.* quia actus ipſe operandi indiuiduus eſt. At dici non poteſt quo die præſtari debeat ſi promiſſio nulla præceſſit, Sicut nec fieri queat vt debeatur id quod in rerũ natura nõdũ eſt, niſi collato debiti iure in eũ diem quo in rerũ natura id futurũ ſit, quod ipſum tamẽ nõ aliter fieri poteſt quàm per promiſſionẽ, vt aliquid ſubſit, cui condicio ſiue expreſſa, ſiue tacita ineſſe poſſit *d. l. 1. de oper. ſeruor. l. interdũ 74. De ver. obli.* Dices, Quomodo ergo fieri poteſt, quod iã admiſimus, vt naturaliter operę debeãtur? Reſpõdeo nõ deberi eas, nequidẽ naturaliter priùs quàm edãtur, ſed poſtquàm editę fuerint, licèt ab eo qui per errorẽ putabat ſe debere intelligi debitas fuiſſe, quia iam in rerum natura ſunt, & ita accipiendũ *d. §. libertus.* Replicabis, Imò verò ſuffi cere vt dies venerit quo præſtari debuerunt *d. l. 1.* Fateor, ſed ea ratione, quòd pro præſtitis habeãtur in odiũ eius per quẽ ſtetit ne præſtitæ ſint, id eſt actus ille in quo operã cõſiſtere diximus præceſſiſſe intelligatur, ad hoc vt peti poſſint tanquam quid in rerum natura iã exiſtens, non autem vt habeatur pro liberato libertus quaſi ſolo dici aduentu eas operas præſtiterit quas verũ eſt illũ non præſtitiſſe. Honoris qui patrono debetur alia ratio eſt, nã in rerũ natura eſt, ex quo die patronuseſſe incipit qui priùs domin' fuit, ideóq; libertus obſequiũ patrono debet nulla etiã promiſſione præcedẽte, ſicut nec promiſſione vlla opus eſt, ſed ſola manumiſſione, vt hic libertus ille patronus fiat.

Cur prætor De operis filij emancipati nihil edixerit.

L. opera 9. D. de oper. libert.

L. 1. D. oper. ſeruor.

L. libertus 15. §. 1. de oper. libert. L. ſi non ſortem 26. §. libertus D. de cond. indeb.

Honoris patrono debiti & operarũ diuerſa ratio.

ILLAT. XIII.

De differentia officialium & fabrilium ſeu artificialium operarum.

DEcimotertiò ex eodem Principio naſcitur illa etiam differentia quam attigimus & officialiũ, fabriliũ ſeu artificialiũ operarũ, vt officiales debeãtur patrono tãquã patrono, fabriles verò & artificiales tãquã extraneo. Nã cùm officiales illę dicãtur in quib' nihil niſi officiũ promittitur nullo artificij aut operis genere expreſſo, & quarũ proinde editio nihil niſi officij præſtatio

Google

L. cùm patronus 22. iunct. l. opera 9. De oper. libert.

est *d.l.cùm patronus* 22. iunct. *d.l opera* 9. *De oper. libert.* apparet libertũ non nisi tanquã libertum posse debere officiũ, nec patrono nisi tanquam patrono. Cùm officiũ illud ex sola manumissionis causa debeatur. Artificiales verò & fabriles tametsi officiũ quoque contineant, siquidẽ opera quælibet diurnum officiũ est *l.1. eod.* nõ tamen officij finibus cõtinẽtur, sed habẽt quid amplius, ex quo appareat patronũ nõ nudo liberti officio fuisse cõtentũ, sed artificiũ ab eo præterea exegisse, quod etsi tanquã patronus facere potuit, id est huiusmodi artificiales operas stipulari, quarũ alioqui stipulatio ab extraneo facta, vt iã diximus, non valeret, excedit tamẽ ea res terminos officij patrono debiti tanquã patrono. Quid enim aliud debere possit libertus tanquã libertus, patrono tanquã patrono præter officiũ? Atqui aliud officiũ est, aliud artificiũ,

Aliud est officiũ, aliud verò artificium.

tùm quoque cùm officij iure artificiũ præstatur. Artificiũ enim à liberto præstatur non tanquã à liberto, sed tanquã ab artifice, cùm non quisquis libertus est idem etiã sit aut esse debeat artifex, neq; rursus ad operas artificiales præstãdas obligari is qui artifex non sit. Quod autẽ non præstatur à liberto tanquã à liberto, non potest videri debitum aut præstitum patrono tanquã patrono. At quisquis libertus est eum patrono officiũ & debere & præstare necesse est, Ergo tanquã libertum, & patrono tanquã patrono. Hinc illa etiã artificialiũ & officialiũ differentia, quòd artificiales, quo nomine fabriles pictoriæ, & aliæ huiusmodi cõtinentur, nõ ad cõmodũ personæ patroni vsusque ipsius necessarios, sed ad certã vtilitatẽ pecuniariã referũtur, nõ aliter quàm si extraneo per stipulationẽ iure promisse essẽt. Addidi *iure*, quia nõ magis artificiales quàm officiales operas stipulari extraneo potest, nisi cõductionis iure vt suprà diximus ex *l. patri* 4. D. *si à parẽt. quis man.* in eóq; Donellũ reprehẽdimus scribentẽ, hãc artificialiũ operarũ præstationẽ nõ minùs extraneo cõuenire: Cùm enim dicimus has operas deberi patrono tanquã extraneo, non illud significamus, Etiã extraneum eas stipulari posse: quę res Donellũ fefellit, sed hoc volumus, Patrono quidẽ permitti quod extraneo nõ permitteretur, vt eas stipulari possit (quomodo enim aut quo colore eas stipularetur extraneus qui manumissor non est, cùm nec à patrono ipso imponi possint nisi manumissionis causa? *l. 2. d.l. qui libertinus* 37. *De oper. liber.*) sed ita tamen vt quasi extraneo magis quàm quasi patrono ei debeatur, & vt extraneo quoq; solui possint *l. hæ operæ* 23. *in princip. eo.* Ideóque dicuntur cõsistere in pecuniæ præstatione *d.l. fabriles* 6. *eo.* nõ autẽ in officij exhibitione. At officiales nõ nisi ex liberti officio patroniq; cõmodo æstimãtur *d.l. cùm patronus* 22. *d.l. quoties* 24. *eo.* Ex qua differentia plures quoque aliæ deriuãtur, vt puta quod artificialium dies cedit ex die interpositæ stipulationis, licèt earũ nomine non priùs agi possit quàm fuerint præteritæ, id est, quàm præterierit tẽpus quo edi & exhiberi debuerunt *d.l. quoties.* Officialiũ verò dies non ante cedit quàm indictæ fuerint *d.l. quoties*, quia cùm earum editio nihil aliud quàm officij præstatio sit, absurdũ est credere alio die deberi officiũ, quàm quo isvelit cui præstãdum est *d.l. cùm patronus.* Item quòd ad heredem trãseunt artificiales, officiales non trãseunt *d.l. fabriles* 6. *eo.* Ex nãque stipulationes in heredes trãseũt quarum dies viuo stipulatore cessit, licèt nondum venerit, Aliud siquidẽ est diem cedere, aliud venire *l. cedere diem* 213. *De ver. signific. §. ex cõdicionali Inst. de ver. oblig.* Quin etsi operarum iudicio actũ fuerit cum liberto, & patronus decesserit, placet trãslationẽ extraneo heredi dandã nõ esse, scilicet quod ad officiales

L. patri 4. D. si à parẽt. quis manum. sic.

L. 2. l. qui libertinus 37. D de oper. liberi.

L. quoties 24. eod.

L. cùm patronus 22. eo.

officiales non etiam artificiales operas pertinet *l.si operarum 29.eod.* Operas enim simpliciter cùm dicunt Iureconsulti,de officialibus intelligunt,non de cæteris,vt ex eo constat quod Vlp.scribit *in d.si quis hac 13.§.iudicium eo.* Iudicium de operis tunc locum habere cùm præterierint,præterire autem nõ posse antequàm incipiant cedere,Incipere porrò cedere posteaquàm fuerint indictæ.Quæ gradatio sanè perelegans solis officialibus conuenit, artificialibus verò non item *d.l.quoties.* Denique artificiales operæ licet nec à quocunque,nec cuicunque promitti possint,sed à solis libertis & solis patronis, si tamẽ patrono semel promissæ fuerint possunt iubẽte ac delegãte patrono alij exhiberi & solui,Officiales verò cõtrà,non alij edi possunt quàm patrono cùm proprietas earum & in edentis , & in eius cui eduntur persona consistit,vt Vlp.ait *in d.l.hæ operæ d l.si non sortem* 26.§.*libertus* D.*de condic.indeb.* Vsque adeò autem verum est operas siue artificiales siue officiales non nisi patrono promitti posse (licèt hæ tanquam patrono , illæ tanquam cuilibet extraneo promittantur) vt nec patroni seruus à liberto ita stipulari possit, *Operas mihi dare spondes?* Patrono enim dari stipulandum est *l.seruus* 10. De *oper.libert.* vbi additur,quod ad hãc rem etiã pertinet,libertum operarũ nomine ita iurando *Patrono , aut Lucio Titio* soluere Lucio Titio non posse vt à patrono liberetur,nec quicquam interesse,vt ex Iuliano subiicitur , an extraneus sit Lucius Titius an filius,quia,vt subiicit Pomponius,aliæ operæ erunt,quæ Lucio Titio dantur,nisi patrono delegante dentur.Aliud enim est delegatum esse,Aliud solutionis causa adiectum *d.§.libertus.*

L.si operarũ 29.eod. L.si quis 13.§. iudicium eod.

L. hæ operæ 23.eod.L.si nõ sortem 26.§. libertus De cond. indeb. L.seruus 10. De oper. libert.

ILLATIO XIIII.

Operæ quaslibet transire ad liberos patroni quamuis non heredes.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt operæ quælibet , id est etiam officiales transeant ad liberos patroni, quamuis heredes non existant, puta quòd paterna hereditate vltro abstineãt,(Operarũ enim obligatio nihil habet commune cum hereditate aut bonorũ possessione,cùm operæ perinde à libertis petantur ac pecunia credita *l.4.de oper.libert.*)dummodò non sint exheredati *d.l.si operarum* 29.*eod.tit.* De *oper.libert.* Illud enim omnimodo requiritur vt liberi heredes extiterint patri, & quidem ex propria nõ ex alterius persona,sed nõ etiã vt paternã hereditatẽ retineãt *d.l.cùm patronus§.* 1.vbi quod ait Caius *si patri heredes extiterint,* malè Donellus sic accipit quasi scriptum esset *si heredes existere potuerint si vellent.* Quasi verò in suorum heredum potestate sit vt heredes non existant tùm etiam cùm abstinent ex beneficio prætoris *l.1.§.qui sunt in potestate* D.*si quis omis.cans test.l.necessariis* 57. D.*de acquir hered.* Nec melùs Iacob.Cuiac.*lib.*17.*obseruat.cap.*14. quod scriptum est in *d.l.si operarum* 29.*etsi heres non exstat* sic interpretatur , ac si scriptum esset *licet non perseueranerit heres esse.* Nam neque fieri potest , vt qui semel heres fuit,non perseueret heres esse *l.ait prætor* 7.§. *sed quod Papinianus de minor.l.ei qui soluendo* 88.De *hered.instit.* etiam posteaquàm abstinuit bonis patris *d.l.necessariis l.cùm quasi* 30.§.*sed etsi suus D.de fideic. libert.* Sic ergo Vlp.intelligendus est,vt is demum filius heres exstare dicatur, nõ qui existit,sed qui apparet heres,id est,qui heredem se profert,& exerit , In summa,qui paternis bonis se immiscet.Nam qui se abstinuit,licèt heres sit, tamen heredis loco non est,nec pro herede habetur à prætore *l.si filius* 12.

L.4.l.si operarum 29. eod.tit. L.cùm patronus 22.§. 1.eod.

D.de interro.in iu.facien. Cur verò, inquies, illatio hæc ex Principio superiore pendet? Quia cùm operæ officiales nō debeātur patrono nisi tāquā patrono, cōstat patroni liberos pro patronis haberi in omnib', id est in obsequiis, in operis & in successione liberti *l.parēs* 5.D.*de obseq.l.libertin'* 5.*l. filius* 13.D.*de bon.libert.* Idcóq; nihil interest hac parte an in potestate sint, an emācipati *l.vt iurisiurandi 7.§.pen.De oper.liber.* sicut neque an ex æqualibus portionibus an ex inæqualibus sint instituti vt ibid. Vlp. scribit. Cùm enim omnes æquè sint liberi, omnes etiā æquè pro patronis habēdi sunt, & cōsequenter ad operarū petitionē ex æquis partibus admittendi. Sed hac tamen differentia quod eos qui sunt in potestate sufficit suos heredes existere, nec vt se immiscuerint requiritur. Emancipatos verò siue testamento instituti, siue ab intestato vocati proponāter heredes fieri per aditionē aut bonorū possessores esse necessenō est, sed illud tātùm vt heredes vel bonorū possessores fieri possint si velint, vt excludatur vnus ille casus quo sint exheredati. Qui enim exheredat' est ritè & rectè, id est sollēniter & iustè (vtrūq; enim supponēdū est) siue suus heres antèà fuerit siue emācipat', is patroni locō haberi nō potest. Dices emācipatos in iure ciuili pro filiis nō haberi, sed potiùs pro extraneis *l.si genero* 26. C. *de iur.dot.l.quinetiam.* 55. *in fin.* D.*de rit.nup.* Quomodo ergo possunt haberi pro patronis? Respondeo operarū obligationē & exactionē nō ex iure ciuili esse sed ex prætorio, *d.l patri* 4. *D.si à parent.quis manumiss.* iunct. *d.l.qui libertinus* 37. D*e oper.libert.* iure autem prætorio filios quāuis emācipatos nō eo minùs haberi pro filiis, cùm reuera & secundū naturā sint filij æquè acsi in potestate māsissent. Non enim à natura, aut à iure gentiū, sed ex iure ciuili est ius patriæ potestatis. In toto autē eo iure quod pro patronis & circa ius patronatus constitutū est, naturalē potiùs quàm ciuilē rationē & æquitatem seruauit prętor, ad quā scilicet maximè pertinet vt pro beneficio beneficium reddatur, Vnde & iā suprà diximus naturaliter debitas esse operas *d.l.* 26.*§.libertus De cond.indeb.* quod & ipsa operarū definitio demonstrat, Nihil enim aliud sunt quàm officium diurnum *l.1.* D*e oper.libert.* Quid ergo, inquies, Cur non debentur operæ patroni liberis etiam exheredatis? præsertim cùm suprà dixerimus operarum obligationem commune nihil habere cum hereditate, aut bonorum possessione *d.l.4.eod.* Vnde etiam est quòd quamuis patroni bona venierint, operarum tamen quæ post venditionem prętermerint actio patrono danda est etsi alere se possit *l.si bona* 40.*eod.* vbi pono punctum post verbum *possit*, (alia enim est sententia illa quæ sequitur *ante venditionem praetaritarum non dabitur*, quoniam ex antegesto agit vt constat ex *lege* 4. *D. de curat.bon.dand.*) An fortè facit exheredatio ne liberi amplius liberi esse videantur? Minimè verò. Tollit enim ius sui heredis duntaxat quod est merè ciuile, non etiam naturam ipsam ex qua descendit ius, noménque parentum & liberorum. Dicendum igitur est liberos exheredatos non eo minùs quidem manere liberos, sed tamen nō magis à prætore quàm iure ciuili pro liberis haberi, propter exheredationis notam illam, quæ facit vt tam dulci nomine quātumuis naturali prorsus indigni sint qui naturalem ipsam pietatem parentibus debitam offenderunt & violarunt *l.non putauit* 8. *D.de bonor.poss.contr.tab.l.vlt. D.de liber.& posthum.* Nec nouum est vt deterior condicio sit filij exheredati quàm se abstinentis. Quanquam verius fortasse est, id quod dicimus transire operarum petitionem ad liberos etiam si non

L. parent §. De obseq parent. & patron p. ast. l. libertinus 5. l. filius 13. D. de bon. liber. L. vt iurisiurandi 7.§. penult. De oper. libert.

l.4.l.si bona 40.de oper. libert.

Digitized ogle

non extent heredes, *d.l.si operarum*, non generaliter & indistinctè verum esse sed eo demum casu quo sibi suisque liberis patronus stipulatus sit, quod fieri solitum fuisse indicat *l.5.& d.l.cum patronus 22.§.1.De oper.libert.* Nulla enim facta liberorum mentione, non alio iure poterant liberi succedere in iure operarū, quàm si heredes existerent patrono *d.§.1.* Et cōsequēter separā di sūt hac in re emācipati à suis heredib⁹, quia sui heredes nō possūt heredes nō existere nisi sint exheredati, tametsi se abstineant, ideóq; & in ius patronatus succedūt, & licèt desinant per abstētionē haberi loco heredū, semel tamē acquisitum ius patronatus cum heredis nomine retinent. Emancipati verò non aliter heredes sunt aut bonorum possessores, quàm si paternam hereditatem agnouerint, vel bonorum possessiones, ob idque nec vt patroni operas petere possunt nisi liberis quoque operas patronus stipulatus sit. Planè si sint instituti licèt ex inæqualibus portionibus, tamē æqualiter admittentur ad operarum petitionē, quia non quemadmodum inspicimus an sint heredes, ita & pro qua parte idcò fortasse quod operarū obligatio sui natura indiuidua est *l.3.l.15.§.1.eod lege stipulationes 72.& l.in stipulationibus 14.§.1.De ver oblig.* Itaque ad hunc casum videtur restringendum quod scriptum est in *d. l. 7. §. parui de oper.lib.* parui referre an in potestate fuerint liberi an emancipati. Etsi idē quoq; est mortuo patre intestato si in operarum stipulatione aut iureiurando mentio facta sit liberorum, quia hoc casu de illo tantùm quæritur an sint liberi, non etiam de illo an sint heredes. Hoc autē Donellus quoque & cæteri interpretes non videntur bene explicasse. Cæterùm non patroni liberos iura patronatus sperare posse cōstat ex *l.libertus 14.D.de tut.& cur.dat.*

L.7.§.parui eod.l. libertus 14. De tutor.& curat. dat.

ILLATIO XV.

De non aliis operis à liberto per patronum exigendis quàm quæ manumissionis causa promissa sint.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt eas demū operas libertus debeat quæ sint ei impositæ manumissionis causa, Nullis verò impositis nec promissis non magis vllas debeat patrono quàm extraneo *d.l.2. d.l. qui libertinus 37.d.l.operis 31.& pass. De oper.liber.* Itaque si manumissio nulla præcesserit atq; ita cesset causa imponēdarū operarū, imponi nō poterūt & impositę nō debebūtur, puta si quis hac lege emptus sit vt manumittatur, & ex cōstitutione D. Marci ob nō factā suo tēpore manumissionē peruenerit ipso iure ad libertatē *l.si quis hac 13.eo.* vbi additur, nec cū cui libertatū cōseruādarū causa bona addicta sunt ex eiusdē Marci cōstitutione, posse operas petere, neq; ab iis qui directas, neq; ab iis qui fideicōmissarias libertates acceperunt, quāuis sui fideicommissarias acceperūt ipsius liberti efficiātur. Non enim, ait Vl. sic fiūt liberti vt sūt proprij quos nulla necessitate cogēte manumisimus. De quo iā scripsimus *illat.8.supr.* Itaq; quod ad hāc rē attinet nihil interest an nulla manumissio præcesserit, an coacta. Interueniēte aūt liberali & spōtanea manumissione ita demū operę debentur si iure impositæ sint, id est eo modo quē pro bono & iusto habeat prætor, ex cuius edicto, vt iā diximus, totū hoc ius descēdit. Modi autē ij tres sunt quos edicti verbis expressos fuisse refert Paul⁹ in *d.l.qui libertinus.* Si libertus iurauerit se operas daturū, si promiserit scilicet per obligationē verborū hoc est per stipulationē, si deniq; aliter obligat⁹ erit. Prim⁹ modus propri⁹ est obligationis operarū. Nā vt iurisiurādi obligatio cōtrahatur libertū esse oportet eū qui iurat, & libertatis causa iurare *l. vt iurisiurādi 7.eo.* ex quo loco & alia pleraq; petēda sunt ad hūc obligationis

L.vt iurisiurandi 7. de oper. libert.

modum pertinentia.Extra hanc cauſam,ſicuti nudo pacto ita & iureiurando ad nudum pactum accedente nemo obligatur efficaciter, id eſt vt conueniri poſſit. Nam nec pactum nec iuſiurandum enumeratur inter certos illos & legitimos modos contrahendæ obligationis *l.7.§.igitur nuda & ſeq.* D. *de pact.§.vlt.Inſt.de oblig.* Loquimur enim de iureiurãndo accedente ad pactum non ad ſtipulationem, vt primus hic modus differat à ſecundo. Secundus namque eſt, ſi libertus operas ſtipulanti patrono promiſerit.Hæc enim ſtipulatio valet,non quidem iure communi,vt cõtra Donellum ſuprà diſputauimus(quia licèt ex ſtipulatione ſoleat iure ciuili naſci actio *§. de conſtituta infr.De act.*id tamen tunc rectè dicitur, cùm in ſtipulationem id deducitur quod deduci poteſt,quales non ſunt operę hominis liberi per quarum ſcilicet præſtationem & promiſſionem ius libertatis quodammodo infringitur *d.l.4.ſi à parent.quis manum.ſit*)ſed tuitione prętoris qui contẽplatione prętoritæ ſeruitutis æquum putauit deteriorem hac parte condicionem eſſe libertinorum quàm ingenuorum.Habet ergo patronus ex beneficio prętoris hoc etiam caſu,vt operas per ſtipulationem promiſſas à liberto exigere poſſit.Tertium modum iis verbis edicti expreſſum *obligatuſve erit*,nõ malè Donellus ſic expliçat,ſi libertas data ſit hac ipſa lege vt operæ debeantur. Id enim eſt quod ait *l.in liberto* 77.D.*de ſolut.*in liberto antiquiorem obligationẽ nullam eſſe quàm operarum ſine qua libertas ei data nõ eſſet.Quidni verò valebit dicta lex à patrono,dicta inquam manumiſſioni in ipſo actu manumiſſionis,Cùm etſi ante manumiſſionem ſeruus quid promiſerit libertatis cauſa,quod tamẽ manumiſſus præſtare nolit danda ſit in eum hoc nomine actio prætoria de dolo *l.& eleganter 7.§.ſeruus de dolo*, aut in factũ, vt loquitur*l.3.C.an ſeruus pro ſuo fact.poſt manum.ten.*quamuis in cæteris cauſis cõueniri ſeruus ex iis quæ in ſeruitute geſſit aut promiſit, nõ poſſit,ne poſt manumiſſionẽ quidem *l.1.2.pen.& tot.ill.ti.C.an ſeru pro ſuo fact.*Sed nõ ſatis benè idem Donellus putat eo demum caſu neceſſarium eſſe auxilium prætoris & actionis prætorię quo libertus promiſerit operas ex interuallo ante manumiſſionem,non etiam ſi hac ipſa lege præſtandarum operarum fuerit manumiſſus. Quaſi hoc caſu dubitandum non ſit quin ex ipſo negotio geſto obligetur,& quidem iure ciuili,Sicut euenit, inquit, quoties aliquid facio vt tu viciſſim facias.Contrahitur enim negotium ciuile,& inde naſcitur ciuilis actio,remota actione de dolo *l.5.§.vlt.D.de præſcript.verb.*At non poteſt hic noſter caſus eã admittere rationem, propter perſonam manumiſſi qui antequàm ſit plenè manumiſſus ſicuti reuera ſeruus eſt & prorſus incapax contrahendæ aut ſuſcipiendæ obligationis,Poſteà verò quàm ex manumiſſione libertatem conſecutus eſt,deſinit poſſe obligari operarum nomine quarum cauſa vt dixi onerat & infringit ius datæ libertatis,Niſi quatenus Prętori placuit eam quoque operarum obligationem tueri, & edicto polliceri iudiciũ operarum ſe daturum in libertos & libertas *d.l.2.in fin.De oper.libert.* cuius loci quemadmodum generalia verba ſunt,ita & generaliter intelligenda, vt nullo prorſus caſu efficax ſit promiſſio aut petitio operarum, niſi ex beneficio edicti & indulgentia prętoris.Quare ad rẽ non pertinet, quod Donellus obiicit pactionẽ hãc operarum hoc ipſo quod in manumittendo adhibetur non tã cum ſeruo adhibitam intelligi quàm cum homine iã libero & manumiſſo *arg.l.ſi quis duas 6.D. commun.prad.*Nam & promiſſionem operarum

L.4.D. ſi à parent. quis manum.ſit,

L. in liberto 77. D.ſolut.

L. & eleg. ter 7. §. ſeruus D.de dolo.l.3.C. an ſeruus pro ſuo fact poſt manum.teneat.

L. 2. in fin. D. de oper. libert.

à libero

à libero homine factam, suo etiam manumissori negamus valere iure ciuili, cùm nec aliter à prætore defẽdatur, quàm si facta sit à liberto *l. si quis pro eo 56. de fideiuss. d. l. 4. si à paren. quis manum. sit. d. l. 7. de oper. lib.* Possétque Donelli ratiocinatio procedere, si non de operis, sed de pecunia aut qua alia re quæ causam libertatis non oneraret, lex manumissioni dicta proponeretur vt in *d. l. & elegãter §. seruus, & in d. l. 3. C. an seruus pro suo facl.* Imò nec à liberto promissas fuisse operas per stipulationẽ aut per iusiurandum sufficit, vt debeãtur ex edicto prætoris, nisi etiam illud occurrat, vt statim & incontinenti post manumissionem ea promissio facta sit, vt in seq. illatione dicemus.

C si quis pro eo 56. de fideiuss. l. 4. D. si à parent. quis man sit. l. 7. De oper. libert.

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt quemadmodum operas liberto impositas, ita demum tuetur prętor si libertatis & manumissionis causa impositæ sint, ita nec aliter eas habeat pro impositis causa manumissionis quàm si sint impositæ statim & incontinenti post manumissionẽ siue per iusiurandum, siue per stipulationem *l. vlt.* in illis verbis *dumodò incontinenti cùm manumissus est aut iuraret, aut promitteret D. de liber. caus.* Qua de re videnda sunt quę latè scripsimus *lib. 20. Coniect. cap. 18.* vnde peti poterunt multa quæ ad hunc maximè locum pertinerent.

ILLATIO XVII.

De pœna patroni qui operas indebitas exegit à liberto.

DEcimò septimò ex eodem Principio fit quod Modestinus scribit in *l. is qui oneranda 32. De oper. libert.* Si libertus patrono libertatis onerãdę causa pecuniã repromiserit non modò eũ non teneri, sed etiã patronum si pecuniã exegerit, ipso fortassis liberto exceptionẽ obiicere, vel nescięte, vel nõ audẽte, bonorũ possessionem cõtra tabulas eius petere non posse, vt qui in vno contra legem fecit, id quod infectum fieri nequcat, in alio saltem excludatur à beneficio legis. Nec dissimile est quod per legem Æliam Sentiã ęquè punitur patronus qui libertum adegit ad iusiurandum ne vxorem ducat, aut libertã ne nubat, aut qui ab illis hac de causa aliquid stipulatus sit *l. adigere 6. D. de iur. patr. l. vlt. D. qui & à quib. manum.* quãuis etiam per legem Iuliam de maritãdis ordinibus, huiusmodi iusiurãdum remittatur, vt cũ Haloandro legẽdũ est in *§. vl. d. l. adigere*, Nisi in singulari casu *l. quæsitũ pen. D. qui à & quib. manum.* si libertã patronus iureiurando adegisset ne ea liberos impuberes habens nuberet, Nihil enim contra legẽ Æliã Sentiam videtur fecisse, qui non perpetuã viduitatẽ libertę iniunxit, sed ętati liberorum ipsius piè prudentérque prospectũ voluit. Non solum autẽ successione liberti priuatur patronus qui fecit contra legem Æliã Sentiam, sed & omni alio iure patronatus *l. qui contra 15. D. de iur. patr.* vbi scriptum est nihil hunc iuris habere in libertum. Additur, *nec ipse nec liberi eius.* In quo tamẽ dissensérunt Iureconsulti, Celsus primùm & Iulianus, deinde eorum exemplo cęteri. Pleriq; enim Iuliani sententiã probãt, vt refert Vlp. in *l. adoptiuũ 8. §. vlt. De in ius vocand.* Ergo nõ omnes inter quos Paulus in *d. l. qui contra.* Is enim & in aliis pleriſque ab Vlpiano, Iuliano, adeóq; Papiniano vltro dissensit, Parúmq; subtiliter facit Donellus, qui vt eos cõciliet vult Paulum intelligi de iis liberis patroni qui idẽ fecerint quod eorum pater aut facienti patri consenserint *arg. d. l. vlt. in princ. qui & à quib. manum.* quę interpretatio non conuenit vęrbis Pauli quę sunt tã generalia vt hanc restrictionẽ non facilè patiantur. Neq; verò lex Ælia Sen-

L. is qui onerandæ 32. D. de oper. libert.

L. adigere 6. De iur. patron. L. vl. D. qui & à quib. manum. d. l. adigere §. vlt. L. quæsitum penult. D. qui & à quib. manum. L. qui cõtra 15. D. de iur. patron. L. adoptiuũ 8. §. vlt. D. de in ius vocand.

Digitized by Google

tia de patroni liberis locuta est, sed de patrono, ac proinde parum interest quid patroni filius fecerit cùm nec quicquã iuris in libertum habeat viuo patre eodémque patrono, nec consequenter possit amittere ius quod non habet, Nisi quod ei tanquam patroni filio debetur honor à liberto. Planè dubitandum nõ puto quin sic Paulus intelligi debeat, vt viuo patrono nihil iuris habeant eius liberi in libertum, Ne alioqui non tantũ ab Vlpiano & Iuliano, sed etiam à Celso dissensisse Paulus videatur, Id enim est, quod Celsus dicebat ius patroni eo viuo in filium non transire, Ita innuens eo mortuo non esse liberis deneganda iura patronatus propter delictum patris, cùm sint ipsi innocentes. Et hæc sententia certè humànior & fauorabilior est, ex generali iuris regula quæ non vult alieni delicti pœnam ad innocentes peruenire *l. sancimus 22. C. de pen. l. si quis suo 33. §. 1. C. de inoffic. testam.* Sicut è contrario magis probarem sententiam Celsi & Pauli vt viui patris delictum liberis noceret hactenus ne viuo patrono qui à iure patronatus cecidi sset idem ius in liberos ipsius transiret, quia cùm viuo patrono nihil iuris habeant ipsius liberi nisi ex eius persona, absurdum sanè videtur plus iuris eos habere ob id solùm quòd is ex cuius persona aliquod anteà habebant suum amiserit. Quinimo multò cõuenientius est vt ex alterius persona nemo plus iuris habere possit quàm alter ille habeat, quod & idem Paulus sentit in *l. qui in seruitutem 9. De bon. libert.* Dices hanc rationem si recta sit facere debere, vt nec post patroni mortem quicquã iuris in eius liberos trãsferatur. Nego: Est enim multò iustius & tolerabilius vt iam mortui non etiã viui patroni persona liberis non noceat, qui eo tẽpore quo patronus iã defunctus sit patronorum loco esse incipiunt, non itẽ eo adhuc viuo, quo tẽpore nihil nisi spẽ iuris patronatus habent *l. libertus 14. D. de tut. & curat. dat.* Quãquã fatendũ est nouum valde esse, vt pro patroni filio ille habeatur, qui eius filius sit quem lex nõ habeat pro patrono, Videturque non minùs illud requiri ne pater quàm ne filius indignus sit iure patronatus, ad hoc vt patroni filius, quãtùm ad ius patronatus attinet, pro patroni filio habeatur *arg. l. si filius 23. in princip. D. de iur. patron.* tametsi possit interdum supersesse operarum petitio etiam vbi ius patroni non est vt in *l. vlt. de oper. lib.*

L qui in seruitutem 9. D. de bon. libert.

L si filius 23. in princip. D. de iur. patron.

L. vlt. D. de oper. liber.

ILLATIO XVIII.

Generalem operarum promissionem ciuiliter & ex æquitate interpretandam esse.

DEcimo octauò ex eodem Principio fit, vt illa etiã quę libertatis causa iustè sunt imposita liberto aut libertę, interpretationem recipiãt ex æquitate, Vt quãuis generaliter promissæ sint operę qualescũque, eę tamen dũtaxat promissę videãtur quę probè ac iure licito imponuntur *d. l. vt iurisiurãndi 7. §. iurare 2. eo. tit. De oper. libert.* earúmq; editio totẽ pndeat ex æstimatione edẽtis, id est hactenus vt dignitati, facultatibus, cõsuetudini & artificio eius cõueniẽtes edãtur *l. pen. eo.* etsi patroni quoq; persona spectãda est *l. eius artificij 16. §. 1. eo.* sed multò magis liberti, ne audiatur patronus si poscat operas quas vel ætas liberti recuset, vel infirmitas corporis eius non patiatur, vel quibus institutum, aut propositum vitæ liberti minuatur *l. nec audiendus 17. eod.* Patroni certè ratio hactenus habenda est, vt eo loco edi operæ debeant, vbi patronus moratur sumptu scilicet & vectura patroni *l. operæ 21. eo.* Quod postremũ ideo adiectũ fuit, quia operę generaliter impositæ debẽtur quidẽ, sed in hoc aut illo loco nõ debeatur certa lege, sicut nec in hoc aut in illo loco morari

L vt iurisiurandi 7. §. iurare L. 2. De oper. libert.

L. eius artificij 16. §. 1. eo.

Digitized

rari patron⁹ cogitur. Et hui⁹ illationis ratio ea eſt, quòd cùm libertus iã liber ſit, & extra manũ ac poteſtatẽ priſtini domini cõſtitutus, non vſque adeò inhumanè cum eo agendum eſt vt ſuprà quàm libertatis fauor & æquitas pati poſſit obligatus intelligatur. Hinc fit vt eius artificij quod poſt manumiſſionem didicerit libertus operas præſtare debeat, ſi tales eæ ſint quæ quandoq; honeſtè ac ſine periculo vitæ præſtari poſſint, nec ſemper illas, quę manumiſſionis tempore præſtari debuerunt. Sed ſi turpes operas exercere poſteà cœperit pręſtare debebit eas quas manumiſſionis tẽpore pręſtabat *d. l. eius artificij 16. in princi. l. hæ demum 38. eod.* Hinc, quod in omnibus operis pręcipuè obſeruãdũ eſt vt tẽporis ſpatia, quæ ad curã corporis neceſſaria ſunt liberto relinquãtur *l. cùm patronus 22. in fi. eo.* etſi non ad libertos tãtùm, ſed & aliũ quẽlibet operas edentẽ hoc ius pertinet, quippe quod non ex ſolius libertatis fauore, ſed ex ipſa quoq; naturæ neceſſitate proficiſcatur. Hinc, quod ſi patronus vagari per orbẽ terrarũ velit nõ eſt iniungẽda liberto neceſſitas vbiq; eũ ſequi *d. l. quod niſi 20. in fin.* iunct. *l. ſed & hæ 35. §. non ſolum de procurat.* Hinc quod ſi patroni plures cõſultò in diuerſas regiones diſceſſerint, & liberto ſimul operas indixerint, placet dicẽ quidem operarũ cedere, ſed tamẽ, quod certè mirũ eſt, libertũ non obligari, quia non per eũ, ſed per patronos ſtet quominùs dentur. Sicut accidit cùm ægrotãti liberto operæ indicuntur *l. hæ operæ 23. §. 1. eo. tit. de oper. libert.* vbi additur, Si diuerſarũ ciuitatũ patroni ſint & in ſua quiſq; moretur, conſentire illos debere in operis ab eo accipiendis. Durũ enim eſt, inquit Iulianus, eũ qui ſe liberare poteſt decẽ diebus operãdo ſimul operis indictis ſi in accipiẽdis nõ cõsẽtiãt cõpelli ad pręſtãdã alteri quinque operarũ ęſtimationẽ. Hinc quod libertus ita iurauerit, *Daturũ ſe quot operas patronus arbitraturus ſit*, nõ aliter ratũ eſſe debet arbitriũ patroni quàm ſi æquũ ſit arbitratus. Nã & ea ferè mẽs eſt perſonã ſuã arbitrio ſubſtituẽtiũ, vt quia ſperẽt eũ rectè arbitraturũ, id faciãt, nõ quia vel immodicè obligari velint *l. ſi libertus 30. in pri. eo.* Hinc, quod ſi interdũ & augmẽtũ & diminutionẽ & mutationẽ recipit obligatio operarũ. Nã dũ lãguet libertus patrono operę quę iã cedere cœperũt, pereunt. Sed & ſi liberta quę operas promiſit ad eã dignitatẽ perueniat, vt incõueniens ſit præſtare illã operas patrono, ipſo iure hæ intercidẽt *l. interdũ 34. eo.* Vt puta ſi patroni ſui vxor facta ſit *l. liberta 8. C. eo.* aut etiã cõcubina *l. liberta 46. D. eo.* Hinc, quod liberta maior annis quinquaginta, operas patrono præſtare nõ cogitur *l. liberta 35. eo.* nẽpe quod vix ſit vt poſt eã ætatẽ fœmina operas cõmodè pręſtare poſſit. Hinc, quod finitur obligatio operarũ libertatis cauſa impoſitarũ, nec minùs præteritarũ quàm futurarũ; ſi libertinus duos pluréſve à ſe genitos natóſve habebit, dũ ne infames, vel etiã vnũ quinquẽnẽ *l. qui libertinus 37. eo.* Quod tamẽ ad pręteritas operas pertinet, Intellige, ſi nõ iã earũnomine cõdẽnatus ſit libertus. Tunc enim nõ poteſt liberari, quia pecuniã debere iã cœpit *§. Iulianus ea. leg.* Senſus eſt operas ſolas eſſe in petitione & in obligatione non earũ preciũ, In pręſtatione tamẽ & cõdẽnatione non poſſe operas eſſe ſed earum æſtimationem, quia quæ ſua die non fuerunt præſtitæ, ſi poſteà præſtentur, iam aliæ eſſe videntur, quemadmodum ſi aut ab alio aut alij præſtarentur *arg. l. ſi quando 8. l. quia alia 12. eo.* Ideóque quãdiu ſecuta cõdẽnatio non eſt, licèt petitę ſint operæ, nõ impediri liberationẽ, ex lege Iulia de maritãdis ordinibus, quę de ipſis operis nõ de earum æſtimatione locuta eſt *l. nec patronis 6. C. eod.* Eandem verò rationem facere vt ex die condemnationis ac proinde ex quo debitum

L. cùm patronus 22. in fin. eod.

L. quod niſi 20. eod. l. ſed & hæ 35. §. non ſolum D. de procurat.

L. hæ operæ 23. §. 1. eod.

L. interdum 34. l. liberta 46. eod. liberta 8. C. eod.

L. qui libertinus 37. D. eod.

§. Iulianus eod. leg.

L. ſi quando 8. l. quia alia 12. eod.

L. nec patronis 6. C. eod.

operarum cœpit transfusum esse in obligationem pecuniæ, non possit liberatio induci *arg.l.si fundus* 16. *§.si pluris* D. *de pignor.l.*1. *§. item si ita D. ad leg. falcid.* quia lex vt dixi de æstimatione nihil cauit. Additur alia exceptio in *§. sed si d. l. qui libertinus*, Si creditori suo libertum patronus delegauerit (quod ad operas scilicet fabriles & artificiales, nã officiales alij quàm patrono edi non possunt ne quidẽ iubente patrono *d.l.opera* 9. *l. quoties* 24. *eod.*) Hoc enim casu factæ delegationis non potest ex lege Iulia obtingere liberatio, Ratione illa & optima & necessaria quam Paulus reddit, quòd solutionis vicẽ cõtineat hæc delegatio, ideóque per eam libertus à patrono liberetur *l.*3. C. *de nouat.* iã autẽ semel liberatus amplius liberari nõ possit. Quod cùm ita sit nõ possũ intelligere quã rationẽ habeat distinctio quæ subiicitur in hac verba *potest tamẽ dici, si in id quod patrono promisit, alij postea delegatus sit, posse eũ liberari ex hac lege: nã verum est patrono eum promisisse, quamuis patrono nunc non debeat, Quòd si ab initio delegante patrono libertus promiserit non liberari eũ.* Quæro enim, Quomodo fieri potest, vt illo etiam casu quo libertus post operarum promissionem patrono factam delegatus sit, liberetur ex lege Iulia de maritandis ordinibus propter susceptos posteà liberos, cùm iam semel per delegationem tanquam per solutionem fuerit liberatus? Quòd si per delegationem idcò liberatus est à patrono quòd ei soluisse videatur, soluisse autem non aliam ob causam intelligitur, quàm quia sic mandãte patrono & iubente, alij easdẽ operas promiserit, qua tandem ratione aut æquitate fieri potest, vt ab eo quoque cui delegatus est nullis etiã præstitis operis liberetur? An non verò lex Iulia de patrono solo locuta est, non etiã de illo cui patronus bona fide libertum delegasset? Ratio enim illa *nam verum est patrono eũ expromisisse* ridicula est, cùm nõ illud solummodò verum sit patrono libertũ operas promisisse, sed etiam, quod magis est, soluisse vi & potestate delegationis. Habet siquidem delegatio duplicem hunc effectum, vt & qui delegatur alieno creditori, proprio soluere hoc ipso videatur *d.l.*3. C. *de nouat.* & vt qui proprium debitorem delegat, proprio etiam creditori soluere intelligatur *l. quamuis* 8. *§. interdum D. ad SC. Velleian. l. qui debitorẽ* 18. *D. de fideiuss.* Sed & secunda pars distinctionis falsa est. Fieri nãq; nõ potest vt ab initio delegante patrono libertus promittat alij operas, id est quas prius ipsi patrono nũquã promiserit. Sicut enim nullas operas libertus debet ne patrono quidem si nullę impositæ sunt *d.l. cùm patronus* 22. *§.* 1. *in fin. d.l. operis* 31. *De oper. liber.* ita nec à patrono sic imponi possunt, vt alij quàm patrono debeãtur: quia licèt fabrilũ & artificialiũ operarũ de quibus agimus ea cõdicio sit, vt à quocũq; cuicũq; solui possint *d.l. opera* 9. *eo.* nõ tamẽ similiter vt alij quàm patrono deberi possint. Aliud enim est extraneo deberi operas, aliud solui. Adeò vt neq; seruꝰ patronio operas sibi dari stipulari possit sed nominatim patrono stipulari debeat, neq; patronus facere vt quis alius siue filius ille sit siue extraneus possit adiici causa solutionis operarũ, ne alię quàm quę patrono debitę sũt operę solui videãtur *l. seruꝰ* 10. *cũ seqq. eo.* in eámq; rẽ necessariũ ideò est auxiliũ & remediũ delegationis *l. si nõ sortẽ* 26. *§. libertus. in fi.* D. *de cõdict. indeb.* Deniq; cõstat delegationẽ non aliter fieri nedum valere posse quàm si delegãtis debitor sit is qui delegatur *a.l. quãuis* 8. *§. si mulier ad Vell. l. si quis* 12. *& seq. l. delegare* 17. *& pass. D. de nouat.* Prius ergo est vt patrono libertus operas debeat quàm vt earũ nomine alij delegari possit. Et cõsequẽter fieri nequit, vt patroni creditori delegetur ab initio, id est earũ operarũ

§. sed si d. l. qui libertinus.

L. opera 9. *l. quoties* 24. *eod.*

Opera extraneo solui possunt, liberi non possunt.

L. seruus 10. *cũ seqq. eod. tit.*

L. si non sortem 26. *§. libertus in fi. D. de cond. indeb.*

nomine

nomine, quas patrono nunquam debuerit. Itaque nec illud dici potest quod in textu sequitur *non liberari eum*. Quomodo enim liberari, aut non liberari potest is qui nec obligatus sit? Siquidem liberatio præcedētē supponit obligationem. Sic dicimus posthumum liberti non liberare heredes patris sui, quòd proficisci liberatio à liberto debeat, nec quisquā per mortem suā liberari intelligatur, cùm iā per mortem suam sit ipse liberatus, vt eleganter Paulus ratiocinatur in *d. l. qui libertinus 6. posthumus*. Vbi quod additur *ex lege autē nati liberi prosunt* hunc sensum habet, quòd lex Iulia de solis liberis iā natis locuta est, non de posthumis: Vt nimirū inferat libertum qui patri suo iā defuncto & liberato nō possit amplius acquirere liberationem operarū, nec ipsius heredibus prodesse debere, quibus tamen vtique prodesset si lex de posthumis quoq; locuta fuisset. Qua ratione non dissimiliter defendimus legē Iuliā de solis patronis locutā iis verbis *patrono patronæ liberisve eorum* nō posse libertū liberare ab operis nō patrono ipsi debitis, sed alij cui fuerit ille delegatus. Quò etiā pertinet quod in eiusdē legis fine scriptum est, Si libertus operarū nomine expromissorem dederit, nihil hoc caput legis Iuliæ ei prodesse, quia cùm expromissor ille sit, qui solus obligatur pro alio, in quo differt à fideiussore (neq; enim per fideiussionē fit nouatio, sicut fit per expromissionē) lex autē de solo liberto liberādo egerit, nihil causę est cur expromissor liberetur, neq; principaliter, neque per consequētias, quomodo si fideiussor esset liberaretur per consequentiā liberato liberto, qui quoniā cū fideiussore obligatus manet, perinde liberatur acsi solus esset obligatus vt eadē lex ait. Non enim propositū suum lex Iulia seruaret, si non succurreret fideiussori liberti, cùm alioquin fieret vt libertus à patronō iā liberatus nullū liberationis effectū sentiret, si protinus per interpositā fideiussoris personam idipsum à quo liberatus esset patrono dare cogeretur *l. 1. §. exceptionē D. quar. rer. act. non des.* In summa, cùm fideiussoris datio non faciat quominùs libertus ipse maneat obligatus, ita nec obstat quominùs idem libertus susceptis quādoq; liberis liberari possit. Eo autē liberato, ipsam quoq; fideiussoriā obligationē quę nō nisi accessoria est, extingui & euanescere necesse est *l. si fideiussor 19. D. de dolo*. Quodnō similiter de expromissore dici potest, quippe qui licet pro alio anteà obligato, tamē solus & principaliter obligatur, cùm is qui expressionē dat hoc ipso quasi per nouationē liberetur. Dices non eo minùs fieri vt expromissor postquàm soluerit habiturus sit regressū aduersus libertum, perinde acsi libertus etiā post expromissionē in obligatione remānisset: Quid enim referre potest an pro eo expromittendo, an soluendo eū liberauerit? Ita sanè est. Sed tamē non ideirco eadē ratio constitui potest expromissoris & fideiussoris propter illā dissimilitudinis rationē quā attulimus. Nec legis Iuliæ propositū fuit libertum propter liberos à se susceptos liberare, nisi quatenus esset obligatus, quia nec aliter potuit de eo liberādo quicquā cauere. Proinde expromissore dato pro operis à liberto quātoscumque liberos posteà libertus suscipiat, neq; libertus potest liberari quia non est obligatus: lex autē non nisi de liberto obligato locuta est, neq; expromissor, quia libertus non est, lex verò de solis libertis locuta fuit. Nec quēadmodū ad fideiussorē ita & ad expromissorē, legis sentētia trahi potest, quoniā ad fideiussorem trahitur per consequentiā necessariā. Ad expromissorem verò trahenda esset principaliter cùm ex persona liberti qui ipse non liberatur, consequi li-

d. l. qui libertinus 6. posthumus.

d. qui libertinus in fin.

L. 1. §. exceptionem D. quar. rer. act. non dat.

De differentia expromissoris & fideiussoris operarum.

beratione expromissor non possit. Eadem igitur ratione dicendum è contrario est, si patroni creditori libertus delegatus sit, quamuis post factã à se, quod necessariò supponendum est vt diximus, operarum promissionẽ, nullã tamen ei liberationem ex lege Iulia quæri posse, quia licèt patroni creditori sit obligatus, tamẽ à patrono iã liberatus est per delegationem acti iã ipsi soluisset, lex autem Iulia non egit de liberto liberãdo nisi à patrono, id est nõ etiã de illo liberando à patroni creditore. Sicq; eadem erit ratio expromissionis & delegationis, quemadmodũ & eadem esse debet. Per vtrãque enim æquè fit nouatio, & differentia tantùm in eo est quod per delegationem debitor id quod vni debet alij promittit, Per expromissionem verò quod vnus debet alius promittit. Delegatio mutat creditorem, Expromissio debitorẽ. Hęc cùm ita sint, non video quo colore iã negare quis possit totã illã additionẽ & distinctionẽ quę est in *d. §. sed si creditori*, quã nos falsã esse & à iuris ratione penitus abhorrere ostẽdimꝰ. Triboniano potius quàm Paulo nostro tribui oportere. Nihil.n. Triboniano familiarius est, quàm vt huiusmodi distinctionibꝰ & respõsa prudẽtũ corrũpat, & suã iuris insciticã patefaciat, quod ab eo factũ esse hoc loco si quo vnquã alio, ausim certò adfirmare. Huius porrò iuris quod lex Iulia induxit de liberto ab operarũ obligatione propter susceptos à se liberos liberãdo, duplex ratio fuisse videtur, Vna generalior vt liberi homines in quorũ numero sunt liberti aliquo proposito præmio ad iustas nuptias cõtrahẽdas iustisq; liberis replendã ciuitatẽ inuitarentur, Ideóq; nimirũ locuta est de liberis natis in liberti patris potestate. Non enim nascũtur in potestate nisi qui ex iustis nuptiis nascuntur, vt diceemus ad *tit. De patr. potest.* Altera specialior, quòd libertus ex quo tẽpore vel iã binos liberos habet in sua potestate, vel saltẽ vnũ quinquennẽ, incipiat operas suas debere alẽdis liberis nõ patrono. Cùm enim amplius nõ sit in domini manu & potestate, ad eũ nõ ad patronũ cura pertinet alẽdorũ liberorum, quos vt suscipere potuerit, data ei libertas fecit, sine qua nec matrimoniũ cõtrahere potuisset, liberos autẽ sine matrimonio sperare, multò minùs. Et hęc secunda ratio ad Principij nostri sensum accõmodatior est. Nã & inde fit, vt siue patronus, siue patroni filius & nepos aut pronepos libertæ nuptiis consenserit, operarũ exactionẽ amittat, nõ quidẽ ante nuptias præteritarum *d. l. si libertus* 30. *§. in libertam*, sed earum quæ ex nuptiarum die cedere potuissent in id vsque tempus quo liberta nupta esse desierit, Nec tantùm si consensus interuenerit, sed &si ratihabitio *l. si quis* 13. *§. vlt. cum l. seq. eo.* adeò vt in patrono quoq; impubere idem sit si accesserit voluntas tutoris *d. l. si quis §. si impubes.* Nõ alia ratione quàm quòd hæc liberta cuius matrimonio patronus consensit, in mariti non in patroni officio esse debeat, vt eleganter scribit Hermo. in *l. sicut patronus* 48. *eod.* Vnde illud etiam fit è contrario, vt quamuis vxorem habeat libertus, idcirco patronus operas exigere prohibeatur *d. l. si quis hac* 13. *§. etiamsi*, nempe quia non sicut vxor marito ita & vicissim maritus vxori officium debet, in cóque vt & in aliis plerisque iuris nostri articulis deterior est cõdicio fœminarum quàm masculorũ *l. in multis* 9. *D. de stat. hom. l. vxore s* 9. *& seqq. D. de his qui not. infam.* Planè si nuptię quibus patronus consensit nullas vires habeant, operas exigere patronus nõ prohibetur *d. l. sicut. §.* 1. quoniam liberta nullum debere potest officium ei qui maritus nõ est, & consensus à patrono præditus nuptiis libertę, tacitã semper eam cõdicionẽ habet, si nuptiæ sequentur. *arg. d. si extraneus* 6. *D. de condic. caus. dat.* Sed etsi patrona aut filia vel neptis,

Deliberto ab operarũ obligatione ob susceptos à se liberos liberando.

L. si libertus 30. §. in liberta D. de oper. libert. L. si quis 13. §. vlt. cum l. se. eod. & §. si impubes d. l. si quis L. sicut patronus 48. eod. & l. si quis §. etiamsi. l. in multis 9. & seqq. D. de stat. hom. l. vxores 9. & seqq. D. de his qui not. infam. d. l. sicut §. 1. & in fin.

neptis,vel proneptis patroni,libertæ nuptiis consenserit,placet operarum exactionem nõ denegari,quia his personis nec ab ea quæ nupta est indecorè prę stãtur *d.l.sicut in fin.* Quòd si plurium liberta vnius tantùm voluntate nupserit, alteri petitio operarum manet *l.si duorum* 28.*eod.*

L.si duorum 28.eod.

ILLATIO XIX.

De *præstanda operarum æstimatione.*

DEcimononò ex eodem supradicto Principio fit, vt libertus indictas sibi operas à patrono præstare præcisè non cogatur,sed liberetur dando earũ ęstimationẽ,quomodo euenit in cęteris omnibus faciendi obligationibus *l.si quis ab alio* 13.*§.vlt.D.de re iudic.l.stipulationes non diuiduntur* 72.*vers.Celsus l.quoties quis alium* 81.*De ver.obligat.l.medicus* 26.*§.*1.D.*de oper.libert.* De quo videnda sunt quæ scripsimus *libr.*20.*Comect.cap.*19. ne hîc eadem repetamus.

ILLATIO XX.

Libertinum hominem eius libertum esse à quo manumissus est.

VIcesimò ex eodẽ Principio fit,vt qui libertinus est dicatur regulariter libertus eius à quo manumissus est.Nã si libertinus ille est qui ex iusta seruitute manumissus fuit,planè cõsequens est vt patronus ille sit qui ex iusta seruitute manumisit *l.adoptiuum* 8.*§.patronum D. de in ius vocand.* Hinc nullius libertus dicitur qui ex defuncti domini testamẽto libertatẽ cõsecutus est,non quòd nullũ manumissorẽ habeat,aut incertũ,sed è contrariò quia certum est eum fuisse manumissorẽ qui iã nullus est,quia defunctus est.Vnde & orcinus libertus *l.*3.*§.planè D.de legit.tutor.*iũct.*l.*4.*D.de liber.l.si is cui* 49.*De fideic.libert.*An hoc verò ob id solũ quod defũctus sit is qui manumisit? Minimè.Nã si ita esset orcinus quoq;& nullius libertus dici deberet qui vindicta manumissus esset defuncto tãdẽ manumissore quod falsum est.Sed quia cùm directa libertas testamento datur,& ex eo testamẽto cõpetit, manumissor ille est qui ipso tẽpore manumissionis,& cõperẽtis libertatis iã nullus id est mortuus est. Nõ enim manumissio fit eo instãti quo libertas legatur,id est viuo adhuc testatore,sed eo demũ quo libertas ex legato cõpetit,hoc est quo suprema volũtas per legẽ confirmatur,quod non fit nisi mortuo iã testatore.Nam, vt & Diuus Paulus ait mortuũ esse testatorẽ,necesse est ad hoc vt testamentũ cõfirmetur.Imò & aditam hereditatem vt legatum libertatis vtiliter cedat *l.nam cum* 8.*D. quand.dies leg.ced.l.vnic.§.libertatibus* C.*de cad.toll.* Idcóque & qui orcinus libertus est,familiæ libertus dicitur *l.si socius* 48. D. *de manum.testam.* non quasi à familia manumissus quæ nec manumittere vllo casu posset,sed quia familiã sequitur,& eius libertus est cuius est familia, consequenter heredis defuncti,ad quẽ & familia pertinet.Dices, Quid igitur interest an à viuo an à defuncto manumissus sit? Interesse namque constat ex eo quod Vlp. scribit in *l.* 2.*De statulib.*statuliberũ qui pendente condicione manumissus sit ab herede, non amittere spem orcini liberti.Quod vtique ridiculè diceretur si nihil eius referret an orcinus an heredis libertus esset.Aut cur nullius libertus esse dicitur,qui libertus est heredis? Respondeo multum interesse,quia non potest hic tanquã ingratus accusari ab herede,qui ipse patronus nõ est, quique beneficiũ

L. adoptiuum 8.§. patronũ D. de in ius vocand.

*L.*3.*§. planè D. de legit. tutor.l.*4.*D. debon.liber. l.si is cui* 49. *D.de fideic. libert.*

L.si socius 48.D.de manum. testam.

*L.*2.*de statulib.*

L. 1. C. de libert. & eor. liber.

nō dedit,cùm nec ea accuſatio permittatur illi qui ex alieno teſtamēto fideicōmiſſariā præſtitit libertatē *l.1.C.de liber.& eor.liber.*quē tāmen nemo dixerit ſi non plus,certè minus iuris habere debere, quàm ſi neque ſponte neque coactus manumiſiſſet.Item quia bonis heredis vēditis,adcóque bonis defuncti,neque heres ipſe neque bonorum emptor ius vllum patronatus in hunc libertum habet,quod diuerſum eſſet ſi aut à defuncto ipſo aut ab herede vin

L. ſi bona 40 D de oper. libert.

dicta manumiſſus fuiſſet *arg.l.ſi bona* 40.D.*de oper.libert.*Hinc etiam eſt quod is quoque qui fideicommiſſariam libertatem pręſtitit,quia reuera manumiſit, patronus eſt licèt coactus manumiſerit, quia quod coactus manumittit non facit quin verum ſit eum ſolum dare libertatem,quæ ex ſola manumiſſione competit,non etiam ex iuſſu manumittendi, Sed facit tamen vt in qui-

§. pen. Inſt. de ſing. reb. per fideic. relict.l.is quoque 9.D. de in ius vocand.l.3.in princip. & §. 1.De ſuis & legit.l. ſi quis hac 13. D. de oper. libert. l. qui ex cauſa 29. D.de bon. libert.l.1.C.de libert. & eor. liber. L. ſed ſi hac 10. in princ. D. de in ius vocand. L ſi quis hac 30.D.qui & à quib.manum. d.l.ſed ſi hac §.1.

buſdā pro patrono non habeatur,vt explicauimus *illat.*8. *ſup ex §. pen.Inſt.de ſingul.reb.per fideit.relict.l.is quoque* 9.*D.de in ius vocand.l.*3.*in princ.& §.*1.De *ſuis & legit.l.ſi quis hac* 13.*D.de oper.lib.l.qui ex cauſa* 29.*D.de bon.libert.l.*1. *C. de libert.& eor.liber.*Vſque adeò autem manumiſſio & libertum & patronū facit,vt interdum etiā is qui non manumiſit ſi tamen libertatis cauſam præbuit,pro patrono habeatur,Vt puta ſi quis ſeruum ea lege emerit vt intra certum tempus manumitteret,nec tamen manumiſerit intra id tempus,quo caſu ſeruus habetur pro manumiſſo & liber fit ipſo iure *l.ſed ſi hac* 10.*in princ.* D. *de in ius vocand.*quamuis non poſſit libertum tanquā ingratum accuſare *l.ſi quis hac* 30.*qui & à quib.manum.*Sic è contrario,ſi quis ancillā ea lege venderit ne proſtitueretur,& ipſa proſtituta ſit ab emptore, placet ita eſſe eam liberā ipſo iure,vt tamen venditor ſit patronus *d.l.ſed ſi hac §.*1. Rationem diuerſitatis reddit Donellus *lib.*21.*Comment.cap.*19. quòd ſuperiore caſu tributum erat emptori à venditore vt ſeruum manumitteret,Poſteriore verò venditor ancillā ad libertatē rectà vocat ſine vllo facto intermedio emptoris.Sed parum ſubtiliter,ni fallor.Neque enim verum eſt, poſteriore iſto caſu vocari ancillam rectà in libertatem à venditore ſine emptoris facto,ſiquidem fit libera ipſo iure,ac proinde ſola legis poteſtate non ex ſola venditoris voluntate,quippe quæ non potuit nuda eum habere effectū vt ancillā ſine manumiſſione perduceret ad libertatē.Ac prætereà fatendum eſt hoc caſu intercedere factum emptoris cùm non aliā ob cauſam fiat ancilla hæc ipſo iure libera, quàm quia contra legem venditionis proſtituta ſit ab emptore. Illa igitur differentiæ ratio & breuior & planior reddenda eſt, quòd priore caſu lex ſupplet factum emptoris qui ſecundùm voluntatem venditoris manumittere & potuit,& debuit, Poſteriore verò non ſupplet lex, ſed punit factum emptoris ob id quod fecerit contra licitā & honeſtam legem venditioni dictā à venditore.Porrò abſurdum eſſet ex eodem facto & pœnā ſubire emptorem & lucrum ſibi acquirere, quod contingeret ſi amittendo ancillam acquireret ſibi libertam. Hinc illud etiam eſt, quod ſi iurauero me patronum eſſe non ſum abſolutè patronus, id eſt etiā quantum ad ſucceſſionem,quia iuſiurandū non facit patronum,ſed manumiſſio *l.ſi iurauero* 24.D. *de iur.patr.* quamuis mihi honor debeatur ne in ius vocari poſſim niſi venia priùs impetrata propter vim iuriſiurandi, quod alioqui nullum ius tribueret *d.l.adoptiuum* 8.*§.patronum.*Aliud eſt ſi pronunciatum ſit me patronum eſſe, Tunc enim ſententiæ ſtabitur *d.l.ſi iurauero.* quia res iudicata pro veritate habetur *l.res iudicata* 208.*De reg.iur.l.ingenuum* 25. D.*de ſtat.homin.* & conſe-

L.ſi iurauero 24. D.de iur. patron. L. adeptiuū 8.§.patronū de in ius vocand.

quenter

quenter pro manumiſſione habetur ſententia per quam pronunciatum eſt me patronum eſſe acſi pronunciatum eſt me eſſe manumiſſorem cùm patronus ille maximè ac verè ſit, qui manumiſit. Diſſimilis eſt is qui colluſionem detexit liberti cum patrono colludentis & pro ingenuo ſe gerentis. De quo *in l.vlt. D.de colluſ.deteg.& in d.§.patronum.* Hic enim etſi ſit patronus in vicem & locum veri patroni ſicut & fieret dominus ſi colluſionem ſerui detexiſſet. *d.l.1.& tot.ill.tit. De colluſ.deteg.* non tamen ideo ius illud nanciſci ur quòd pro manumiſſore habeatur,ſed conſtituto iure, quia ſic placuit Senatui ob publicã vtilitatẽ,ex ratione illa quã ponit Caius *in d.l. 1. eod.* Cùm enim ſenatuſconſultum vim legis habeat,vt ſuo loco diximus,lex autem tanquam quæ & hominum & rerum omnium regina ſit *l.1. & 2. D. de legib.* de ſingulorum iure,ſtatu, & dominio diſponat prout reipublicæ vtilius eſſe videt, nemo dubitat, quin & ex ſenatuſconſulto & ex alia lege qualibet poſſit ius patronatus interueniente iuſta cauſa transferri à manumiſſore in non manumiſſorem nulla etiam inducta fictione interpoſitæ tacitè manumiſſionis, quia nec manumiſſio ipſa conferre poſſet libertatem niſi concurreret poteſtas legis. Lex autem quæ manumiſſioni eam vim tribuit dummodò ſolleniter ac ritè facta ſit, non ſe ipſam obligat & adſtringit,quominùs aliis quoque modis,id eſt etiam citra manumiſſionem & libertũ facere poſſit,& libertũ,& patronũ, Vnde & iis caſibus,quib.placuit ſeruos pro præmiõ accipere libertatẽ,videas requiri neceſſariò ſententiã *l.1. ill.tit. C.pro quib.cauſ.ſerui pro præm.* nec tamẽ manumititti ſeruum ab eo qui dominus non ſit, vt puta ab ipſo prætore vel à præſide ſi ſeruus domini necem detexerit & vindicauerit,ſed tantùm pronunciari & ſtatui à magiſtratu vt hic liber ſit,quomodo vtiq; accipiẽda eſt *d.l.1.* poſtremis illis verbis,*Non ex ipſo facto,ſed adiutione & ſententia præſidis reportabis*,vt cõſtet ex *l.ſi necẽ 4.in princ. De bõ.liber.* vbi ſcribit Paulus hũc de quo prætor ſic ſtatuit & pronũciauit vt liber ſit,nõ tamẽ à prætore libertatẽ conſecutũ videri ſed potiùs ex ſenatuſcõſulto ſcilicet de quo in *d.l.1.* Idémq; iuris eſſe puto in cæteris caſibus de quibus *in l.2.3.& 4.eod.tit.* C. id eſt ſi ſeruus reum falſæ monetæ aut raptus aut deſertæ militiæ detulit. Nã & hic ſeruus libertate donatur ex Imperatorũ conſtitutionibus,ſed adito priùs,& ita ſtatuente præſide vel prætore,vt liber ſit,non autem vt ipſo iure, ac citra vllum magiſtratus factum liber fiat. Et conſequenter quid de illo qui necem domini detexit ſcriptum eſt in *d.l.ſi necem*,nullius libertum eum eſſe,idem & aliis caſibus obtinere puto. Quid enim refert an ex ſenatuſconſulto,an ex Principis conſtitutione ſeruus libertate donetur? Aut vt magiſtratus in ſtatuenda & adiudicanda huic libertate ſenatus aũ principis mentem ac ſententiam ſubſequatur? In eóque diſſentio etiam à Donello qui *lib.2.Comment.ca.12.* ſcribit tribus his caſibus fiſcum eſſe manumiſſorẽ & patronũ duplici ratione,Propterea quòd, inquit, cauſa publica ſit,& ad fiſci vtilitatem propter bonorum publicationẽ pertineat, Itẽ quia fiſcus pretium ſoluat domino, tanquam cui per fiſcalem manumiſſionẽ ſeruus eripiatur, quæ vtraque ratio parùm apta eſt. Etſi enim bona eius qui de falſa moneta vel de raptu vel de militia deſerta delatus eſt publicanda ſunt ex legibus,ac proinde ad fiſci vtilitatẽ,quid tamen iuris fiſco tribuere illud poteſt vt alieni ſerui manumittendi ius nanciſcatur? An non multò potentius eſt ius legis quàm fiſci ad hoc vt ſiue ignorãti ſiue inuito domino ſeruus qui libertatẽ metuerit,eripiatur? Denique quo iure obſecro aut colore fieri poteſt vt fiſcus

L.vlt.D de colluſ.deteg.

L.1.eod.

L.1.C. pro quib. cauſ. ſerui pro præm.

L. ſi necem 4.in princip. De bon. libere.

l. 2. 3. & 4. C. pro quib. cauſ ſerui.

traditionibus 44. *D. de pact.* Dices, Cur ergo fuit necessaria autoritas cõstitutionum vt seruus hic ex solo lapsu temporis fieret liber ipso iure & citra manumissionem? Respondeo, quia supradicta ratio concludit duntaxat emptorem qui non nisi hac lege dominus factus fuerit, si cõtra legẽ venditionis fecerit libertatem, quam non dederit debere non posse, tãquã qui ne plenè & absolutè dominus intelligatur. Ex hoc autẽ euenire potiùs necesse esset, vt seruus hic maneret, quippe qui nec reuera esset manumissus, nec à venditore ipso manumittti amplius posset: ad quem scilicet dominiũ per traditionem translatum, sine noua traditione regredi non potest, quoties pactum nullum tale adpositum est quod ipso iure venditionem resoluat. Itaque vt liber hic fieret citra manumissionem necessarium fuit auxilium constitutionis, vel eo magis quod neque ipsius venditoris voluntas illa vnquam fuit, vt is sine manumissione liber esset, cùm emptori impositam voluerit necessitatem manumittendi. Constitutio autem factum emptoris supplet ac repræsentat vt is ipse intra præstitutum tempus manumisisse intelligatur, vt nihil sit quod faciat ne videatur hic seruus fuisse in pleno dominio emptoris quominus libertat, em consequi possit. At in herede qui fideicommissariam libertatem debet, nihil tale tractari potest nec in alio quolibet cui seruus legatus sit ea lege vt eum manumittat, Nisi additum sit si non manumiserit liber esto quo casu placet seruum statim liberum fieri *l. si ita scriptum* 37. *D. de man. testam.*

l. si ita scriptum 37. D. de manum. testam.

ILLATIO XXI.

Factus liber inuito domino, non fit eius libertus.

Vicesimoprimò ex eodem Principio fit vt quoties inuito domino præsertim verò si ob culpã domini seruus sine manumissione & ipso iure perueniat ad libertatem, ita vt nec domini factum legis potestate suppleatur & repræsentetur, non fiat patronus qui priùs dominus fuit, vt puta si seruus propriis nummis emptus vt ab emptore manumitteretur non fuerit manumissus, de quo *Vlp. in l. 4. D de manum.* Siue enim emptor coactus eum manumiserit, siue eo latitante seruus ex sententia prætoris peruenerit ad libertatem exemplo fideicõmissariæ libertatis, vt ait *l. qui se dicit* 67. *l. vix certis* 53. *D. de indic.* non habebitur pro patrono *d. l. sed si hac* 10. *D. de in ius voc.* Erit quidem patronus si eum manumiserit, licèt coactus, quia fieri nequit vt patronus non sit qui manumissor est, sed tamen pro patrono nõ erit habendus. At si eo latitante seruus sine manumissione peruenerit ad libertatem, neque patronus neque patroni loco habendus erit ille, qui dominus fuit. Eadémq; causa est eius, pro quo manumittẽdo alius pecuniãdederit, quia parũ interest an à seruo ipse an ab alio pecuniã acceperit dominus ad manumittendũ *l. si quis ab alio* 19. *D. de manumiss.* Itẽ si is q ancillã vẽdiderat ea lege ne prostitueretur eã ad se receptã ipse prostituerit, placet nõ esse illũ patronũ *d. l. si hac* §. 1. quia neque manumisit neque pro manumissore habendus est cùm in pœnam prostitutionis ab eo ipso factæ ancilla libertatem consequatur. Non enim debuit inhonestè committere in legem quam emptori honestè dixerat.

l. 4. D. de manumiss. l. qui se dicit 67. l. vix certis 53. D. de indic. l. sed si hac 10. D. in ius voc.

l. si quis ab alio 19. D. de manum. d. l. sed si hac §. 1.

ILLATIO XXII.

De libertate ignoranti adeóque inuito danda.

Vicesimosecundò ex eodem Principio fit, vt & inuitò & multò magis ignorãti libertas dari possit *l. vlt §. sin verò C. de testam. manum.* & consequenter etiã furiosi *l. penult. & vlt. D. de manum.* Nam cùm libertatẽ dare nihil aliud sit quàm è manu sua emittere, apparet nullũ in eo re-

l. vlt. §. si verò C. de testã. man. l. pen. & vlt. D. de manumiss.

quiri factum ac ne quidem consensum manumissi, sed sufficere factũ manumittentis,Sicut & vt auis quã in manu mea habeo recipiat pristinã suã libertatẽ,sufficit vt è manu mea illã emittã dũmodo eo animo vt fiat illa libera nec amplius eam persequi velim *l.naturalem* 5. *l. Pomponius* 44. *De acq.rer. dom.*Idq;est quod ait *d.l.pen.*hoc fieri ex ipsa iuris ratione vt infans liber fieri possit, id est non ætatis fauore hoc receptum esse vt alia pleraq;,sed ad iuris communis causam pertinere,quoniã qui infantẽ in manu habet perinde atq; senẽ è sua manu emittere potest, similiter & furiosum æquè ac hominẽ sanę mẽtis. Deniq; quod in mentis cõpotibus personis etiam ignorantibus iuris ratio induxit,idẽ in furiosis quoq; & infantibus obtinet, qui scilicet ignorantibus cõparantur *l.filiusfamilias* 16.*in fin.D. qui testam. facer. poss.* licet nonnunquam is qui infans est adeóque pupillus, melioris condicionis sit, quàm qui prorsus abest & ignorat vt in specie *l.cùm filiusfamilias* 49.§.*in hac stipulatione* *De verb.obligat.*Et sanè cùm is qui libertatem accipit nihil noui acquirat,sed tantùm pristinã & naturalem libertatem recuperet sublato vinculo seruitutis quod ius gentiũ induxerat, quid obsecro impedit quominùs tollatur illud vinculum etiam inuito seruo, quo etiam inuito fuerat contractum? *vel ex reg.l.nihil tam naturale* 35. *De reg.iur.l.prom* 80.*D.de solut.*

l.naturalẽ 5.l. Pomponius 44. D. de acquir. possess.

l. filiusfamilias 16. in fi. D.qui test. facer.poss. l.cùm filius familias 49.§.in hac stipulatione De verb. oblig. l.2. C.qui non poss ad libert.pervenen. l.ea quidem 5. C.si mancip. ita fuer. alien.l.4.§. in illis l.servus 9. D. de manumiss. l.ille 9. §. vlt.qui & à quib. manum. l.1.C.si servus export. ven.l.1. C.si qui non poss. ad libert. peruen. l.lege Fauia 12. D. de manum. l.qui pœna 8.eod in fin. l prospexit 12. D.qui & à quib.manum. l. 3. C. de adult.

ILLATIO XXIII.

De prohibito manumitti.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit vt seruus maneat nec libertinus fieri possit, quisquis prohibitus est manumitti.Siue ea prohibitio facta sit per testamentum*l.2.C.qui non poss.ad libert.peru.*siue per contractũ aut expressis verbis, vt cùm quis ea lege venditus est ne vnquã manumittatur, *l.ea quidem* 5.C.*si mancip.ita fuer.alien.l.4.§.in illis l.4.§.in illis l.servus* 9.D.*de manumiss.l.ille* 9.§.*vlt.qui & à quib.manum.*aut æquipollentibus,vt cùm seruus venditus fuit ea lege vt exportaretur *d.§.in illis*,Scilicet si non ante fidẽ ruptã manumissus est,id est nisi priùs fuerit exportatus.Hic enim postea manumissus fit liber *l.1.C.siserv.export.ven.*Idẽ est si quis à præfecto vel à præside alióve magistratu ob delictũ aliquod prohibitus sit manumitti *d.l. servus* 9. *d.l.ille* 9.§.*vlt.*In quo numero cõputãtur etiã ij qui in perpetua vincula dãnati sunt *l.1.C.qui non poss.ad libert.peruen.*Quid enim tã contrariũ manumissioni quàm perpetua vincula? Sed etsi ad certum vsq; tempus in vincula cãnatus quis sit, idẽ est vt nimirũ intra illud tẽpus manumitti non possit,quoniã ad finẽ vsque illius tẽporis æquè perpetua sunt vincula *d.l.*1. Sic & lege Fauia de plagiarijs prohibetur intra decẽ annos manumitti seruus plagiarius pro quo dominus pœnã intulit *l.lege Fauia* 12. D.*de man.*vbi additur, in hoc decennio computando nõ mortis sed facti testamenti tempus inspiciendum esse.Idem generaliter placuit ex Hadriani constitutione in seruis ideo tantùm manumissis vt crimini subtraherentur *l.qui pœna 8.in fin. D. de manum.* Ne scilicet ad iustam libertatem peruenire vnquam possint. Nam & in seruis qui culpa vacant, perinde constitutum est vt si pro alieno delicto quæstioni subiici possint, manumitti interim nequeant, ne quæstioni subtrahantur, nempe ad certum vsque tempus puta sexaginta dierum In specie *l.prospexit* 12.*D.qui & à quib.manum.l.*3.C.*de adulter.*

ILLA-

ILLATIO XXIIII.

De adsignatione libertorum.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit vt qui seruum manumisit eique libertatem dedit vsque adeò patronus eius fiat vt etiamsi moriens plures liberos relinquat possit cui velit ex liberis suis libertũ adsignare ex Senatusconsulto de quo in *l.1.& tot.tit.*D.*de adsign.libert.*id est significare cuius ex liberis libertum eũ esse velit *l.adsignare* 107. De *verb.signif.*adeóq; nuda voluntate, id est non solũ quibuscũq; verbis, & siue viuus hoc est inter viuos, siue in vltima voluntate vt testamẽto & codicillis, sed etiam nutu, & quocunq; indicio volũtatis *d.l.1.§.adsignare*,nec minùs filio exheredato,quàm instituto *§.sed etsi exheredato ibid.* sicut & non minùs libertũ qui apud hostes sit quàm eũ qui sit in ciuitate *§.is quoque ibid.*nimirũ propter spẽ postliminij quę huic liberto perinde ac cæteris ciuibus romanis cõpetit,cùm sit ipse & liber & ciuis.Propter quã etiã causam si apud hostes moreretur, in ciuitate decessisse intelligeretur ex fictione legis Corneliæ vt heredẽ posset habere eum ex liberis patroni cui adsignatus à patrono fuisset.Illud notandũ est adsignationẽ liberti,neque quasi legatũ,neq;quasi fideicõmissum percipi,ideóq; nec fidei cõmisso posse onerari vt ait Scæuola *in l.adsignare 7.eod.tit.*Nimirũ quoniã qui adsignat libertum disponit quodammodo de homine libero qui tamen cùm in hominum commercio non sit, neque legari neque per fideicommissum relinqui potest.Ideóque nec adsignandi ius haberet patronus iure communi,si non specialiter eo senatusconsulto datum illi esset.Vnde etiam est quòd liberi patroni, quanquam & ipsi in plerisq; causis iure manumissoris censeantur, tamen paternum libertũ etiãsi eis à patre fuerit adsignatus ipsi liberis suis adsignare nõ possint *l.liberi* 8.*eod.*Nõ alia ratione quàm quia ius adsignãdi liberto ex solius senatusconsulti autoritate competit, Senatusconsultũ autem de eo solo patrono locutum est qui reuera fuerit ipse manumissor, id est à quo libertus libertatem consecutus sit, vt ex verbis senatusconsulti apparet.Inde illud quoq; quod non ei tantùm qui in potestate est, sed etiam emancipato filio libertum adsignare patronus potest, sed ita tamen si modò non pauciores quàm præterea duos habeat in potestate *l. vtrum* 9.*eod.*Vtrumque enim fit ex verbis senatusconsulti, quod in danda adsignandi licentia de eo solo locutum est, qui duos pluréſve liberos ex iustis nuptijs quæsitos in potestate haberet.Cùm verò egit de liberis quibus adsignatio fieret, generaliter ita scripsit *cuius ex liberis suis* nulla distinctione facta suúsne heres esset ille filius an emãcipatus.Itaque nouũ ius alioquin saluorabile senatusconsulti cuius verba essent generalia, generaliter quoq; intelligi debere visum est, vt etiam ad emancipatos pertineret.Quòd si quis curiosiùs inquirat, Cur senatusconsultum de eo solo patrono conceptum sit, qui duos pluréſve liberos habeat in potestate, ad exclusionem eius qui totidem emancipatos duntaxat haberet, aut vnum in potestate,alium emancipatum, cùm suprà dixerimus etiam emancipatos posse in ius patronatus succedere, adeóq; ex æquis portionibus cum suo herede licèt ex inæqualibus fuerint instituti, maximè verò si agatur de obligatione operarum quæ pendet ex iure patronatus *l. vt iurisiurandi 7.§.si liberi & §.parui D.de oper. libert.* Dicendum est senatusconsulta omnia sicuti iuris ciuilis partem constituunt, ita & emancipatos pro extraneis habere non pro filijs,ideóque vix

l.1.& tot. tit. De adsign.libert.

l.adsignare 107.de ver. signific.

d.l.1 §. adsignare & § sed etsi exheredato.

& §.is quoque.

l.adsignare 7.eod.

l.liberi 8. eod.

l. vt iurisiurandi 7.§.si liberi & §. parui De oper.libert.

operarum cœpit transfusum esse in obligationem pecuniæ,non possit liberatio induci *arg.l.si fundus* 16. *§.si pluris* D.*de pignor.l.*1.*§. item si ita D. ad leg. falcid.*quia lex vt dixi de æstimatione nihil cauit. Additur alia exceptio in *§. sed si d. l. qui libertinus*,Si creditori suo libertum patronus delegauerit (quod ad operas scilicet fabriles & artificiales,nã officiales alij quàm patrono edi non possunt ne quidẽ iubente patrono *d.l.opera* 9.*l.quoties* 24.*eod.*)Hoc enim casu factæ delegationis non potest ex lege Iulia obtingere liberatio, Ratione illa & optima & necessaria quam Paulus reddit, quòd solutionis vicẽ cõtineat hæc delegatio,ideóque per eam libertus à patrono liberetur *l.*3. C. *de nouat.*iã autẽ semel liberatus amplius liberari nõ possit.Quod cùm ita sit nõ possũ intelligere quã rationẽ habeat distinctio quæ subiicitur in hac verba *potest tamẽ dici,si in id quod patrono promisit, alij postea delegatus sit,posse eũ liberari ex hac lege:nã verum est patrono eum promisisse, quamuis patrono nunc non debeat,Quòd si ab initio delegante patrono libertus promiserit non liberari eũ.* Quæro enim,Quomodo fieri potest, vt illo etiam casu quo libertus post operarum promissionem patrono factam delegatus sit, liberetur ex lege Iulia de maritandis ordinibus propter susceptos posteà liberos, cùm iam semel per delegationem tanquam per solutionem fuerit liberatus? Quòd si per delegationem ideò liberatus est à patrono quòd ei soluisse videatur, soluisse autem non aliam ob causam intelligitur,quàm quia sic mandãte patrono & iubente,alij easdẽ operas promiserit,qua tandem ratione aut æquitate fieri potest,vt ab eo quoque cui delegatus est nullis etiã præstitis operis liberetur? An non verò lex Iulia de patrono solo locuta est,non etiã de illo cui patronus bona fide libertum delegasset?Ratio enim illa *nam verum est patrono eũ expromisisse* ridicula est,cùm nõ illud solummodò verum sit patrono libertũ operas promisisse,sed etiam, quod magis est, soluisse vi & potestate delegationis. Habet siquidem delegatio duplicem hunc effectum, vt & qui delegatur alieno creditori, proprio soluere hoc ipso videatur *d.l.*3. C. *de nouat.* & vt qui proprium debitorem delegat, proprio etiam creditori soluere intelligatur *l.quamuis* 8.*§ interdum D. ad SC. Velleian.l.qui debitorẽ* 18.*D.ad fideiuss.*Sed & secunda pars distinctionis falsa est.Fieri nãq;nõ potest vt ab initio delegante patrono libertus promittat alij operas,id est quas prius ipsi patrono nũquã promiserit.Sicut enim nullas operas libertus debet ne patrono quidem si nullę impositæ sunt *d.l.cùm patronus* 22.*§.* 1.*in fin.d.l. operis* 31.*De oper.liber.*ita nec à patrono sic imponi possunt,vt alij quàm patrono debeãtur:quia licèt fabrilũ & artificialiũ operarũ de quibus agimus ea cõdicio sit,vt à quocũq;cuicũq; solui possint *d.l.opera* 9.*eo.*nõ tamẽ similiter vt alij quàm patrono deberi possint.Aliud enim est extraneo deberi operas,aliud solui.Adeò vt neq;seruꝰ patronioperas sibi dari stipulari possit sed nominatim patrono stipulari debeat, neq; patronus facere vt quis alius siue filius ille sit siue extraneus possit adiici causa solutionis operarũ,ne alię quàm quę patrono debitę sũt operę solui videãtur *l.*seruꝰ 10.*cũ seqq.eo.*in eámq;rẽ necessariũ ideò est auxiliũ & remediũ delegationis *l.si nõ sortẽ* 26.*§.libertus. in fi.*D. *de cõdict.indeb.*Deniq;cõstat delegationẽ non aliter fieri nedum valere posse quàm si delegãtis debitor sit is qui delegatur *d.l.quãuis* 8. *§ si mulier ad Vell. l.si quis* 12.*& seq.l.delegare* 17.*& pass. D. de nouat.* Prius ergo est vt patrono libertus operas debeat quàm vt earũ nomine alij delegari possit.Et cõsequẽter fieri nequit, vt patroni creditori delegetur ab initio,id est earũ operarũ nomine

§. *sed si d. l. qui libertinus.*

L. opera 9.*l. quoties* 24. *eod.*

Opera extraneo solui possunt, liberi non possunt.

L. seruus 10. *cũ seqq. eod. tit.*

L. si non sortem 26.*§. libertus in fi. D. de cond. indeb.*

nomine, quas patrono nunquam debuerit. Itaque nec illud dici potest quod in textu sequitur *non liberari eum*. Quomodo enim liberari, aut non liberari potest is qui nec obligatus sit? Siquidem liberatio præcedētē supponit obligationem. Sic dicimus posthumum liberti non liberare heredes patris sui, quòd proficisci liberatio à liberto debeat, nec quisquā per mortem ſuā liberari intelligatur, cùm iā per mortem suam sit ipse liberatus, vt eleganter Paulus ratiocinatur in *d. l. qui libertinus §. posthumus*. Vbi quod additur *ex lege autē nati liberi prosunt* hunc sensum habet, quòd lex Iulia de solis liberis iā natis locuta est, non de posthumis: Vt nimirū inferat libertum qui patri suo iā defuncto & liberato nō possit amplius acquirere liberationem operarū, nec ipsius heredibus prodesse debere, quibus tamen vtique prodesset si lex de posthumis quoq; locuta fuisset. Qua ratione non dissimiliter defendimus legē Iuliā de solis patronis locutā iis verbis *patrono patronæ liberisve eorum* nō posse libertū liberare ab operis nō patrono ipsi debitis, sed alij cui fuerit ille delegatus. Quò etiā pertinet quod in eiusdē legis fine scriptum est, Si libertus operarū nomine expromissorem dederit, nihil hoc caput legis Iuliæ ei prodesse, quia cùm expromissor ille sit, qui solus obligatur pro alio, in quo differt à fideiussore (neq; enim per fideiussionē fit nouatio, sicut fit per expromissionē) lex autē de solo liberto liberādo egerit, nihil causę est cur expromissor liberetur, neq; principaliter, neque per consequētias, quomodo si fideiussor esset liberaretur per consequentiā liberato liberto, qui quoniā cū fideiussore obligatus manet, perinde liberatur acsi solus esset obligatus vt cadē lex ait. Non enim propositū suum lex Iulia seruaret, si non succurreret fideiussori liberti, cùm alioquin fieret vt libertus à patrono iā liberatus nullū liberationis effectū sentiret, si protinus per interpositā fideiussoris personam idipsum à quo liberatus esset patrono dare cogeretur *l. 1. §. exceptionē D. quar. rer. act. non des.* In summa, cùm fideiussoris datio non faciat quominùs libertus ipse maneat obligatus, ita nec obstat quominùs idem libertus susceptis quādoq; liberis liberari possit. Eo autē liberato, ipsam quoq; fideiussoriā obligationē quę nō nisi accessoria est, extingui & euanescere necesse est *l. si fideiussor 19. D. de dolo*. Quod nō similiter de expromissore dici potest, quippe qui licet pro alio anteà obligato, tamē solus & principaliter obligatur, cùm is qui expressionē dat hoc ipso quasi per nouationē liberetur. Dices non eo minùs fieri vt expromissor postquàm soluerit habiturus sit regressū aduersus libertum, perinde acsi libertus etiā post expromissionē in obligatione remānisset: Quid enim referre potest an pro eo expromittendo, an soluendo eū liberauerit? Ita sanè est. Sed tamē non ideirco eadē ratio constitui potest expromissoris & fideiussoris propter illā dissimilitudinis rationē quā attulimus. Nec legis Iuliæ propositū fuit libertum propter liberos à se susceptos liberare, nisi quatenus esset obligatus, quia nec aliter potuit de eo liberādo quicquā cauere. Proinde expromissore dato pro operis à liberto quātoscumque liberos posteà libertus suscipiat, neq; libertus potest liberari quia non est obligatus: lex autē non nisi de liberto obligato locuta est, neq; expromissor, quia libertus non est, lex verò de solis libertis locuta fuit. Nec quēadmodū ad fideiussorē ita & ad expromissorē, legis sentētia trahi potest, quoniā ad fideiussorem trahitur per consequentiā necessariā. Ad expromissorem verò trahenda esset principaliter cùm ex persona liberti qui ipse non liberatur, consequi li-

d. l. qui libertinus §. posthumus.

d. qui libertinus in fin.

L. 1. §. exceptionem D. quar. rer. act. non dat.

De differentia expromissoris & fideiussoris operarum.

berationem expromissor non possit. Eadem igitur ratione dicendum è contrario est, si patroni creditori libertus delegatus sit, quamuis post factã à se, quod necessariò supponendum est vt diximus, operarum promissionẽ, nullã tamen ei liberationem ex lege Iulia quæri posse, quia licèt patroni creditori sit obligatus, tamẽ à patrono iã liberatus est per delegationem acti iã ipsi soluisset, lex autem Iulia non egit de liberto liberãdo nisi à patrono, id est nõ etiã de illo liberando à patroni creditore. Sícq; eadem erit ratio expromissionis & delegationis, quemadmodũ & eadem esse debet. Per vtrãque enim æquè fit nouatio, & differentia tantùm in eo est quod per delegationem debitor id quod vni debet alij promittit, Per expromissionem verò quod vnus debet alius promittit. Delegatio mutat creditorem, Expromissio debitorẽ. Hęc cùm ita sint, non video quo colore iã negare quis possit totã illã additionẽ & distinctionẽ quę est in *d.§. sed si creditori*, quã nos falsã esse & à iuris ratione penitus abhorrere ostẽdim⁹. Triboniano potius quàm Paulo nostro tribui oportere. Nihil.n. Triboniano familiarius est, quàm vt huiusmodi distinctionib⁹ & respõsa prudẽtũ corrũpat, & suã iuris inscitiã patefaciat, quod ab eo factũ esse hoc loco si quo vnquã alio, ausim certò adfirmare. Huius porrò iuris quod lex Iulia induxit de liberto ab operarũ obligatione propter susceptos à se liberos liberãdo, duplex ratio fuisse videtur, Vna generalior vt liberi homines in quorũ numero sunt liberti aliquo proposito præmio ad iustas nuptias cõtrahẽdas iustisq; liberis replendã ciuitatẽ inuitarentur, Idcóq; nimirũ locuta est de liberis natis in liberti patris potestate. Non enim nascũtur in potestate nisi qui ex iustis nuptiis nascuntur, vt diceemus ad *tit. De patr. potest.* Altera specialior, quòd libertus ex quo tẽpore vel iã binos liberos habet in sua potestate, vel saltẽ vnũ quinquennẽ, incipiat operas suas debere alẽdis liberis nõ patrono. Cùm enim amplius nõ sit in domini manu & potestate, ad eũ nõ ad patronũ cura pertinet alẽdorũ liberorum, quos vt suscipere potuerit, data ei libertas fecit, sine qua nec matrimoniũ cõtrahere potuisset, liberos autẽ sine matrimonio sperare, multò minùs. Et hęc secunda ratio ad Principij nostri sensum accõmodatior est. Nã & inde fit, vt siue patronus, siue patroni filius & nepos aut proncpos libertæ nuptiis consenserit, operatũ exactionẽ amittat, nõ quidẽ ante nuptias præteritarum *d.l. si libertus* 30. *§. in libertam*, sed earum quæ ex nuptiarum die cedere potuissent in id vsque tempus quo liberta nupta esse desierit, Nec tantùm si consensus interuenerit, sed &si ratihabitio *l. si quis* 13. *§. vlt. cum l. seq. eo.* adeò vt in patrono quoq; impubere idem sit si accesserit voluntas tutoris *d.l. si quis §. si impubes.* Nõ alia ratione quàm quòd hæc liberta cuius matrimonio patronus consensit, in mariti non in patroni officio esse debeat, vt eleganter scribit Hermo. in *l. sicut patronus* 48. *eod.* Vnde illud etiam fit è contrario, vt quamuis vxorem habeat libertus, idcirco patronus operas exigere prohibeatur *d.l. si quis hac* 13. *§. etiamsi*, nempe quia non sicut vxor marito ita & vicissim maritus vxori officium debet, in eóque vt & in aliis plerisque iuris nostri articulis deterior est cõdicio fœminarum quàm masculorũ *l. in multis* 9. *D. de stat. hom. l. vxore* 19. *& seqq. D. de his qui not. infam.* Planè si nuptię quibus patronus consensit nullas vires habeant, operas exigere patronus nõ prohibetur *d.l. sicut. §.* 1. quoniam liberta nullum debere potest officium ei qui maritus nõ est, & consensus à patrono præstitus nuptiis libertę, tacitã semper eam cõdicionẽ habet, si nuptiæ sequentur. *arg. l. si extraneus* 6. *D. de condic. caus. dat.* Sed etsi patrona aut filia vel neptis,

De libertorũ ab operarũ obligatione ob susceptos à se liberos liberando.

L. si libertus 30. *§. in liberta D. de oper. libert. L. si quis* 11. *§. vlt. cum l. se. eod. & §. si impubes d.l. si quis L. sicus patronus* 48. *eod. d.l. si quis §. etiamsi. l. in multis* 9. *& seqq. D. de stat. homin. l. vxores* 9. *& seqq. D. de his qui not. infam. d.l. sicut §.* 1. *& in fin.*

Digitiz

neptis,vel proneptis patroni,libertæ nuptiis consenserit,placet operarum exactionem nō denegari,quia his personis nec ab ea quæ nupta est indecorè prę stātur *d.l.sicut in fin.* Quòd si plurium liberta vnius tantùm voluntate nupserit, alteri petitio operarum manet *l.si duorum* 28.*eod.* *L.si duorum 28.eod.*

ILLATIO XIX.

De *præstanda operarum æstimatione.*

DEcimononò ex eodem supradicto Principio fit, vt libertus indictas sibi operas à patrono præstare præcisè non cogatur,sed liberetur dando earū æstimationē,quomodo euenit in cęteris omnibus faciendi obligationibus *l.si quis ab alio* 13.§.*vlt.D.de re iudic.l.stipulationes non diuiduntur* 72.*vers.Celsus l.quoties quis alium* 81.*De ver.obligat.l.medicus* 26.§.1.D.*de oper.libert.* De quo videnda sunt quæ scripsimus *libr.*20.*Coniect.cap.*19. ne hîc eadem repetamus.

ILLATIO XX.

Libertinum hominem eius libertum esse à quo manumissus est.

VIcesimò ex eodē Principio fit,vt qui libertinus est dicatur regulariter libertus eius à quo manumissus est.Nā si libertinus ille est qui ex iusta seruitute manumissus fuit,planè cōsequens est vt patronus ille sit qui ex iusta seruitute manumisit *l.adoptiuum* 8.§.*patronum D. de in ius vocand.* Hinc nullius libertus dicitur qui ex defuncti domini testamēto libertatē cōsecutus est,non quòd nullū manumissorē habeat,aut incertū,sed è contrariò quia certum est eum fuisse manumissorē qui iā nullus est,quia defunctus est.Vnde & orcinus libertus *l.3.§.planè D.de legit.tutor.*iūct.*l.4.D.de liber.l.si is cui* 49.*De fideic.libert.* An hoc verò ob id solū quod defūctus sit is qui manumisit? Minimè.Nā si ita esset orcinus quoq;& nullius libertus dici deberet qui vindicta manumissus esset defuncto tādē manumissore quod falsum est.Sed quia cùm directa libertas testamento datur,& ex eo testamēto cōpetit, manumissor ille est qui ipso tēpore manumissionis,& cōpetētis libertatis iā nullus id est mortuus est. Nō enim manumissio fit eo instāti quo libertas legatur,id est viuo adhuc testatore,sed eo demū quo libertas ex legato cōpetit,hoc est quo suprema volūtas per legē confirmatur,quod non fit nisi mortuo iā testatore.Nam, vt & Diuus Paulus ait mortuū esse testatorē,necesse est ad hoc vt testamentū cōfirmetur.Imò & aditam hereditatem vt legatum libertatis vtiliter cedat *l.nam cum* 8.*D. quand.dies leg.ced.l.vnic.§.libertatibus* C.*de cad.toll.* Idcóque & qui orcinus libertus est,familiæ libertus dicitur *l.si socius* 48. D. *de manum.testam.* non quasi à familia manumissus quæ nec manumittere vllo casu posset,sed quia familiā sequitur,& eius libertus est cuius est familia, consequenter heredis defuncti,ad quē & familia pertinet.Dices, Quid igitur interest an à viuo an à defuncto manumissus sit? Interesse namque constat ex eo quod Vlp. scribit in *l.* 2.*De statulib.*statuliberū qui pendente condicione manumissus sit ab herede, non amittere spem orcini liberti.Quod vtique ridiculè diceretur si nihil eius referret an orcinus an heredis libertus esset.Aut cur nullius libertus esse dicitur,qui libertus est heredis?Respondeo multum interesse,quia non potest hic tanquā ingratus accusari ab herede,qui ipse patronus nō est, quique beneficiū- *L.adoptiuum 8.§.patronū D. de in ius vocand.* *L.3.§.planè D. de legit. tutor.l.4.De deben.liber. l.si is cui 49. D.de fideic. libert.* *L. si socius 48.D.de manum. testam.* *L.2.de statulib.*

L. 1. C. de libert. & eor. liber.

nō dedit,cùm nec ea accuſatio permittatur illi qui ex alieno teſtaméto fideicōmiſſariā præſtitit libertatē *l.1.C.de liber.& eor.liber.*quē tamen nemo dixerit ſi non plus,certè minus iuris habere debere, quàm ſi neque ſponte neque coactus manumiſiſſet.Item quia bonis heredis vēditis,adeóque bonis defuncti,neque heres ipſe neque bonorum emptor ius vllum patronatus in hunc libertum habet,quod diuerſum eſſet ſi aut à defuncto ipſo aut ab herede vindicta manumiſſus fuiſſet *arg.l.ſi bona* 40.D.*de oper.libert.*Hinc etiam eſt quod is quoque qui fideicommiſſariam libertatem pręſtitit,quia reuera manumiſit, patronus eſt licèt coactus manumiſerit, quia quod coactus manumittit non facit quin verum ſit eum ſolum dare libertatem,quæ ex ſola manumiſſione competit,non etiam ex iuſſu manumittendi, Sed facit tamen vt in quibuſdā pro patrono non habeatur,vt explicauimus *illat.*8. *ſup ex §. pen.Inſt.de ſingul.reb.per fideic.relict.l.is quoque* 9.*D.de in ius vocand.l.3.in princ.& §.1.De ſuis & legit.l.ſi quis hac* 13.*D.de oper.lib.L.qui ex cauſa* 29.*D.de bon.libert.l.1. C. de libert.& eor.liber.*Vſque adeò autem manumiſſio & libertum & patronū facit,vt interdum etiā is qui non manumiſit ſi tamen libertatis cauſam præbuit,pro patrono habeatur,Vt puta ſi quis ſeruum ea lege emerit vt intra certum tempus manumitteret,nec tamen manumiſerit intra id tempus,quo caſu ſeruus habetur pro manumiſſo & liber fit ipſo iure *l.ſed ſi hac* 10.*in princ.* D. *de in ius vocand.*quamuis non poſſit libertum tanquā ingratum accuſare *L.ſi quis hac* 30.*qui & à quib.manum.*Sic è contrario,ſi quis ancillā ea lege vendiderit ne proſtitueretur,& ipſa proſtituta ſit ab emptore , placet ita eſſe eam liberā ipſo iure,vt tamen venditor ſit patronus *d.l.ſed ſi hac §.1.* Rationem diuerſitatis reddit Donellus *lib.21.Comment.cap.19.* quòd ſuperiore caſu tributum erat emptori à venditore vt ſeruum manumitteret,Poſteriore verò venditor ancillā ad libertatē rectà vocat ſine vllo facto intermedio emptoris.Sed parum ſubtiliter,ni fallor.Neque enim verum eſt, poſteriore iſto caſu vocari ancillam rectà in libertatem à venditore ſine emptoris facto,ſiquidem ſit libera ipſo iure,ac proinde ſola legis poteſtate non ex ſola venditoris voluntate,quippe quæ non potuit nuda eum habere effectū vt ancillā ſine manumiſſione perduceret ad libertatē.Ac prætereà fatendum eſt hoc caſu intercedere factum emptoris cùm non aliā ob cauſam fiat ancilla hæc ipſo iure libera , quàm quia contra legem venditionis proſtituta ſit ab emptore. Illa igitur differentiæ ratio & breuior & planior reddenda eſt , quòd priore caſu lex ſupplet factum emptoris qui ſecundùm voluntatem venditoris manumittere & potuit,& debuit, Poſteriore verò non ſupplet lex , ſed punit factum emptoris ob id quod fecerit contra licitā & honeſtam legem venditioni dictā à venditore.Porrò abſurdum eſſet ex eodem facto & pœnā ſubire emptorem & lucrum ſibi acquirere , quod contingeret ſi amittendo ancillam acquireret ſibi libertam. Hinc illud etiam eſt, quod ſi iurauero me patronum eſſe non ſum abſolutè patronus ,id eſt etiā quantum ad ſucceſſionem,quia iuſiurandū non facit patronum,ſed manumiſſio *l.ſi iurauero* 24.D. *de iur.patr.* quamuis mihi honor debeatur ne in ius vocati poſſim niſi venia priùs impetrata propter vim iuriſiurandi, quod alioqui nullum ius tribueret *d.l.adoptiuum* 8.*§.patronum.*Aliud eſt ſi pronunciatum ſit me patronum eſſe, Tunc enim ſententiæ ſtabitur *d.l.ſi iurauero.* quia res iudicata pro veritate habetur *L.res iudicata* 208.*De reg.iur.l.ingenuum* 25. D.*de ſtat.homin.* & conſequenter

L. ſi bona 40.D.de oper. libert.

§. pen. Inſt. de ſing. reb. per fideic. relict.l.is quoque 9.D. de in ius vocand. l.3.in princip. & §. 1.De ſuis & legit.l. ſi quis hac 13. D. de oper. libert. l. qui ex cauſa 29. D.de bon. libert.l.1.C.de libert. & eor. liber.

L. ſed ſi hac 10. in princ. D. de in ius vocand.

L ſi quis hac 30.D.qui & à quib.manum. d.l.ſed ſi hac §.1.

L.ſi iurauero 24.D.de iur. patron. L. adeptiuū 8.§.patronū de in ius vocand.

quelìter pro manumiſſione habetur ſententia per quam pronunciatum eſt me patronum eſſe acſi pronunciatum eſt me eſſe manumiſſorem cùm patronus ille maximè ac verè ſit, qui manumiſit. Diſſimilis eſt is qui colluſionem detexit liberti cum patrono colludentis & pro ingenuo ſe gerentis. De quo *in l. vlt. D. de colluſ. deteg. & in d. §. patronum.* Hic enim etſi ſit patronus in vicem & locum veri patroni ſicut & fieret dominus ſi colluſionem ſerui detexiſſet. *d. l. 1. & tot. ill. tit. De colluſ. deteg.* non tamen ideo ius illud nanciſci ur quòd pro manumiſſore habeatur, ſed conſtituto iure, quia ſic placuit Senatui ob publicã vtilitatẽ, ex ratione illa quã ponit Caius *in d. l. 1. eod.* Cùm enim ſenatuſconſultum vim legis habeat, vt ſuo loco diximus, lex autem tanquam quæ & hominum & rerum omnium regina ſit *l. 1. & 2. D. de legib.* de ſingulorum iure, ſtatu, & dominio diſponat prout reipublicæ vtilius eſſe videt, nemo dubitat, quin & ex ſenatuſconſulto & ex alia lege qualibet poſſit ius patronatus interueniente iuſta cauſa transferri à manumiſſore in non manumiſſorem nulla etiam inducta fictione interpoſitæ tacitè manumiſſionis, quia nec manumiſſio ipſa conferre poſſet libertatem niſi concurreret poteſtas legis. Lex autem quæ manumiſſioni eam vim tribuit dummodò ſollenniter ac ritè facta ſit, non ſe ipſam obligat & adſtringit, quominùs aliis quoque modis, id eſt etiam citra manumiſſionem & libertũ facere poſſit, & libertũ, & patronũ, Vnde & iis caſibus, quib. placuit ſeruos pro præmiõ accipere libertatẽ, videas requiri neceſſariò ſententiã *l. 1. ill. tit. C. pro quib. cauſ. ſerui pro præm.* nec tamẽ manumititi ſeruum ab eo qui dominus non ſit, vt puta ab ipſo prætore vel à præſide ſi ſeruus domini necem detexerit & vindicauerit, ſed tantùm pronunciari & ſtatui à magiſtratu vt hic liber ſit, quomodo vtiq; accipiẽda eſt *d. l. 1.* poſtremis illis verbis, *Non ex ipſo facto, ſed adutione & ſententia præſidis reportabis*, vt cõſtet ex *l. ſi necẽ 4. in princ. De bõ. liber.* vbi ſcribit Paulus hũc de quo prætor ſic ſtatuit & pronũciauit vt liber ſit, nõ tamẽ à prætore libertatẽ conſecutũ videri ſed potiùs ex ſenatuſcõſulto ſcilicet de quo in *d. l. 1.* Idémq; iuris eſſe puto in cæteris caſibus de quibus *in l. 2. 3. & 4. eod. tit.* C. id eſt ſi ſeruus reum falſæ monetæ aut raptus aut deſertæ militiæ detulit. Nã & hic ſeruus libertate donatur ex Imperatorũ conſtitutionibus, ſed adito priùs, & ita ſtatuente præſide vel prætore, vt liber ſit, non autem vt ipſo iure, ac citra vllum magiſtratus factum liber fiat. Et conſequenter quid de illo qui necem domini detexit ſcriptum eſt in *d. l. ſi necem*, nullius libertum eum eſſe, idem & aliis caſibus obtinere puto. Quid enim refert an ex ſenatuſconſulto, an ex Principis conſtitutione ſeruus libertate donetur? Aut vt magiſtratus in ſtatuenda & adiudicanda huic libertate ſenatus aũ principis mentem ac ſententiam ſubſequatur? In eóque diſſentio etiam à Donello qui *lib. 2. Comment. ca. 12.* ſcribit tribus his caſibus fiſcum eſſe manumiſſorẽ & patronũ duplici ratione, Propterea quòd, inquit, cauſa publica ſit, & ad fiſci vtilitatem propter bonorum publicationẽ pertineat, Irẽ quia fiſcus pretium ſoluat domino, tanquam cui per fiſcalem manumiſſionẽ ſeruus eripiatur, quæ vtraque ratio parùm apta eſt. Etſi enim bona eius qui de falſa moneta vel de raptu vel de militia deſerta delatus eſt publicanda ſunt ex legibus, ac proinde ad fiſci vtilitatẽ, quid tamen iuris fiſco tribuere illud poteſt vt alieni ſerui manumittendi ius nanciſcatur? An non multò potentius eſt ius legis quàm fiſci ad hoc vt ſiue ignorãti ſiue inuito domino ſeruus qui libertatẽ meruerit, eripiatur? Denique quo iure obſecro aut colore fieri poteſt vt fiſcus

L. vlt. D de colluſ. deteg.

L. 1. eod.

L. 1. C. pro quib. cauſ. ſerui pro præm.

L. ſi necem 4. in princip. De bon. liberr.

l. 2. 3. & 4. C. pro quib. cauſ. ſerui

traditionibus 44. *D. de pact.* Dices, Cur ergo fuit necessaria autoritas cõstitutionum vt seruus hic ex solo lapsu temporis fieret liber ipso iure & citra manumissionem? Respondeo, quia supradicta ratio concludit duntaxat emptorem qui non nisi hac lege dominus factus fuerit, si cõtra legẽ venditionis fecerit libertatem, quam non dederit debere non posse, tãquã qui ne plenè & absolutè dominus intelligatur. Ex hoc autẽ euenire potiùs necesse esset, vt seruus hic maneret, quippe qui nec reuera esset manumissus, nec à venditore ipso manumittti amplius posset: ad quem scilicet dominiũ per traditionem translatum, sine noua traditione regredi non potest, quoties pactum nullum tale adpositum est quod ipso iure venditionem resoluat. Itaque vt liber hic fieret citra manumissionem necessarium fuit auxilium constitutionis, vel eo magis quod neque ipsius venditoris voluntas illa vnquam fuit, vt is sine manumissione liber esset, cùm emptori impositam voluerit necessitatem manumittendi. Constitutio autem factum emptoris supplet ac repræsentat vt *is* ipse intra præstitutum tempus manumisisse intelligatur, vt nihil sit quod faciat ne videatur hic seruus fuisse in pleno dominio emptoris quominus libertat, em consequi possit. At in herede qui fideicommissariam libertatem debet, nihil tale tractari potest nec in alio quolibet cui seruus legatus sit ea lege vt eum manumittat, Nisi additum sit si non manumiserit liber esto quo casu placet seruum statìm liberum fieri *l. si ita scriptum* 37. *D. de man. testam.*

l. si ita scriptum 37. D. de manum. testam.

ILLATIO XXI.

Factus liber inuito domino, non fit eius libertus.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit vt quoties inuito domino præsertim verò si ob culpã domini seruus sine manumissione & ipso iure perueniat ad libertatem, ita vt nec domini factum legis potestate suppleatur & repræsentetur, non fiat patronus qui priùs dominus fuit, vt puta si seruus propriis nummis emptus vt ab emptore manumitteretur non fuerit manumissus, de quo *Vlp. in l. 4. D de manum.* Siue enim emptor coactus eum manumiserit, siue eo latitante seruus ex sententia prætoris peruenerit ad libertatem exemplo fideicõmissariæ libertatis, vt ait *l. qui se dicit* 67. *l. vix certis* 53. *D. de indic.* non habebitur pro patrono *d. l. sed si hac* 10. *D. de in ius voc.* Erit quidem patronus si eum manumiserit, licèt coactus, quia fieri nequit vt patronus non sit qui manumissor est, sed tamen pro patrono nõ erit habendus. At si eo latitante seruus sine manumissione peruenerit ad libertatem, neque patronus neque patroni loco habendus erit ille, qui dominus fuit. Eadémq; causa est eius, pro quo manumittẽdo alius pecuniã dederit, quia parũ interest an à seruo ipse an ab alio pecuniã acceperit dominus ad manumittendũ *l. si quis ab alio* 19. *D. de manumiss.* Itẽ si is q ancillã vẽdiderat ea lege ne prostitueretur eã ad se receptã ipse prostituerit, placet nõ esse illũ patronũ *d. l. si hac* §. 1. quia neque manumisit neque pro manumissore habendus est cùm in pœnam prostitutionis ab eo ipso factæ ancilla libertatem consequatur. Non enim debuit inhonestè committere in legem quam emptori honestè dixerat.

l. 4. D. de manumiss. l. qui se dicit 67. l. vix certis 53. D. de indic. l. sed si hac 10. D. de in ius voc.

l. si quis ab alio 19. D. de manum. d. l. sed si hac §. 1.

ILLATIO XXII.

De libertate ignoranti adeóque inuito danda.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, vt & inuitò & multò magis ignorãti libertas dari possit *l. vlt §. sin verò C. de testam. manum.* & consequenter etiã infanti & furioso *l. penult. & vlt. D. de manum.* Nam cùm libertatẽ dare nihil aliud sit quàm è manu sua emittere, apparet nullũ in eo re-

l. vlt. §. si verò C. de testam. manum. l. pen. & vlt. D. de manumiss.

ILLATIO XXIIII.

De adsignatione libertorum.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit vt qui seruum manumisit eique libertatem dedit vsque adeò patronus eius fiat vt etiamsi moriens plures liberos relinquat possit cui velit ex liberis suis libertũ adsignare ex Senatusconsulto de quo in *l.1.& tot.tit.* D. *de adsign. libert.* id est significare cuius ex liberis libertum eũ esse velit *l. adsignare* 107. De *verb. signif.* adeóq; nuda voluntate, id est non solũ quibuscũq; verbis, & siue viuus hoc est inter viuos, siue in vltima voluntate vt testamẽto & codicillis, sed etiam nutu, & quocunq; indicio volũtatis *d.l.1.§. adsignare*, nec minùs filio exheredato, quàm instituto *§. sed etsi exheredato ibid.* sicut & non minùs libertũ qui apud hostes sit quàm eũ qui sit in ciuitate *§. is quoque ibid.* nimirũ propter spẽ postliminij quę huic liberto perinde ac cæteris ciuibus romanis cõpetit, cùm sit ipse & liber & ciuis. Propter quã etiã causam si apud hostes moreretur, in ciuitate decessisse intelligeretur ex fictione legis Corneliæ vt heredẽ posset habere eum ex liberis patroni cui adsignatus à patrono fuisset. Illud notandũ est adsignationẽ liberti, neque quasi legatũ, neq; quasi fideicõmissum percipi, ideóq; nec fidei cõmisso posse onerari vt ait Scæuola *in l. adsignare 7. eod. tit.* Nimirũ quoniã qui adsignat libertum disponit quodammodo de homine libero qui tamen cùm in hominum commercio non sit, neque legari neque per fideicommissum relinqui potest. Ideóque nec adsignandi ius haberet patronus iure communi, si non specialiter eo senatusconsulto datum illi esset. Vnde etiam est quòd liberi patroni, quanquam & ipsi in plerisq; causis iure manumissoris censeantur, tamen paternum libertũ etiãsi eis à patre fuerit adsignatus ipsi liberis suis adsignare nõ possint *l. liberi 8. eod.* Nõ alia ratione quàm quia ius adsignãdi liberto ex solius senatusconsulti autoritate competit, Senatusconsultũ autem de eo solo patrono locutum est qui reuera fuerit ipse manumissor, id est à quo libertus libertatem consecutus sit, vt ex verbis senatusconsulti apparet. Inde illud quoq; quod non ei tantùm qui in potestate est, sed etiam emancipato filio libertum adsignare patronus potest, sed ita tamen si modò non pauciores quàm præterea duos habeat in potestate *l. vtrum 9. eod.* Vtrumque enim fit ex verbis senatusconsulti, quod in danda adsignandi licentia de eo solo locutum est, qui duos pluréſve liberos ex iustis nuptijs quæsitos in potestate haberet. Cùm verò egit de liberis quibus adsignatio fieret, generaliter ita scripsit *cuius ex liberis suis* nulla distinctione facta suúsne heres esset ille filius an emãcipatus. Itaque nouũ ius alioquin saluorabile senatusconsulti cuius verba essent generalia, generaliter quoq; intelligi debere visum est, vt etiam ad emancipatos pertineret. Quòd si quis curiosiùs inquirat, Cur senatusconsultum de eo solo patrono conceptum sit, qui duos pluréſve liberos habeat in potestate, ad exclusionem eius qui totidem emancipatos duntaxat haberet, aut vnum in potestate, alium emancipatum, cùm suprà dixerimus etiam emancipatos posse in ius patronatus succedere, adeóq; ex æquis portionibus cum suo herede licèt ex inæqualibus fuerint instituti, maximè verò si agatur de obligatione operarum quæ pendet ex iure patronatus *l. vt iurisiurandi 7. §. si liberi & §. parui D. de oper. libert.* Dicendum est senatusconsulta omnia sicuti iuris ciuilis partem constituunt, ita & emancipatos pro extraneis habere non pro filijs, ideóque vix

l.1.& tot. tit. De adsign. libert. l. adsignare 107. de ver. signific. d.l.1 §. adsignare & § sed etsi exheredato. & §. is quoque.

l. adsignare 7. eod.

l. liberi 8. eod.

l. vt iurisiurandi 7. §. si liberi & §. parui De oper. libert.

vnquam mentionem vllam facere emancipatorum, sed eorum tantùm qui sint in potestate, vel ob id etiam vt inuitarentur ciues romani ad iustas nuptias contrahendas sine quibus nec iustos liberos nec patriam potestatem sperare possent. Aliam autem esse rationem edicti prætorij ex quo proficiscitur non tantùm actio quæ operarum nomine in libertum datur *l.2. eod.l.4. D si à parent. quis manum.* sed & quicquid præterea est quæ ad ius patronatus spectat *l.1. De bon. libert.* Prætor enim liberos emancipatos perinde habet pro liberis atque si in potestate retenti essent: nec in eo ius nuptiarũ lędit, cùm ex iustis nuptiis susceptos & in patris potestate natos fuisse necesse sit omnes quotquot emancipantur. Quare nec improbabiliter quis meo iudicio dixerit adsignationem illam liberti, quæ facta sit in fauorem filij emancipati non tam iure ciuili & ex senatusconsulto ipso defendi posse quàm tuitione prætoris, hac parte vt & aliàs plerunque subsequentis nõ minùs patris quàm senatus voluntatẽ *arg. l. pater* 10. *in fin. D. de cap & postlim.* cùm sufficiat prætorem nihil facere contra senatusconsultũ licet neque faciat ex præscripto senatusconsulti *l. necnon* 28. § *. quod eius* D. *ex quib. caus. maior.* Hinc illa etiam dubitandi ratio in *l. vlt. §. primo. eod. tit. de adsig. libert.* An in posthumis quoque locum habere possit senatusconsultum, videlicet quia de liberis qui sunt in potestate senatus locutus est. Ergo de posthumis nihil eo senatusconsulto prouisum est vt lex ait, quia posthumi non sunt nec fingi possunt esse in potestate patris *l. vlt. D. de collat. bonor.* quia nec quod ad hoc habentur pro natis quandiu in vtero sunt, vt diximus ad Princip. 3. *vers. Errant etiam sup. De ingen.* Magis tamen putat Pomponius etiam posthumos contineri, scilicet ex sententia potiùs quàm ex verbis senatusconsulti. Hinc rursum dubitandi causa, Vtrum possit quis testamento adsignare vt libertum eum quem eodẽ testamento manumiserit. Etsi enim certum est etiam testamento fieri posse manumissionem, *tot. tit. de manum. test.* illud tamen etiam constat non prius valere manumissionẽ quàm per legem duodecim tabularum confirmata sit, ac proinde confirmato iam testamento quod non fit, nisi defuncto testatore, vt sæpius diximus ex Vlp. in *Tit. tit.* 1. Præposterum ergo videtur, vt eum qui nõdũ liber est eo tẽpore quo paterfamilias testatur adsignare vt libertũ possit. Contrà tamen responsum est in *d. l. vlt. in prin.* valere huiusmodi adsignationem, quia neque ex die testamenti vires habere incipit, sed ex eo tantùm tempore quo testamentum totum per legem confirmatur. Atque ita eodem instãti confirmatio fit, & manumissionis & adsignationis. Nec alterutrum tẽpore præcedere necesse est cũ vtrũque fiat ex legis potestate quæ semper in instanti operatur, licet ordine intellectus necessariò priùs libertũ quẽ esse oporteat quàm vt quasi libertus adsignari possit. Simile quiddã est in *l. si quis ita 42. de manu. test.* Denique inde illud etiã est quod quãuis ex die certa adsignari quis possit, tamẽ vsq; in diẽ certũ vix potest, vt Pomp. loquitur in *d. l. vlt. §. vlt.* vbi rationem reddit quoniam ipse Senatus huic negotio finem propo suit (sic enim lego non *prapo suit*) Sensus est, ex ipsius senatusconsulti verbis declaratum satis esse quando finiri adsignationẽ Senatus voluerit, Nempe si ei, eiue ex liberis cui libertus aut quibus liberti adsignati essent, nulli superessent liberi postquàm ille aut illi in ciuitate esse desiissent, per mortem scilicet aut per deportationem vel etiam damnationem in metallum. Nam ex quacũque causa etiam perduellionis damnato patre iura libertorũ paternorũ liberis salua sunt *l. 4. D. de iur patron.* tãquã quæ ad ipsas personas libero-

L. vlt. §. de adsig. libert.

L. vlt. D. de collat. bonor.

L. si quis ita 42. D. de manum. testam.

d. l. vlt. §. vlt. De adsign. libert.

rũ ſpectent magis quàm ad causã bonorũ patroni,cùm nihil cõmune habeat ius patronatus cum bonis *l.ſi bona* 40. *D. de oper. libert.* neque cum hereditate aut bonorum poſſeſſione *l.4.eod.* adeò vt non poſſit videri quis locupletior factus ob id ſolùm quòd libertum adquiſierit. *l. neme prædo eſt* 126. §.1. *De reg. iur.* Si tamen is ex liberis cui libertus adſignatus fuit ab hoſtibus captus ſit,non videbitur in ciuitate eſſe deſiiſſe,quia in ciuitatem reuerti poteſt. *d.l. vlt. §. pen. de adſig. libert.*

l.ſi bona 40. D de oper. liber. l 4 eo. l. neme prædo eſt 126. §. 1. de reg. iur. d. l. vlt. §. pen. de adſi. libert.

ILLATIO XV.

De reuocandis iis quæ in fraudem patroni alienata ſunt.

VIceſimoquintò & vltimò ex eodem ſupradicto Principio fit vt propoſitum ſit à prætore edictum De reuocandis iis quæ in fraudem patroni à liberto alienata probari poſſint. Nam cùm ad remunerandum tam grande beneficium quod in libertos confertur cùm ex ſeruitute ad ciuitatem romanam perducuntur,nihil non viderentur liberti debere patronis, ciúſque honoris moderandi gratia, & ad temperandam exactionem etiam duriſſimarũ rerum quam patroni facere ſolebant propoſita ſit à prætore illa pars edicti quæ eſt De bonis libertorum,vt Vlp.ſcribit *in l.1.ill.tit.* ſicuti libertis conſultum eſt,ne quid ab iis præter operas exigi poſſit, & ſi quid aliud eſt quod libertatis cauſa ſic impoſitũ ſit,vt tamen non oneret libertatem,nec niſi certæ partis bonorũ poſſeſſio poſt liberti mortem patrono detur, Ita & patronis viciſſim proſpici æquum fuit,ne quid in eius portionis fraudẽ à libertis fieri poſſet,aut vt ſi quid factũ eſſet reuocaretur. Quam in rem duplex actio propoſita eſt Fauiana & Caluiſiana, de quibus in toto illo tit. *Si quid in fraud. patron.* Sed de vtraque accommodatior erit dicendi locus,ad *tit. de ſucceſſ. libert.* vbi cætera etiam omnia tractabimus quæ ad bona & ſucceſſionem libertorum pertinent. Hoc verò attigiſſe ſufficiat vt intelligatur ad hoc Principium, referri debere quicquid à prætoribus conſtitutum eſt in fauorem patronorum,ſiue in perſonas,ſiue in bona libertorum.

l.1. de bon. libert.

Fauiana & Caluiſiana

PRINCIPIVM III.

De plena libertate quam cum ciuitate habent hodie libertini.

HOdie quiſquis libertinus eſt non modò liber,ſed etiam ciuis romanus eſt,nimirũ ex Iuſtiniani conſtitutionib. quæ extãt ſub *tit. De ded. libert. tollend.* at nõ etiam ex iuris,ſiue gentiũ,ſiue ciuilis ratione, id eſt ex ſola manumiſſionis poteſtate,cùm manumiſſio id tantùm reddere poſſit quod ſeruitus abſtulerat,ſeruitutẽ autẽ nemo dixerit abſtuliſſe aliud quàm naturalẽ illã libertatẽ,quæ ſicut omnibus hominibus cõmunis eſt, ita cũ ciuitate romana nihil cõmune habet. Nõ enim quiſquis liber eſt, idẽ & ciuis romanus eſt. Ne quidẽ poſt conſtitutionẽ Imp. Antonini, de qua in *l. in orbe romano* 17. *D. de ſtat. homin.* per quã factũ eſt vt quotquot in orbe romano ſunt ciues romani effecti intelligãtur. Non enim ad libertos pertinuit ea cõſtitutio,non magis quàm ad ſeruos,ſed ad ingenuos duntaxat: Et vt elegãter nõ minùs quàm verè Donellus ſcribit *lib.2. Comment. c.*16. beneficium Antonini ad eos ſolùm pertinuit,qui nõ propria cõdicione perſonæ,ſed cõdicione natalis loci & patriæ impediebãtur,quominus eſſent ciues romani. Etſi non facilè probo diſtinctionẽ illã Donelli vt aliud ſit dicere *in orbe romano*, aliud *in imperio romano*. Itaq; ad Iuſtiniani vſq; tẽpora mãſit libertinorũ ſtatus tripertitus, vt ſupra dictis conſtitutionib. teſtatur Iuſt. *& in §. libertinorũ hoc ti.* Primus erat eorum

l. in orbe romano 17. D. de ſta. hom.

qui maiorem & iustam libertatem,id est cum libertate ciuitatem romanam consequebantur.Neque enim vnquã indignum visum est eum qui seruus fuisset fieri ciuem romanum,nisi seruo hostium libertas per fideicommissum data proponeretur *l. generaliter* 24. §. 2. *D.de fideic. libert.* vbi tamen additur nihil prohibere quominus etiam hostium seruo fideicommissaria libertas relinquatur in eum saltem casum quo cœperit seruus esse romanorum. Secundus illorum qui inferiorem & minimam libertatem, id est dedititiam cuius condicio pessima omnium fuit. Tertius & medius eorum qui mediam, id est minorem libertatem obtinebant, qui & Latini & Iuniani ex lege Iunia Norbana dicebantur. Quorum omnium quænam & quàm dispar, & in quo dispar condicio fuerit addiscendum est ex Iustiniano *in d. l. vnic. C. de latin. liber. toll. & ex Vlpiani & Caij Instit. tit.* 1. *Paul. lib.* 4. *Sent. tit.* 12. Est enim ea tractatio parum conueniens instituto nostro cùm non ex Principiis iuris de quibus tantùm agimus differentiæ illæ libertinorum inductæ essent, sed ex iure ita constituto pro arbitrio legislatoris.Illud certè ad iuris veteris cognitionem omnino pertinet,iustam illam libertatem quæ adnexum habebat ius ciuitatis romanæ,indéque & iusta dicebatur, non nisi altero ex tribus modis liberto per manumissionem acquiri potuisse: videlicet si quis manumissus esset aut vindicta, aut testamento, aut censu. Quem postremum modum (nam de prioribus iam satis multa diximus)sic interpretatur Vlp. *in fragm. tit.* 1.vt percensum manumitti olim dicerentur qui romæ iussu dominorum lustrali censu inter ciues romanos censum profitebãtur: de quo etiam Cicero in Topicis. In huius modi veteris manumittendi locum qui cum antiquo illo census more in vsu esse desiit,substitui possunt alij ex Iustiniani constitutione *in d.l vnic. C. de latin. libert. toll.* si quis ancillã suam homini libero in matrimonium collocauerit, & pro ea dotem dederit, si dominus apud acta seruum suum filium nominauerit. Si instrumenta quibus ille seruus nominabatur ipsi seruo dederit corrumpenda,vel ipse corruperit.Adde *§. vlt. inf. De adopt.* Item si seruus sciente & non contradicente domino in clerum allectus sit: Nam & hunc sola ipsa allectione non tantùm liberum, sed etiam quod magis est ingenuum fieri voluit Iustin. *Nouell.* 123. *de sanctiss. episc. §. si seruus.* Sic & locum alterius veteris modi manumittendi vindicta,qui sollennitates multas exigebat,placuit Iustiniano sufficere vt dominus seruum in actis publicis filium suum nominauerit *d.l.vnic.delatin.lib.toll.* Aut vt manumittatur in cœtu ecclesiæ id est sub aspectu plebis & sacerdotum,Domino ipso aut alio,qui publicè verba ibi faciat idipsum publicè significante, id est seruum illum à domino suo manumitti *L.1. & 2. C. de his qui in eccles. manum. §. multis hoc tit.* Itaque hodie non requiruntur acta illo casu vt in præcedente,sed sufficit qualiscunque scriptura dummodo ab ipsis dominis vice testium subsignata.Inter amicos autẽ & priuatim iam olim manumittere licuit,& hodie licet,nec tãtùm inter amicos sed etiã per epistolã,sed ita tamẽ vt quinque testes adhiberi oporteat exemplo codicillorum *d.l.vnic. & d. § multis* iunct. *l vlt. §. vlt. C. de iur. codicill.* præterquam si à clerico libertas data proponatur, quo casu placuit Constantino vt valeat libertas etiam sine teste aut interprete,dummodo de voluntate constet *l. vlt. C. de his qui in eccles. manum.* Rata etiam manumissio est hodie quæ fit per adoptionem *D. §. vlt. inf. de adopt.* id est cùm tanquam filius adoptatur

l. generaliter 24. §. 2. De fideic. libert.

l. vnic. C. de latin libert. toll. l. vnic. C. de dedit. libert. tollend.

Tres modi antiqui conferendæ plenissimæ libertatis.

Noui modi à Iustiniano introducti.

§. vlt. Infr. de adopt.

l. & 2. C. de his qui in eccles. manumitt.

l. vnic C. de latin. libert. tollend. Et § multis hoc tit: l. vlt. C. de his qui in eccles. man.

adoptatur. Quid ni enim sufficit adoptio cùm satis sit vt seruus in actis quēadmodum diximus filius nominetur? Sanè sicut olim non sufficiebat nuda voluntas domini ad dandam seruo libertatem, ita nec hodie, quia quo precioſior libertas est eo magis necessarium est vt seriò & diligenter agat quisquis tanti momenti rem vult dare. In ijs solis manumissionibus quæ testamento fiunt, nihil ex iure vetere immutatum fuit. Excepto casu *l. vlt. C. ill. tit. de test. manum.* Illud obseruatione dignum est quod *Cuiac. tract. hb. 4. obser. cap. 5.* hodie sublatam esse libertinorum condicionem postquam placuit Iustin. *Nouell. 78.* manumissos in seruos fieri non libertinos, nimirum si manumissor ius patronatus remiserit. Sed tamen Nouellę verba ostendunt non minus manere omni casu & libertum & libertinum, eum qui manumissus fuit.

l. vlt. C. de test. man.

Nouell. 78.

PRINCIPIVM IIII.

De ijs quæ sunt iurisdictionis voluntariæ de plano expediendis.

QVę sunt iurisdictionis voluntariæ non contentioſæ de plano expediri possunt, id est quocunque loco etiam transeunte magistratu, quia neque per libellum, neque cum causæ cognitione, sed ad nutum & arbitrium petentis expediuntur. Multóque magis potest in eam rem libellus sufficere si offeratur. *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum & §. de plano D. de offic. proconſ. l. omnia quæcunque 71. de regul. iur.* Est enim iurisdictio duplex, vna voluntaria, altera contentioſa *l. 2. de offic. proconſ.* Voluntaria dicitur non ex parte magistratus qui officium suum petenti impertiri semper debet ac necesse habet, sed ex parte illius qui adit magistratum quoties id petit quòd ei omnimodo concedendū sit, quia nullius alterius contradictione impediri possit. Contentioſa autem è contrario vt & verbum ipsum sonat de iis rebus est de quibus inter duos plurésve contenditur, ac proinde quæ non in volentem sed in inuitum contendentem & reluctantem exercetur. Sicut autem voluntaria & contentioſa iurisdictio inter se opponuntur, Ita & illa *de plano & pro tribunali cognoſcere.* De plano cognoscit magistratus qui non nisi voluntariam iurisdictionem exercet *d. §. de plano.* Pro tribunali verò qui contentioſam *l. scire oportet 23. §. oportet autem* D. *de excuſ. tutor. l. 1. §. abolitio* D. *ad SC. Turpill.*

l. nec quicquam 9. §. vbi decretū & §. de plano De offic. proconſ. l. omnia quæcunque 71. de reg. iur. l. 2. de offic. proconſ.

ILLATIO I.

De ſeruis quòd quocunque loco & tempore possint manumitti.

EX hoc Principio fit quod Iustin. scribit *in §. ſerui hoc titul.* vt serui à dominis manumitti possint semper, id est quocunque non solùm tempore sed etiam loco. Nec necesse sit pro tribunali manumittere vt Caius loquitur *in l. non est 7. de manum. vindict.* vbi addit quod & Iustin. confirmat plerumque in transitu seruos manumitti solere cùm aut lauandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodierit prætor aut proconsul, legatusve Cæsaris. Imò, quod magis est etiamsi manumissionis quæ vindicta olim fieri dicebatur, illa esset solennitas vt per lictorem fieret quemadmodum ex Boetio suprà explicauimus, l estatur tamen Vlp. *in l. ego cum in villa 8. eod. tit.* se in villa cum prætore feriante passum fuisse apud eum manumitti, licet presentia lictoris non esset. Ratio est quia vt sæpius monui, potest seruus etiam inuitus manumitti neque causa recusandæ libertatis vna ex iis est in quibus seruo aduersus dominum consistere permittatur. *leg. vlt. C. de testam. manum.* iunct. *l. vix certis 53. D. de indic.*

l. non est 7. D. de manum. vindic. l. ego cùm in villa 8. eod. tit. l. vlt. C. de testam manu. l. vix certis 53. D. de indic.

ILLATIO II.

Cognitionem de obsequys parenti aut patrono præstandis de plano expedire.

EX eodem Principio fit vt si agatur de obsequio parentibus patroniſque aut liberis patronorum exhibendo, ſoleat prætor & poſsit de plano id expedire, id eſt cõminari & terrere filiuin à patre oblatum qui non vt oportet cõuerſari dicatur,& ſimiliter libertum non obſequẽtẽ emendare,aut verbis aut fuſtium caſtigatione vt Vlp.ait *in d.l necquicquam* 9.*§.de plano D. de offic.proconſ.* Nempe quia his catibus nihil niſi volũtatẽ patris dominíve aut patroni explorat prætor,ad cuius officium pertinet vt eã pro patre contra filiũ ſententiam dicat quam pater ipſe dici voluerit *l.ſi filius* 3.C.*de patr.poteſt.*

l.nec quicquam 9. §. de plano D. de offic. Proconſ. l.ſi filius 3. C.de patr. poteſt.

ILLAT. III.

De tutore per libellum ſe excuſante.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt à tutela excuſare ſe tutor per libellum non poſsit *l.excuſare* 25.D.*de excuſ.tutor.* nimirum quia excuſatio tutoris ad contentioſæ non ad voluntariæ iuriſdictionis cauſam pertinet,cùm ſicut inuitus tutor dandus eſt ſi non iuſtam habeat excuſationem,Ita & inuito etiam pupillo excuſandus ſi iuſta ſit excuſatio. Quod tamen quomodo accipiendum ſit dicemus latiùs *ad tit.de excuſ.tutor.*

l.excuſare 25.D.de excuſ.tutor.

ILLATIO IV.

De abolitione accuſationis non niſi prò tribunali facienda.

QVartò ex eodem Principio fit,vt abolitio inſtitutæ accuſationis non de plano, ſed tantùm pro tribunali facienda ſit, quia non in accuſatoris poteſtate & arbitrio eſſe debet,vt ab ea accuſatione ad quam fortaſsis non modò temerè ſed etiam per dolum & calumniam proſilierit reſilire impunè poſsit, ne alioqui eueniat vt optimi cuiuſque vita vel exiſtimatio improborum delatorum calumniis exponatur, ideóque magna in ea re cautio plenáque cauſæ cognitio adhibenda eſt ne quid fiat in fraudem ſenatuſconſulti Turpilliani,quo pœna conſtituta eſt aduerſus accuſatores iſtos qui ab accuſatione quam ſine cauſa inſtituerint, etiam ſine cauſa deſiſtunt *d.l.1.§.abolitio & paſſ.*D.*ad SC.Turpill.*

l.1.§.abolitio ad SC. Turpill.

ILLATIO V.

De permittenda diſtractione prædiorum minoris.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi agatur de diſtrahendo prædio minoris quod non niſi permittente prætore fieri poteſt ex ſenatuſconſulto illo facto ad orationem Seueri de qua in *l.1.& tot. tit.*D. *de reb. eor. qui ſub tutel.vel cur.ſunt ſine decret.non alien.* non ſufficiat libellum prætori obtuliſſe *l.minorum* 6.C.*de prad.minor.* quia cauſæ cognitio in eam rem adhibenda eſt & quidem exactiſsima vt conſtat ex *l.magis puto* 5.*§.non paſsim & ſeqq. D. de reb.eor.* Prohibuit enim Senatus ne poſsint bona immobilia minoris alienarĩ ſine decreto, quod ipſum decreti nomen nihil ſignificat niſi plenam cauſæ cognitionem *d.l.*9.*§.vbi decretum de offic.procon.* Nam & latinis *decernere* nihil aliud eſt quàm de ea re de qua priùs deliberaueris, certi tandem aliquid matur-

l.minorum 6.C.de prad. minor. l.magis puto 5.§.non paſsim & ſeqq.D.de reb.eor. qui ſub tutel. d.l.nec quicquam 9. §. vbi decretũ de offic. Proconſ.

maturo iudicio constituere. Vnde & decretalis bonorum possessio, quã prætor decernit causa cognita vt ius tribuat, quæq; ideo postquam decreta est repudiari iam non potest *l. 1. §. decretalis D. de succes. edict.* Ad differentiam edictalis bonorum possessionis, quæ sicut ex edicto competit ita & de plano ac sine causæ cognitione dari solet, ob idque vt plurimum sine re est vt Vlpian. in Titulis loquitur *Tit. de bonor. poss.* id est sine effectu. Quamquã nec nouũ est vt edictalis quoque causa cognita detur, id est fiat decretalis, ita vt nec sine decreto, nec nisi pro tribunali detur *l. 3. §. si causa cognita D. de bon. po.* Sicuti tamen non omnis edictalis ex edictali fit decretalis, ita neque edictalem fuisse necesse est omnem quę sit decretalis. Plerunque enim ad decretalis bonorum possessionis remedium decurritur, edictali deficiente, id est manco iure & auxilio edicti, & vrgente tamen æquitate vt in specie *l. ventre 84. in fin. D. de acquir. hered. l. 4. §. vlt. cum l. seq. D. de bonor. poss. contr. tab. l. scriptus 12. D. de Carbon. edict.* De quo latiùs dicemus ad *Tit. de bonor. possess.* Denique de ea re quæ ex vnius hominis voluntate non pendeat, & de qua proinde sit deliberandum, vt sciatur vtrius ex contendentibus potior causa sit, fieri nequit vt magistratus quicquam decernat nisi auditis partibus, ob idque non de plano, & per transitum, aut per libellum, sed pro tribunali quicquid tale est, expediri debet.

l. 1. §. decretalis D. de succes. edict. Bonorum possessio sine re.

l. 3. § si causa cognita D. de bonor. possess.

l. ventre 84 in fin. D. de acquir. vel omitt. here. l. 4. §. vlt. cum l. seq. de cõtr. tab. l. scriptus 12. De Carbon. edict.

ILLATIO VI.

De *iubendo caueri & possideri ex causa damni infecti.*

SExtò ex eodem Principio fit vt in causa damni infecti cùm res celeritatem desideret ac periculosa dilatio prætori videretur si ex ea causa sibi iurisdictionem reseruaret, rectè prætor delegandum putauerit magistratibus municipalibus, vt possint iubere caueri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere ni caueatur, At non etiam vt si duretur non caueri liceat ei qui missus fuit in possessionem suo nomine possidere quia tertium hoc non nisi causa cognita fieri solet *l. 1. l. 4. §. duas ergo res & seq.* D. *de damn. infect.* Quò pertinet quod Paulus scribit in *l. vbicunque 105. De regul. iur.* vbicunque causæ cognitio est, ibi prætorem desiderari. Est enim illa lex ex Pauli lib. 1. ad edictum, in quo tractasse Paulum sicut & Vlpianum de ea parte edicti quæ est De damno infecto, constat ex *l. 1. & l. prætoris 5. D. de damn. infect.*

l. 1. l. 4. §. duas ergo res & seq. D. de damn. infect. l. vbicunque 105. de regul. iur.

CONFVT. I.

De iurisdictione contentiosa summaria quam nostri æquiparant voluntariæ.

COntra hoc Principium pugnat quod Bart. ad hunc locum scribit idem iuris hac parte constitutum esse in iurisdictione contentiosa summaria quod in voluntaria. Scilicet, vt quod ad eiusmodi iurisdictionem pertinet etiam de plano & quocunque loco expediri possit ex *l. voluit 4. §. 1. D. de interrog. in iur. fac.* Etsi enim fateor iurisdictionis contentiosæ cognitionem aliam plenariã esse, aliam summariam, *l. 3. § causæ cognito De Carb. edict.* cùm tamen vtraque contentiosa sit, neque hæc neque illa exerceri poteat, nisi inter plures cõtendẽtes. Et consequenter sicut ex eo fit vt nullũ sit iudiciũ adeò summarium quod sine partis citatione possit expediri, ita nec in quo citatã

l. voluit 4. §. 1 De interrog. in iur. faciend. l. 3. § causæ cognito D. de Carbon. edict.

Partem audiri, ac proinde cauſæ cognitionem interponi neceſſe ſit: Quid enim attineret citari aduerſarium ſi non eſſet etiam audiendus? vtrumque enim vt & citādus & audiendus ſit,an,& qua de cauſa cōtradicere velit,ex eodem Principio ſit,nimirum ne vel ignorans vel inuitus ad nutum & voluntatem aduerſarij ſui lædatur, vt ſcripſimus ad *Princip.4.illat. 4. De inſtit. & iur. ex l.nam ita* 39.D.*de adopt.l.etiamſi* 29.§ 1.*D de minor.l.in concedendo* 8.*D. de aqua,& aqua pluu.arc.l.vlt.in princip.*D.*de natal. reſtit.l.de vnoquoque* 47. D.*de re iudic.*At in voluntaria iuriſdictione aliud eſt, quæ tota vt dixi ad vnius hominis voluntatem & petitionem accommodatur. Nec obſtat quod ſcriptum eſt *in d.l.voluit* 4. §. 1. *De interrog. in iur.fac.*ius eſſe ſolum eum locum vbi magiſtratus vel iudex iuris dicendi aut iudicandi gratia conſiſtat *vel ſi domi vel in itinere hoc agat.*Senſus enim eſt poſſe magiſtratum ius dicere interdum etiam domi, aut in itinere, nec ſemper requiri vt ius dicat in loco maiorum,nimirum ſi non de ferenda ſententia plenáque cauſæ cognitione adhibenda tractetur, ſed de præparatorio aliquo iudicij,cuiuſmodi ſunt interrogationes omnes de quibus *ill.tit.*quæ etſi ad contentioſam non ad voluntariam iuriſdictionem pertinent,hoc tamen ſimile habent cum voluntaria iuriſdictione, quod ex interrogantis voluntate pendent, paucíque caſus ſunt in quibus non debeat reſpondere quiſquis interrogatur,dummodo de ſe non de alio interrogetur *l.& quia* 6.§.1.*l.*9.§.*alius ill.tit.* Cæterum conſiſtere in aliquo loco prætorem neceſſe eſt vt admittat interrogationem nec eo trāſeunte poteſt fieri interrogatio quomodo fieret manumiſsio quæ eſt voluntariæ iuriſdictionis.

l.& quia 6.§.1.l.9.§. alius De interrog.in iur.faciend.

TIT. VI.

Quib.ex cauſ.manumitt.non licet.

PRINCIPIVM I.

De libertate quæ ſemel competijt,nunquam reuocanda.

IBERTAS quæ ſemel competijt reuocari poſteà non poteſt, nec ſi probetur data ex falſa cauſa *§. ſemel autem hoc tit.l.iuſta cauſa* 9.§.1.D.*de manum. vindict. l. ſicut ſemel* 20. *l. ſicut datam* 26. C. *de liber.cauſ.*cum alijs pleriſque in hanc ipſam rem citatis ad *Princip.2. illat. 2.De iur.perſon.ſuprà,* Vbi veram huius Principij rationem retulimus ad merum fauorem libertatis quæ naturalis eſt,& ad naturalē cuiuſque rei in primæuum & naturalem ſtatum reditus propenſionem.*l. ſi vnus* 27.§.*pactus ne peteret D.de pact.* Sicut enim qui liber natus eſt non niſi certis modis & à iure ſiue gentium,ſiue ciuili inductis ex libero ſeruus fieri poteſt.Ita,nec qui è ſeruitute reſtitutus eſt in libertatē,poteſt libertatē illā facilè amittere, Quippe quā nō ſolū habeat ex manumiſſione ſed etiam à natura. Nihil enim aliud adfert manumiſſio, niſi

§ ſemel autem hoc tit. l.iuſta cauſa 9.§.1. D. de manum. vindict.l.ſicut ſemel 20.l. ſicut datam 26.C. de liber.cauſ. l.ſi vnus 27 §.pactus ne peteret in fi. D.de pact.

Digitized by

niſi quod tollit obſtaculum ſeruitutis, quo ſublato talis remanet homo, quales ſunt natura omnes, ac proinde liber. Adeò autem verum eſt reuocari non poſſe libertatē quæ ſemel competiit, vt ſi quid ad eam reuocandam additum ſit in illa ipſa clauſula per quam libertas data fuit, tota illa adiectio ſit inefficax & inanis. *l. imperatores* 52. *de manum. teſtam.*

l. imperatores 52. D. *de manum. teſtam.*

ILLATIO I.

De lege Sentia impediente libertatem datam in fraudem creditorum.

EX hoc Principio multa fiunt quę nos iam cumulauimus loco ſuprà citato, Sed illud maximè quod initio huius tit. Iuſtinianus ſcribit, vt in fraudem creditorum datæ libertates per legem Aeliam Sentiam impediantur. Nam ſi non impedirentur, vtique competerent ipſo iure, tanquam ab eo datæ qui habuit ius dandi, id eſt qui dominus fuit. Sicut enim conſtat libertatem non ab alio quàm à domino dari poſſe, vt diximus ad *Princip. i. tit. prox.* Ita certum eſt omnem quicunque dominus ſit habere ius manumittendi niſi quatenus lege vel conſuetudine aliqua prohibetur. Illud autem etiam indubitatum eſt eum qui tam multos habeat creditores vt nec ſoluendo ſit, ſiue ſe ſoluendo non eſſe ſciat, ſiue neſciat, nihilominus perinde bonorum ſuorum omnium dominum manere acſi nullos haberet creditores, Quoniam inter amittendi dominij modos qui ciuili iure certi ſunt & conſtituti vnus hic non eſt ſi quis incipiat habere creditores (ſicut è contrario nemo rei vllius dominus fit ob id ſolùm quòd nullos habeat creditores,) Adeóque nec ſi ijs creditoribus bona ſua vel generaliter vel ſpecialiter obligauerit cùm neque per conuentionem, neque per traditionem pignoris dominium in creditorem transferatur *l. cum & ſortis* 35. *in fin.* D. *de pignor. act.* ob idque nec prohibeatur debitor quominùs res ſuas alienet earúmque dominium transferat in accipientem ſcilicet cum ſua cauſa *l. ſi conuenerit* 18. §. *ſi fundus eod. l. ſi debitor* 4. §. 1. D. *quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut. l. alienatio* 67. D. *de contr. empt.* Qua ratione fuit neceſſe proſpici à prætore aduerſus huiuſmodi alienationes, non vti ne valerēt, quod neque prætor ſalua iuris ratione facere potuit, ſed vt quamuis ipſo iure valerent, reuocandæ tamen eſſent ita demum ſi non ſolùm in creditorum fraudem factæ, ſed etiam fraudis conſilium ab emptore participatum eſſe probaretur. Quæ ſumma & ſententia eſt totius edicti prætorij de quo in *l. 1. & tot. tit. D. quæ in fraud. credit.* Itaque cùm manumiſſio veluti quædam alienatio ſit *l. obligari* 9. §. 1. D. *de autor. tutor. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* poterat ſufficere prætoris edictum ad reuocandas libertates, in fraudem creditorū datas ſi libertas eſſet ex earum rerum numero quarum alienatio reuocari poſſet. At quia libertas vt diximus vbi ſemel competiit reuocari amplius non poteſt, neque tamen magis æquum eſt vt in fraudem creditorum libertas dari quàm vt quidpiis aliud fieri poſſit, oportuit viam excogitari per quam non de reuocanda, ſed de impedienda libertate ageretur. Quod ipſum non aliter fieri potuit quàm per legem, quia quemadmodum lex illa eſt, quæ dominij transferendi modos aut adprobat aut improbat, Ita & ad ſolius legis autoritatem pertinet vt impediat ne per traditionem etiam à domino factam, néve per alium actum quemlibet, qui alioquin ad alienationem vtilem faciendam efficax eſſet, alienatio inducatur. Ob id enim dicitur lex & hominum & rerum omnium regina quòd & de perſonarum iure, & de omnium rerum dominio pro arbitrio diſponat. Ea verò lex fuit Aelia Sentia, per quam expreſſim cautum eſt, ne valeant liber-

L. 1. & tot. tit. Quæ in fraud. credit.

L. obligari 9. §. 1. de autor. tut. l. vlt. C. de reb. alien. non alienā.

tates in creditorum fraudem datæ. Sicut autem huius legis ferendæ neceſsitatem illud præbuit, quòd aliter poſito iure fieri nullomodo poterat vt manumittentium fraudibus vel occurreretur vel ex poſtfacto remediũ quæreretur. Sic & latæ legis æquitas euidens illa eſt, quod nunquã permittendum ſit debitori, vt ſui creditoris ſiue inuiti ſiue ignoranis condicionem alienando faciat deteriorem ex regula generali *l. ſoluendo* 39. D. *de negot. geſt. l. non debet alteri* 74. D. *de reg. iur.* nec qua alia ratione uiſi adijciendo ſibi creditorem *l. 1. §. ex contrario* D. *de ſep. ar.* quod ipſum non alia ratione receptũ eſt, quàm quia, vt diximus, qui creditores habet, non eò minùs manet dominus, adeò vt ſi poſterioribus creditoribus bona ſua obligauerit quæ prioribus nondũ fuerant obligata, præferendi ſint poſteriores prioribus in bonorum venditione *l. pro debito 6. C. de bõ. auctor. iudic. poſſid. l. eos qui 9 C. qui potior. in pign. hab.* Nec ad hunc caſum porrigi poteſt edictum prætoris De reuocandis ijs omnibus quæcũque per debitorẽ geſta ſunt in fraudẽ creditorũ, quia licèt ex noui creditoris adiectione prior creditor dãnũ ſentiat, fieri tamen non poteſt vt fraudis conſiliũ participet poſterior, quem ponimus eſſe verũ creditorẽ, quique vt maximè priori præferatur, nullũ tamen lucrũ aut commodũ ex debitoris fraude ſentit, cùm nihil niſi ſuũ conſequatur. Quænam enim fraus in eo poteſt eſſe ſi initium inſpiciatur, cùm quanto pauperior ſit is qui nouũ ſibi adijcit creditorem, tantò etiã locupletior fiat accipiẽdo ab eo pecuniã quã hoc ipſo ſuã facit? *arg. l. quod bonis* 15. §. *ex donationibus D. ad leg. falc.* Sed & obſeruandũ illud eſt quod ex ſuperioribus omnino ſequitur, legẽ Æliã Sentiã, quæ impedit libertates in fraudẽ creditorũ datas nõ ad eos creditores pertinere qui ſeruũ de cuius libertate agatur pignoti ſpecialiter acceperint, ſed ad illos tantùm qui vel nullũ prorſus, vel generale duntaxat ius pignoris in eo ſeruo habuerint, quia cæteris non fuit neceſſe per legẽ proſpici, quibus ſcilicet ſatis ſupérq; cautum eſſet per propriam & ſpecialem pignoris conuentionẽ. Seruũ enim ſpecialiter obligatũ conſtat non poſſe manumitti non ſolùm in fraudẽ creditorũ, ſed nec ſi debitor ſit ſoluẽdo, Propter eas rationes quas attulimus ad Princ. *inſtit. de aut. præt. ſup. stip. prox. ex l. 3.* D. *de mã. l. 3.* C. *de ſeru. pig. dat. manum.* Sic nec edictum prætoris de reuocandis ijs quæ in creditorũ fraudẽ alienata ſunt, ad eos creditores pertinet quos pignoratitios appellamus quòd ex bonis debitoris aliquid vel generaliter vel ſpecialiter pignori acceperint, ſed ad chirographarios duntaxat, quia debitor alienando bona ſua etiam omnia fraudare non poteſt creditores ſuos pignoratitios, quippe qui ex cauſa contracti vtiliter pignoris habituri ſint paratam in rẽ actionẽ & quaſi Seruianã aduerſus quẽlibet poſſeſſorem, cùm alienatio fieri non potuerit niſi cum ſua cauſa, vt iam docuimus. Sed in eo melior eſt cõdicio ſerui manumiſſi, quàm cæterarum rerum obligatarum, quod ſi generaliter tantùm obligatus fuerit ab eo qui etiam poſt datam libertatem non deſiturus ſit ſoluendo eſſe, nõ impeditur ipſius libertas *l. ſi quis* 6. *D. qui ſine manum. ad libert. peruen. d. l.* 3. *C. de ſerv. pign. dat. manum* Cùm tamen in rebus cæteris nihil interſit an generaliter, an ſpecialiter fuerint obligatæ, nec quod ad hoc vt earum alienatio valeat, nec rurſum quod ad illud vt in eas alienatas actio quaſi Seruiana creditori pignoratiti accommodetur. Cuius diſſimilitudinis ratio non ex alio ſanè proficiſcitur, quàm ex fauore libertatis. Quid autem ſit in fraudem creditorum

l. ſoluendo 39. D. de negot. geſt. *l. 1. §. ex contrario D. de ſep. ar.*

l. Pro debito 6. C. de bon. auct. iudic. poſſid. l. eos qui 9. C. qui potior. in pign. hab.

l. 1. D. de manum. l. 3. C. de ſerno pignor. dat. manum.

l. ſi quis 6. D. qui ſine manum. ad libert. peruen.

Digitized by Google

ditorũ manumittere definit Caius *in l.in fraudẽ* 10.*D.qui & à quib.man.* vbi ait,in fraudẽ creditorũ manumittere videri eum,qui vel iã eo tẽpore quo manumittit soluẽdo nõ est,vel datis libertatibus desiturus est soluẽdo esse.Sæpe enim inquit,de facultatib. suis plus sperãt homines quàm in ijs reuera sit.Quod frequenter accidit his qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus quàm in quibus ipsi morantur,per seruos atque libertos exercent,quod sæpe adtriti istis negotiationibus longo tẽpore id ignorant,& manumittendo sine fraudis consilio indulgẽt seruis suis libertatem.Quibus verbis videtur Caius innuere in fraudem creditorum manumittere videri etiam eum, qui non habeat cõsilium fraudandi,nec aliud quicquam esse inspiciendum,nisi an datis libertatibus desiturus sit debitor esse soluendo,an non: atque ita omnimodo per legem Aeliam Sẽtiam impediri libertatem.Quod tamen non ita est.Præualuit enim sententia existimantium non aliter libertatem impediri, quàm si is qui dedit animum fraudandi habuerit tametsi bona eius non sufficiant creditorib.vt Iustin.scribit *in §.in fraudem hoc ut.* quod& regulariter in iure nostro obtinet vt fraudis interpretatio non ex euentu tantùm,sed ex cõsilio quoque sumatur *l.fraudis* 79.*de reg.iur.* vbi quod dicitur *semper* accipe pro *regulariter*, non enim semper idem est vt constat ex *l.vlt. C. qui man.non poss.* licet malè nonnulli in hanc rem adferant *l.ait prator.*10.*§.1. quæ in fraud. cred.*Ibi enim fraus & ex euentu & ex consilio simul æstimatur.Et sanè cùm verba legis sint generalia nec distinctionẽ hãc inducãt,vtrum euentu tantùm an etiã cõsilio fraus facta sit,facilè potuit libertatis fauor hãc interpretationẽ extorquere. Ac nisi me valde fallo mancus & mutilus est locus ille Caij quem proximè retulimus supplendúsque ex *d. §. in fraudem*, vt interseratur tota illa clausula quæ est apud Iustinianũ,*Prænalusse tamen videtur,nisi animũ quoque fraudãdi manumissor habuerit,nõ impediri libertatẽ, quamuis bona eius creditoribus nõ sufficiant.* Non solùm quia locus hic Institutionum ex illo Caij desumptus est, vt præcedentia & sequentia demonstrant, sed etiam quoniam non aliter quadrare potest ratio illa quam Caius reddit, quòd sæpè de facultatibus suis plus quàm in ijs sit,homines sperent.Ad excusandam enim magis, quàm ad coercendam manumissoris fraudem pertinet, sicut & postrema illa legis verba *& manumittendo sine fraudis consilio indulgent seruis suis libertatem.* Et verò ad id expressim accõmodatur ratio hæc à Iustiniano, quod proximè dixerat prænaluisse sententiam existimantium non aliter impediri libertatem quàm si fraudandi consilium accedat.Nemo autem probabiliter dixerit eandem rationem facere posse vt libertas & valere debeat, & impediri.Neq, rursum Caius in principio legis sic loquitur vt dicat absolutè in fraudem creditorum manumittere illum qui vel iam eo tẽpore quo manumittit soluẽdo non sit, vel datis libertatibus desiturus sit soluendo esse, sed *manumittere videri*, vt intelligamus si nihil hic nisi res ipsa spectetur, fraudẽ reuera fieri creditoribus qui nõ sint habituri vnde suũ cõsequãtur,sed tamen quod ad hanc legẽ Æliã Sentiã id non sufficere ad impediẽdã libertatẽ,si nõ adsit etiã animus fraudãdi.Idq; aliorũ quoq; Iurecõsultorũ sententiã fuisse apparet ex Iuliano *in l.si quis cùm haberet* 15, *D. quæ in fraud.credit.* vbi ait,ad hoc vt rescindãtur libertates in fraudẽ creditorũ datę,& cõsiliũ fraudis & euentum exigi, adeóque quod magis mirum est in eorundem creditorũ persona.Ex quo infert, si quis cùm haberet Titiũ creditorẽ,& sciret se soluendo non esse libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea

l.infraudem 10. *D. qui.& à quib.manum.*

§. in fraudem hoc ut. l.fraudis 79 de reg.iur.

Sempronium creditorẽ habere cœperit,& eodem teſtamento deceſſerit,libertates datas debere ratas eſſe tametſi hereditas ſoluendo non ſit, quia nec fraudatur creditor cuius fraudandi conſilium initum erat, nec a uerſus eum qui fraudatur, conſilium initum fuit. Vnus tantùm caſus excipiendus eſt qui proponitur ex Paulo in *l.ſeq.* Niſi priores creditores, ex pecunia poſteriorũ dimiſsi probentur, quod & Vlp.ex Marcello ſcribit *in l.ait prætor 10.verſ. ceterùm eod.tit.qua in fraud.credit.* Plerũq; enim ſolet cadẽ eſſe ratio poſteriorũ creditorũ ex quorũ pecunia dimiſsi ſunt priores quæ nunc foret priorũ ſi dimiſsi non eſſent *l. 2. D. de ceſſ. bon.l.ſi ventri 24.§ vlt. D.de reb auior.iudic. poſſid.* Aliàs *l.9.de priuileg.credit.* Sed exceptio hæc ad eam ſpeciem quam Iulianus tractauit parum eſt accommodata. Excluſerat enim Iuſtinianus caſum illum quo Titius primus creditor ex pecunia Sẽpronii poſterioris creditoris dimiſſus fuiſſet. Ponit ſiquidem dimiſſum fuiſſe Titium antequàm idem debitor Sempronium creditorem habere cœpiſſet, ijs verbis *deinde dimiſſo Titio poſtea Sempronium creditorem habere cœpit* Ergo non ex pecunia Sempronij, alioqui priùs cœpiſſet debitor habere Sempronium creditorẽ quàm Titium dimiſiſſet. Videtur tamen hac in ſpecie à Iuliano diſſenſiſſe Papinianus. Hic ehim apertè ſcribit in *l.in fraudem 25. D. qui & à quib.manũ.* in fraudem creditorum datas teſtamento libertates prioribus creditoribus dimiſsis propter nouos creditores irritas eſſe. Nec alia conciliationis ratio pleriſque videtur adferri poſſe quàm ſi Papiniani ſententia coangulteur ad eum caſum quo non ſit ſatisfactum omnibus omnino qui creditores erant tempore datæ libertatis. Quod tamen ipſa Papiniani verba meo iudicio nõ patiuntur. Illa namque oratio *prioribus creditoribus dimiſsis* cùm indefinita ſit, proculdubio æquipollet vniuerſali, & apertiſsimè caſum illũ exprimit quo dimiſsi ſint priores omnes quotquot erant creditores. An igitur Papinianus ex ſupradicta Pauli diſtinctione intelligendus erit, vt ita demum libertates in fraudẽ priorũ creditorũ datæ ſint irritæ propter nouos creditores ſi ex horũ pecunia priores dimiſsi proponãtur? Ne hoc quidẽ dici poteſt ſine nimia diuinatione. Probabiliuseſt meo iudicio diſtinguere casũ Iuliani à caſu Papiniani. Iulianus tractat de eo debitore qui tametſi ſoluẽdo nõ eſſet, tamẽ nõ niſi vnũ habebat creditorẽ, Titiũ, nec proinde poterat animũ habere fraudãdorũ creditorũ, ſed fraudãdi tantùm Titij. Ex quo fieri neceſſe eſt vt poſtmodum dimiſso Titio nõ poſsit hic debitor videri vnquã animũ habuiſſe fraudãdi Sẽpronij, qui poſteà nouus creditor ſuperuenit. Nihil .n. cauſæ eſt cur cõſiliũ fraudãdæ certæ perſonæ ab ea perſona ad aliã de qua tùm neq; in genere, neq; in ſpecie cogitatũ dici poſsit, protrahatur, præſertim ad impediẽdã libertatẽ. At Papinianus è cõtrario casũ illũ tractat, quo is qui teſtamẽto libertates dedit, plures habuerit creditores, de quibus omnibus non ſpecialiter & nominatim, ſed generaliter fraudãdis iam tùm cogitauerit: quod cùm euenit parũ prodeſſe debet ad confirmandas libertates, quòd priores creditores dimiſsi ſint, ſi ſuperuenerint noui qui effectu ipſo fraudentur. Nã nec iſtorũ fraudãdorũ cõſiliũ ab initio defuit, cùm ponamus fuiſſe cogitatũ in genere de creditorib.omnib.fraudãdis, quicũq; & quotcunq; tandẽ eſſent, in quorũ numero illi etiã certè continentur qui poſteà ſuperuenerunt, cùm æquè ſint creditores licèt poſteriores. Nemo enim dubitat quin poſsit quis eo eſſe animo, vt etiã futuros creditores fraudare velit: quo caſu nõminus æquũ eſt proſpici creditorib.illis qui poſtea fraudis neſcij bona fide fraudato-

l.ait prætor 10.§.1.ver. ceterum eod.tit.

hinc fraudi 25.D.qui & à quib. ma.

ris

ris fidem secuti sunt, quàm si iã ipso cõmentę fraudis tempore creditores fuissent. Imò tantò æquius, quantò improbior est is, qui fraudem suam fide sua nõ modò potiorem, sed etiã antiquiorẽ esse velit. Illud tamen sciendum est fraudandi animũ & consiliũ in hoc tractatu nõ ex eo ęstimandũ esse, quòd manumissor eo tantùm animo & proposito dederit libertates, vt fraudaret suos creditores siue pręsentes siue futuros, sed sufficere vt sciuerit tunc cùm libertates dedit, aut se ã soluendo nõ esse, aut datis libertatibus desiturũ soluendo esse, licèt alioqui iustissimã habeat libertatis dãdę causam, puta seruo de se bene merito. Id enim est quod generaliter Põponius scribit in *l. semper* 23. *qui & à quib. manum.* semper in fraudẽ creditorũ libertatem dari ab eo qui sciret se soluendo nõ esse, quamuis dederit bene merẽti. Aliter si quidẽ posito iure nihil esset facilius quàm fraudari impunè creditores datis libertatibus si ad cõuincẽdam fraudẽ probandũ haberent quid manumissor testamenti tẽpore animo & mẽte agitasset. Vt & cæterorum omnium perdifficilis probatio est quæ in animo consistunt *l. quia plerunque* 3. *De interrog. in iur. fac. l. nõ omnes* 5. *§. à barbaris D. de re milit.* Dices hoc ipsum quod creditoribus probãdum esse dicimus, quòd manumissor sciuerit se habere creditores, ex earum rerum numero esse quæ stant in animo. Sed quamquam ita est, facilè tamen probari potest scięntia ex factis aliisque rerum argumentis quæ videntur, puta ex instrumentis contractuum ab hoc ipso manumissore celebratorum. Neque enim audiendi erunt serui testamento manumissi, si velint contendere defunctum ea ignorasse quę ipse gesserat *l. quamquam* 7. *D. ad SC. Velleian.* Id etiam obseruandum est quod Iulianus in *d. l. si quis cùm haberet*, sic loquitur, vt dicat libertates in fraudẽ creditorum datas rescindi. Aliud enim est rescindi, quomodo & alij Iurecõsulti passim loquũtur, cùm tractãt de huiusmodi libertatibus in fraudẽ creditorum datis, aliud verò reuocari. Non potest, vt Principium nostrum habet, libertas reuocari, sed rescindi facilè potest: Reuocari enim libertatem cùm dicimus, hoc ipso significamus tractare nos de libertate quæ semel competierit, Siquidem reuocari non posset per rerum naturam illa quę nunquam competiisset, cùm priuatio habitum semper pręsupponat, vt diximus ad Prin. 4. nit. *De ingen.* At rescindi libertatem qui dicit nihil nisi datam esse libertatem præsupponit. Datam, inquam, non à iure, sed ab homine. Denique reuocatio significat, potestatem iuris, rescissio verò potestatem facti, & quidem eius quod non sit hominis, sed legis. Quod addere lubet, vt intelligamus aliud esse rescindi libertatem, aliud adimi. Rescinditur à lege, Adimitur à testatore *l. si seruus* 50. *D. de fideic. libert.* quamuis & à lege interdum adimi dicatur, eo sensu, vt perinde omnia obseruentur acsi ab ipso testatore adempta esset *l. vnic. D. de adẽpt. libert. l. si ita scriptum* 13. *§. regula D. de liber. & posthu.* Dicat aliquis non posse rescindi libertatem, quę ipso iure non teneat, quoniam id quod ipso iure nullũ est neq; rescindi neque rũpi potest *l. nã etsi* 5. *ver. puto D. de iniust. rupt.* Respondeo tenere ipso iure dationẽ libertatis in proposita specie, id est quoties verus dominus etiã qui se soluẽdo nõ esse sciuit proprios seruos manumisit, si excludas legis Ælię Sentię potestatẽ, quæ hoc ipso quod hãc libertatẽ impedit ne valere possit cũ alioqui esset valitura, nõ malè dicitur eam rescindere. Quomodo & alienationẽ prędiorũ minoris sine decreto factã cõtra orationẽ Diui Seueri, dicimus rescindi nõ solùm autoritate illius orationis & senatusconsulti quod ad eam orationẽ factũ est, sed etiã per semẽtiã præsidis

L. semper 23. qui & à quib. manu.

Rescindi libertatem facilius est, quàm reuocari.

Aliud est rescindi libertatẽ, Aliud adimi.
L. si seruus 50. D. de fideic. libert. L. vnic. D. de adempt. libert. l. § ita scriptum 13. §. regula de libert. & posthum.

qui maiorem & iuſtam libertatem, id eſt cum libertate ciuitatem romanam conſequebantur. Neque enim vnquã indignum viſum eſt eum qui ſeruus fuiſſet fieri ciuem romanum, niſi ſeruo hoſtium libertas per fideicommiſſum data proponeretur *l. generaliter* 24. §. 2. *D. de fideic. libert.* vbi tamen additur nihil prohibere quominus etiam hoſtium ſeruo fideicommiſſaria libertas relinquatur in eum ſaltem caſum quo cœperit ſeruus eſſe romanorum. Secundus illorum qui inferiorem & minimam libertatem, id eſt dedititiam cuius condicio peſſima omnium fuit. Tertius & medius eorum qui mediam, id eſt minorem libertatem obtinebant, qui & Latini & Iuniani ex lege Iunia Norbana dicebantur. Quorum omnium quænam & quàm diſpar, & in quo diſpar condicio fuerit addiſcendum eſt ex Iuſtiniano *in d. l. vnic. C. de latin. liber. toll. & ex Vlpiani & Caij Inſtit. tit. 1. Paul. lib. 4. Sent. tit. 12.* Eſt enim ea tractatio parum conueniens inſtituto noſtro cùm non ex Principiis iuris de quibus tantùm agimus differentiæ illæ libertinorum inductæ eſſent, ſed ex iure ita conſtituto pro arbitrio legiſlatoris. Illud certè ad iuris veteris cognitionem omnino pertinet, iuſtam illam libertatem quæ adnexum habebat ius ciuitatis romanæ, indéque & iuſta dicebatur, non niſi altero ex tribus modis liberto per manumiſſionem acquiri potuiſſe: videlicet ſi quis manumiſſus eſſet aut vindicta, aut teſtamento, aut cenſu. Quem poſtremum modum (nam de prioribus iam ſatis multa diximus) ſic interpretatur Vlp. *in fragm. tit.* 1. vt per cenſum manumitti olim dicerentur qui romæ iuſſu dominorum luſtrali cenſu inter ciues romanos cenſum profitebãtur: de quo etiam Cicero in Topicis. In huius modi veteris manumittendi locum qui cum antiquo illo cenſus more in vſu eſſe deſiit, ſubſtitui poſſunt alij ex Iuſtiniani conſtitutione *in d. l. vnic. C. de latin. libert. toll.* ſi quis ancillã ſuam homini libero in matrimonium collocauerit, & pro ea dotem dederit, ſi dominus apud acta ſeruum ſuum filium nominauerit. Si inſtrumenta quibus ille ſeruus nominabatur ipſi ſeruo dederit corrumpenda, vel ipſe corruperit. Adde *§. vlt. inf. De adopt.* Item ſi ſeruus ſciente & non contradicente domino in clerum allectus ſit: Nam & hunc ſola ipſa allectione non tantùm liberum, ſed etiam quod magis eſt ingenuum fieri voluit Iuſtin. *Nouell. 123. de ſanctiſſ. epiſc. §. ſi ſeruus:* Sic & locum alterius veteris modi manumittendi vindicta, qui ſollennitates multas exigebat, placuit Iuſtiniano ſufficere vt dominus ſeruum in actis publicis filium ſuum nominauerit *d. l. vnic. de latin. lib. toll.* Aut vt manumittatur in cœtu eccleſiæ id eſt ſub aſpectu plebis & ſacerdotum, Domino ipſo aut alio, qui publicè verba ibi faciat idipſum publicè ſignificante, id eſt ſeruum illum à domino ſuo manumitti *l. 1. & 2. C. de his qui in eccleſ. manum. §. multis hoc tit.* Itaque hodie non requiruntur acta illo caſu vt in præcedente, ſed ſufficit qualiſcunque ſcriptura dummodo ab ipſis dominis vice teſtium ſubſignata. Inter amicos autẽ & priuatim iam olim manumittere licuit, & hodie licet, nec tãtùm inter amicos ſed etiã per epiſtolã, ſed ita tamẽ vt quinque teſtes adhiberi oportet exemplo codicillorum *d. l. vnic. & d. §. multis* iunct. *l vlt. §. vlt. C. de iur. codicill.* præterquam ſi à clerico libertas data proponatur, quo caſu placuit Conſtantino vt valeat libertas etiam ſine teſte aut interprete, dummodo de voluntate conſtet *l. vlt. C. de his qui in eccleſ. manum.* Rata etiam manumiſſio eſt hodie quæ fit per adoptionem *D. §. vlt. inf. de adopt.* id eſt cùm tanquam filius adoptatur

l. generaliter 24. §. 2. De fideic. libert.

l. vnic. C. de latin. libert. toll. l. vnic. C. de dedit. libert. tollend.

Tres modi antiqui conferendæ pleniſſimæ libertatis.

Noui modi à Iuſtiniano introducti.

§. vlt. Infr. de adopt.

l. & 2. C. de his qui in eccleſ. manumitt.

l. vnic. C. de latin. libert. tollend. Et § multis hoc tit.

l. vlt. C. de his qui in eccleſ. manu.

adoptatur. Quid ni enim sufficit adoptio cùm satis sit vt seruus in actis quẽadmodum diximus filius nominetur? Sanè sicut olim non sufficiebat nuda voluntas domini ad dandam seruo libertatem, ita nec hodie, quia quo precioſior libertas est eo magis necessarium est vt seriò & diligenter agat quisquis tanti momenti rem vult dare. In ijs solis manumissionibus quæ testamento fiunt, nihil ex iure vetere immutatum fuit. Excepto casu *l. vlt. C. ill. tit. de test. manum.* Illud obseruatione dignum est quod *Cuiac. tractat. lib. 4. obser. cap. 5.* hodie sublatam esse libertinorum condicionem postquam placuit Iustin. *Nouell. 78.* manumissos in seruos fieri non libertinos, nimirum si manumissor ius patronatus remiserit. Sed tamen Nouellę verba ostendunt non minus manere omni casu & libertum & libertinum, eum qui manumissus fuit.

l. vlt. C. de test. man.

Nouell. 78.

PRINCIPIVM IIII.

De ijs quæ sunt iurisdictionis voluntariæ de plano expediendis.

QVę sunt iurisdictionis voluntariæ non contentiosæ de plano expediri possunt, id est quocunque loco etiam transeunte magistratu, quia neque per libellum, neque cum causæ cognitione, sed ad nutum & arbitrium petentis expediuntur. Multóque magis potest in eam rem libellus sufficere si offeratur. *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum & §. de plano D. de offic. proconſ. l. omnia quæcunque 71. de regul. iur.* Est enim iurisdictio duplex, vna voluntaria, altera contentiosa *l. 2. de offic. proconſ.* Voluntaria dicitur non ex parte magistratus qui officium suum petenti impertiri semper debet ac necesse habet, sed ex parte illius qui adit magistratum quoties id petit quod ei omnimodo concedendũ sit, quia nullius alterius contradictione impediri possit. Contentiosa autem è contrario vt & verbum ipsum sonat de iis rebus est de quibus inter duos pluréve contenditur, ac proinde quæ non in volentem sed in inuitum contendẽtem & reluctantem exercetur. Sicut autem voluntaria & contentiosa iurisdictio inter se opponuntur, Ita & illa *de plano & pro tribunali cognoscere.* De plano cognoscit magistratus qui non nisi voluntariam iurisdictionem exercet *d. §. de plano.* Pro tribunali verò qui contentiosam *l. scire oportet 23. §. oportet autem* D. *de excuſ. tutor. l. 1. §. abolitio* D. *ad SC. Turpill.*

l. nec quicquam 9. §. vbi decretũ & §. de plano De offic. proconſ. l. omnia quæcunque 71. de reg. iur. l. 2. de offic. proconſ.

ILLATIO I.

De ſeruis quòd quocunque loco & tempore possint manumitti.

EX hoc Principio fit quod Iustin. scribit *in §. ſerui hoc titul.* vt serui à dominis manumitti possint semper, id est quocunque non solùm tempore sed etiam loco. Nec necesse sit pro tribunali manumittere vt Caius loquitur *in l. non est 7. de manum. vindict.* vbi addit quod & Iustin. confirmat plerumque in transitu seruos manumitti solere cum aut lauandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodierit prætor aut proconsul, legatusve Cæsaris. Imò, quod magis est etiamsi manumissionis quæ vindicta olim fieri dicebatur, illa esset sollennitas vt per lictorem fieret quemadmodum ex Boetio suprà explicauimus, Testatur tamen Vlp. *in l. ego cum in villa 8. eod. tit.* se in villa cum prætore feriantem passum fuisse apud eum manumitti, licet præsentia lictoris non esset. Ratio est quia vt sæpius monui, potest seruus etiam inuitus manumitti neque causa recusandæ libertatis vna ex iis est in quibus seruo aduersus dominum consistere permittatur. *leg. vlt. C. de testam. manum.* iunct. *l. vix certis 55.* D. *de indic.*

l. non est 7. D. de man. vindic.

l. ego cùm in villa 8. eod. tit.

l. vlt. C. de testam man.

l. vix certis 55. D. de indic.

ILLATIO II.

Cognitionem de obsequijs parenti aut patrono præstandis de plano expedire.

EX eodem Principio fit vt si agatur de obsequio parentibus patroniſque aut liberis patronorum exhibendo, ſoleat prætor & poſsit de plano id expedire, id eſt cõminari & terrere filium à patre oblatum qui non vt oportet cõuerſari dicatur,& ſimiliter libertum non obſequẽtẽ emendare,aut verbis aut fuſtium caſtigatione vt Vlp.ait *in d.l nec quicquam* 9.*§.de plano D. de offic.proconſ.* Nempe quia his caſibus nihil niſi volũtatẽ patris dominíve aut patroni explorat prætor,ad cuius officium pertinet vt eã pro patre contra filiũ ſententiam dicat quam pater ipſe dici voluerit *l.ſi filius* 3.*C. de patr.poteſt.*

l.nec quicquam 9. §. de plano D. de offic. Proconſ. l.ſi filius 3. C.de patr. poteſt.

ILLAT. III.

De tutore per libellum ſe excuſante.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt à tutela excuſare ſe tutor per libellum non poſsit *l.excuſare* 25.D.*de excuſ.tutor.* nimirum quia excuſatio tutoris ad contentioſæ non ad voluntariæ iuriſdictionis cauſam pertinet,cùm ſicut inuitus tutor dandus eſt ſi non iuſtam habeat excuſationem,Ita & inuito etiam pupillo excuſandus ſi iuſta ſit excuſatio. Quod tamen quomodo accipiendum ſit dicemus latiùs *ad tit.de excuſ.tutor.*

l.excuſare 25.D.de excuſ.tutor.

ILLATIO IV.

De abolitione accuſationis non niſi prò tribunali facienda.

QVartò ex eodem Principio fit,vt abolitio inſtitutæ accuſationis non de plano, ſed tantùm pro tribunali facienda ſit, quia non in accuſatoris poteſtate & arbitrio eſſe debet,vt ab ea accuſatione ad quam fortaſsis non modò temerè ſed etiam per dolum & calumniam proſilierit reſilire impunè poſsit, ne alioqui eueniat vt optimi cuiuſque vita vel exiſtimatio improborum delatorum calumniis exponatur, ideóque magna in ea re cautio plenáque cauſæ cognitio adhibenda eſt ne quid fiat in fraudem ſenatuſconſulti Turpilliani,quo pœna conſtituta eſt aduerſus accuſatores iſtos qui ab accuſatione quam ſine cauſa inſtituerint, etiam ſine cauſa deſiſtunt *d.l.1.§.abolitio & paſſ.*D.*ad SC.Turpill.*

l.1.§.abolitio ad SC. Turpill.

ILLATIO V.

De permittenda diſtractione prædiorum minoris.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi agatur de diſtrahendo prædio minoris quod non niſi permittente prætore fieri poteſt ex ſenatuſconſulto illo facto ad orationem Seueri de qua in *l.1.& tot. tit.*D. *de reb. eor. qui ſub tutel.vel cur.ſunt ſine decret.non alien.* non ſufficiat libellum prætori obtuliſſe *l.minorum* 6.C.*de prad.minor.* quia cauſæ cognitio in eam rem adhibenda eſt & quidem exactiſsima vt conſtat ex *l.magis puto* 5.*§.non paſſim & ſeqq. D. de reb.eor.* Prohibuit enim Senatus ne poſsint bona immobilia minoris alienari ſine decreto, quod ipſum decreti nomen nihil ſignificat niſi plenam cauſæ cognitionem *d.l.*9.*§.vbi decretum de offic.procon.* Nam & latinis *decernere* nihil aliud eſt quàm de ea re de qua priùs deliberaueris, certi tandem aliquid matur-

l.minorum 6.C.de prad. minor. l.magis puto 5.§.non paſſim & ſeqq.D.de reb.eor. qui ſub tutel. d.l.nec quicquam 9. §. vbi decretũ de offic. Proconſ.

maturo iudicio conſtituere. Vnde & decretalis bonorum poſſeſsio, quã prætor decernit cauſa cognita vt ius tribuat, quæq; ideo poſtquam decreta eſt repudiari iam non poteſt *l. 1. §. decretalis D. de ſucceſſ. edict.* Ad differentiam edictalis bonorum poſſeſsionis, quæ ſicut ex edicto competit ita & de plano ac ſine cauſæ cognitione dari ſolet, ob ídque vt plurimum ſine re eſt vt Vlpian. in Titulis loquitur *Tit. de bonor. poſſ.* id eſt ſine effectu. Quamquã nec nouũ eſt vt edictalis quoque cauſa cognita detur, id eſt fiat decretalis, ita vt nec ſine decreto, nec niſi pro tribunali detur *l. 3. §. ſi cauſa cognita D. de bon. po.* Sicuti tamen non omnis edictalis ex edictali fit decretalis, ita neque edictalem fuiſſe neceſſe eſt omnem quę ſit decretalis. Plerunque enim ad decretalis bonorum poſſeſsionis remedium decurritur, edictali deficiente, id eſt manco iure & auxilio edicti, & vrgente tamen æquitate vt in ſpecie *l ventre 84. in fin. D. de acquir hered. l. 4. §. vlt. cum l. ſeq. D. de bonor. poſſ. contr. tab. l. ſcriptus 12. D. de Carbon. edict.* De quo latiùs dicemus ad *Tit. de bonor. poſſeſſ.* Denique de ea re quæ ex vnius hominis voluntate non pendeat, & de qua proinde ſit deliberandum, vt ſciatur vtrius ex contendentibus potior cauſa ſit, fieri nequit vt magiſtratus quicquam decernat niſi auditis partibus, ob idque non de plano, & per tranſitum, aut per libellum, ſed pro tribunali quicquid tale eſt, expediri debet.

l. 1. §. decretalis D. de ſucceſſ. edict. Bonorum poſſeſsio ſine re.

l. 3. § ſi cauſa cognita D. de bonor. poſſeſſ.

l. ventre 84 in fin. D. de acquir. vel omitt. here. l. 4. §. vlt. cum l. ſeq. de cõtr. tab. l. ſcriptus 12. De Carbon. edict.

ILLATIO VI.

De *iubendo caueri & poſsideri ex cauſa damni infecti.*

SExtò ex eodem Principio fit vt in cauſa damni infecti cùm res celeritatem deſideret ac periculoſa dilatio prætori videretur ſi ex ea cauſa ſibi iuriſdictionem reſeruaret, rectè prætor delegandum putauerit magiſtratibus municipalibus, vt poſsint iubere caueri prætoria ſtipulatione, & in poſſeſsionem mittere ni caueatur, At non etiam vt ſi duretur non caueri liceat ei qui miſſus fuit in poſſeſsionem ſuo nomine poſsidere quia tertium hoc non niſi cauſa cognita fieri ſolet *l. 1. l. 4. §. duas ergo res & ſeq.* D. *de damn. infect.* Quò pertinet quod Paulus ſcribit in *l. vbicunque* 105. *De regul. iur.* vbicunque cauſæ cognitio eſt, ibi prætorem deſiderari. Eſt enim illa lex ex Pauli lib. 1. ad edictum, in quo tractaſſe Paulum ſicut & Vlpianum de ea parte edicti quæ eſt De damno infecto, conſtat ex *l. 1. & l. prætoris* 5. *D. de damn. infect.*

l. 1. l. 4. §. duas ergo res & ſeq. D. de damn. infect. l. vbicunque 105. *de regul. iur.*

CONFVT. I.

De iuriſdictione contentioſa ſummaria quam noſtri æquiparant voluntariæ.

COntra hoc Principium pugnat quod Bart. ad hunc locum ſcribit idem iuris hac parte conſtitutum eſſe in iuriſdictione contentioſa ſummaria quod in volũtaria. Scilicet, vt quod ad eiuſmodi iuriſdictionem pertinet etiam de plano & quocunque loco expediri poſsit ex *l. voluit* 4. §. 1. D. *de interrog. in iur. fac.* Etſi enim fateor iuriſdictionis contentioſæ cognitionem aliam plenariã eſſe, aliam ſummariam, *l. 3. §. cauſæ cognitio De Carb. edict.* cùm tamen vtraque contentioſa ſit, neque hæc neque illa exerceri poteſt, niſi inter plures cõtendẽtes. Et conſequenter ſicut ex eo fit vt nullũ ſit iudiciũ adeò ſummarium quod ſine partis citatione poſsit expediri, ita nec in quo citatã

l. voluit 4. §. 1 De interrog. in iur. faciend. l. 3. §. cauſæ cognitio D. de Carbon. edict.

Digitized

Partem audiri, ac proinde cauſæ cognitionem interponi neceſſe ſit: Quid enim attineret citari aduerſarium ſi non eſſet etiam audiendus? vtrumque enim vt & citādus & audiendus ſit,an,& qua de cauſa cōtradicere velit,ex eodem Principio fit,nimirum ne vel ignorans vel inuitus ad nutum & voluntatem aduerſarij ſui lædatur, vt ſcripſimus ad *Princip.4.illat. 4. De inſtit. & iur. ex l.nam ita* 39.D.*de adopt.l.etiamſi* 29.*§* 1.*D de minor.l.in concedendo* 8.*D. de aqua,& aqua pluu.arc.l.vlt.in princip.*D.*de natal. reſtit.l.de vnoquoque* 47. D.*de re iudic.*At in voluntaria iuriſdictione aliud eſt, quæ tota vt dixi ad vnius hominis voluntatem & petitionem accommodatur. Nec obſtat quod ſcriptum eſt *in d.l.voluit* 4. §. 1. *De interrog. in iur.fac.*ius eſſe ſolum eum locum vbi magiſtratus vel iudex iuris dicendi aut iudicandi gratia conſiſtat *vel ſi domi vel in itinere hoc agat.*Senſus enim eſt poſſe magiſtratum ius dicere interdum etiam domi, aut in itinere, nec ſemper requiri vt ius dicat in loco maiorum,nimirum ſi non de ferenda ſententia plenáque cauſæ cognitione adhibenda tractetur, ſed de præparatorio aliquo iudicij,cuiuſmodi ſunt interrogationes omnes de quibus *ill.tit.*quæ etſi ad contentioſam non ad voluntariam iuriſdictionem pertinent,hoc tamen ſimile habent cum voluntaria iuriſdictione, quod ex interrogantis voluntate pendent, paucíque caſus ſunt in quibus non debeat reſpondere quiſquis interrogatur,dummodo de ſe non de alio interrogetur *l.& quia 6.§.1.l.9.§.alius ill.tit.* Cæterum conſiſtere in aliquo loco prætorem neceſſe eſt vt admittat interrogationem nec eo trāſeunte poteſt fieri interrogatio quomodo fieret manumiſsio quæ eſt voluntariæ iuriſdictionis.

l.& quia 6.§.1.l.9.§. alius De interrog.in iur.faciend.

TIT. VI.

Quib.ex cauſ.manumitt.non licet.

PRINCIPIVM I.

De libertate quæ ſemel competijt,numquam renocanda.

LIBERTAS quæ ſemel competijt reuocari poſteà non poteſt, nec ſi probetur data ex falſa cauſa *§. ſemel autem hoc tit.l.iuſta cauſa* 9.§.1.D.*de manum. vindict. l. ſicut ſemel* 20. *l. ſicut datam* 26. C. *de liber.cauſ.*cum alijs pleriſque in hanc ipſam rem citatis ad *Princip.2. illat. 2.De iur.perſon.ſuprà,* Vbi veram huius Principij rationem retulimus ad merum fauorem libertatis quæ naturalis eſt,& ad naturalē cuiuſque rei in primæuum & naturalem ſtatum reditus propenſionem.*l. ſi vnus* 27.*§.pactus ne peteret D.de pact.* Sicut enim qui liber natus eſt non niſi certis modis & à iure ſiue gentium,ſiue ciuili inductis ex libero ſeruus fieri poteſt.Ita,nec qui è ſeruitute reſtitutus eſt in libertatē,poteſt libertatē illā facilè amittere, Quippe quā nō ſolū habeat ex manumiſſione ſed etiam à natura. Nihil enim aliud adfert manumiſſio, niſi

§ ſemel autem hoc tit. l.iuſta cauſa 9.§.1. D. de manum. vindict.l.ſicut ſemel 20.l. ſicut datam 26.C. de liber.cauſ. l.ſi vnus 27 §.pactus ne peteret in fi. D.de pact.

niſi quod tollit obſtaculum ſeruitutis, quo ſublato talis remanet homo, quales ſunt natura omnes, ac proinde liber. Adeò autem verum eſt reuocari non poſſe libertatẽ quæ ſemel competiit, vt ſi quid ad eam reuocandam additum ſit in illa ipſa clauſula per quam libertas data fuit, tota illa adiectio ſit ineffícax & inanis *l. imperatores* 52. *de manum. teſtam.*

l. imperatores 52. D. *de manum. teſtam.*

ILLATIO I.

De lege Sentia impediente libertatem datam in fraudem creditorum.

EX hoc Principio multa fiunt quę nos iam cumulauimus loco ſuprà citato, Sed illud maximè quod initio huius tit. Iuſtinianus ſcribit, vt in fraudem creditorum datæ libertates per legem Aeliam Sentiam impediantur. Nam ſi non impedirentur, vtique competerent ipſo iure, tanquam ab eo datæ qui habuit ius dandi, id eſt qui dominus fuit. Sicut enim conſtat libertatem non ab alio quàm à domino dari poſſe, vt diximus ad *Princip. i. tit. prox.* Ita certum eſt omnem quicunque dominus ſit habere ius manumittendi niſi quatenus lege vel conſuetudine aliqua prohibetur. Illud autem etiam indubitatum eſt eum qui tam multos habeat creditores vt nec ſoluendo ſit, ſiue ſe ſoluendo non eſſe ſciat, ſiue neſciat, nihilominus perinde bonorum ſuorum omnium dominum manere acſi nullos haberet creditores, Quoniam inter amittendi dominij modos, qui ciuili iure certi ſunt & conſtituti vnus hic non eſt ſi quis incipiat habere creditores (ſicut è contrario nemo rei vllius dominus fit ob id ſolùm quòd nullos habeat creditores,) Adeóque nec ſi ijs creditoribus bona ſua vel generaliter vel ſpecialiter obligauerit cùm neque per conuentionem, neque per traditionem pignoris dominium in creditorem transferatur *l. cum & ſortis* 35. *in fin.* D. *de pignor. act.* ob idque nec prohibeatur debitor quominùs res ſuas alienet earúmque dominium transferat in accipientem ſcilicet cum ſua cauſa *l. ſi conuenerit* 18. *§. ſi fundus eod. l. ſi debitor* 4. §. 1. D. *quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut. l. alienatio* 67. D. *de contr. empt.* Qua ratione fuit neceſſe proſpici à prætore aduerſus huiuſmodi alienationes, non vti ne valerẽt, quod neque prætor ſalua iuris ratione facere potuit, ſed vt quamuis ipſo iure valerent, reuocandæ tamen eſſent ita demum ſi non ſolùm in creditorum fraudem factæ, ſed etiam fraudis conſilium ab emptore participatum eſſe probaretur. Quæ ſumma & ſententia eſt totius edicti prætorij de quo in *l. 1. & tot. tit. D. qua in fraud. credit.* Itaque cùm manumiſſio veluti quædam alienatio ſit *l. obligari* 9. §. 1. D. *de auct. tutor. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* poterat ſufficere prætoris edictum ad reuocandas libertates in fraudem creditorũ datas ſi libertas eſſet ex earum rerum numero quarum alienatio reuocari poſſet. At quia libertas vt diximus vbi ſemel competiit reuocari amplius non poteſt, neque tamen magis æquum eſt vt in fraudem creditorum libertas dari quàm vt quiduis aliud fieri poſſit, oportuit viam excogitari per quam non de reuocanda, ſed de impediendа libertate ageretur. Quod ipſum non aliter fieri potuit quàm per legem, quia quemadmodum lex illa eſt, quæ dominij transferendi modos aut adprobat aut improbat, Ita & ad ſolius legis autoritatem pertinet vt impediat ne per traditionem etiam à domino factam, néve per alium actum quemlibet, qui alioquin ad alienationem vtilem faciendam efficax eſſet, alienatio inducatur. Ob id enim dicitur lex & hominum & rerum omnium regina quòd & de perſonarum iure, & de omnium rerum dominio pro arbitrio diſponat. Ea verò lex fuit Aelia Sentia, per quam expreſſim cautum eſt, ne valeant liber-

L. 1. & tot. tit. Qua in fraud. credit.

L. obligari 9. §. 1. de auctor. tut. l. vlt. C. de reb. alien. non alienã.

tates in creditorum fraudem datæ. Sicut autem huius legis ferendæ neceſsitatem illud præbuit, quòd aliter poſito iure fieri nullomodo poterat vt mi-
numittentium fraudibus vel occurreretur vel ex poſtfacto remediũ quæreretur. Sic & latæ legis æquitas euidens illa eſt, quod nunquã permittendum ſit debitori, vt ſui creditoris ſiue inuiti ſiue ignoranis condicionem alienando faciat deteriorem ex regula generali *l. ſoluendo* 39. D. *de negot. geſt. l. non debet alteri* 74. D. *de reg. iur.* nec qua alia ratione niſi adijciendo ſibi creditorem *l. 1. §. ex contrario* D. *de ſep. v.* quod ipſum non alia ratione receptũ eſt, quàm quia, vt diximus, qui creditores habet, non eò minùs manet dominus, adeò vt ſi poſterioribus creditoribus bona ſua obligauerit quæ prioribus nondũ fuerant obligata, præferendi ſint poſteriores prioribus in bonorum venditione *l. pro debito 6. C. de bõ. autor. iudic. poſſid. l. eos qui 9. C. qui potior. in pign. hab.* Nec ad hunc caſum porrigi poteſt edictum prætoris De reuocandis ijs omnibus quæcũque per debitorẽ geſta ſunt in fraudẽ creditorũ, quia licèt ex noui creditoris adiectione prior creditor dãnũ ſentiat, fieri tamen non poteſt vt fraudis conſiliũ participet poſterior, quem ponimus eſſe verũ creditorẽ, quique vt maximè priori præferatur, nullũ tamen lucrũ aut commodũ ex debitoris fraude ſentit, cùm nihil niſi ſuũ conſequatur. Quænam enim fraus in eo poteſt eſſe ſi initium inſpiciatur, cùm quanto pauperior ſit is qui nouũ ſibi adijcit creditorem, tantò etiã locupletior fiat accipiẽdo ab eo pecuniã quã hoc ipſo ſuã facit? *arg. l. quod bonis* 15. §. *ex donationibus* D. *ad leg. falc.* Sed & obſeruandũ illud eſt quod ex ſuperioribus omnino ſequitur, legẽ Æliã Sentiã, quæ impedit libertates in fraudẽ creditorũ datas nõ ad eos creditores pertinere qui ſeruũ de cuius libertate agatur pignori ſpecialiter acceperint, ſed ad illos tantùm qui vel nullũ prorſus, vel generale duntaxat ius pignoris in eo ſeruo habuerint, quia cæteris non fuit neceſſe per legẽ proſpici, quibus ſcilicet ſatis ſupérq; cautum eſſet per propriam & ſpecialem pignoris conuentionẽ. Seruũ enim ſpecialiter obligatũ conſtat non poſſe manumitti non ſolùm in fraudẽ creditorũ, ſed nec ſi debitor ſit ſoluẽdo, Propter eas rationes quas attulimus ad Princ. 1. *illat.* 3. *ſup. tit. prox. ex l.* 3. D. *de mã. l.* 3. C. *de ſeru. pig. dat. man.* Sic nec edictum prætoris de reuocandis ijs quæ in creditorũ fraudẽ alienata ſunt, ad eos creditores pertinet quos pignoratitios appellamus quòd ex bonis debitoris aliquid vel generaliter vel ſpecialiter pignori acceperint, ſed ad chirographarios duntaxat, quia debitor alienando bona ſua etiam omnia fraudare non poteſt creditores ſuos pignoratitios, quippe qui ex cauſa contracti vtiliter pignoris habituri ſint paratam in rẽ actionẽ & quaſi Seruianã aduerſus quẽlibet poſſeſſorem, cùm alienatio fieri non potuerit niſi cum ſua cauſa, vt iam docuimus. Sed in eo melior eſt cõdicio ſerui manumiſſi, quàm cæterarum rerum obligatarum, quod ſi generaliter tantùm obligatus fuerit ab eo qui etiam poſt datam libertatem non deſiturus ſit ſoluendo eſſe, nõ impeditur ipſius libertas *l. ſi quis* 6. D. *qui ſine manum. ad libert. peruen. d. l.* 3. C. *de ſeru. pign. dat. manum* Cùm tamen in rebus cæteris nihil interſit an generaliter, an ſpecialiter fuerint obligatæ, nec quod ad hoc vt earum alienatio valeat, nec rurſum quod ad illud vt in eas alienatas actio quaſi Seruiana creditori pignoratiti accommodetur. Cuius diſſimilitudinis ratio non ex alio ſanè proficiſcitur, quàm ex fauore libertatis. Quid autem ſit in fraudem creditorum

l. ſolnendo 39. D. de negot. geſt.
l. 1. §. ex contrario D. de ſeparat.
l. Pro debito 6. C. de bon. auor. iudic. poſſid. l. eos qui 9. C. qui potior. in pign. hab.
l. 3. D. de manum. l. 3. C. de ſeruo pignor. dat. manum.
l. ſi quis 6. D. qui ſine manum. ad libert. peruen.

ditorũ manumittere definit Caius *in l.in fraudẽ* 10.*D.qui & à quib.man.* vbi ait,in fraudẽ creditorũ manumittere videri eum,qui vel iã eo tẽpore quo manumittit solvẽdo nõ est,vel datis libertatibus desiturus est solvẽdo esse.Sæpe enim,inquit,de facultatib. suis plus sperãt homines quàm in ijs reuera sit.Quod frequenter accidit his qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus quàm in quibus ipsi morantur,per seruos atque libertos exercent,quod sæpe adtriti istis negotiationibus longo tẽpore id ignorant,& manumittendo sine fraudis consilio indulgẽt seruis suis libertatem.Quibus verbis videtur Caius innuere in fraudem creditorum manumittere videri etiam eum, qui non habeat cõsilium fraudandi,nec aliud quicquam esse inspiciendum,nisi an datis libertatibus desiturus sit debitor esse soluendo,an non: atque ita omnimodo per legem Aeliam Sẽtiam impediri libertatem.Quod tamen non ita est.Prævaluit enim sententia existimantium non aliter libertatem impediri, quàm si is qui dedit animum fraudandi habuerit tametsi bona eius non sufficiant creditorib.vt Iustin.scribit *in §.in fraudem hoc tit.*quod& regulariter in iure nostro obtinet vt fraudis interpretatio non ex euentu tantùm,sed ex cõsilio quoque sumatur *l.fraudis 79.de reg.iur.* vbi quod dicitur *semper* accipe pro *regulariter*, non enim semper idem est vt constat ex *l.vlt. C. qui man.non poss.* licet malè nonnulli in hanc rem adferant *Last prator.*10.*§.1. que in fraud. cred.*Ibi enim fraus & ex euentu & ex consilio simul æstimatur.Et sanè cùm verba legis sint generalia nec distinctionẽ hãc inducãt,vtrum euentu tantùm an etiã cõsilio fraus facta sit,facilè potuit libertatis fauor hãc interpretationẽ extorquere. Ac nisi me valde fallo mancus & mutilus est locus ille Caij quem proximè retulimus supplendúsque ex *d. §. in fraudem*, vt interseratur tota illa clausula quæ est apud Iustinianũ,*Prævaluisse tamen videtur,nisi animũ quoque fraudãdi manumissor habuerit,nẽ impediri libertatẽ, quamuis bona eius creditoribus nõ sufficiant.* Non solùm quia locus hic Institutionum ex illo Caij desumptus est, vt præcedentia & sequentia demonstrant, sed etiam quoniam non aliter quadrare potest ratio illa quam Caius reddit, quòd sæpe de facultatibus suis plus quàm in ijs sit,homines sperent.Ad excusandam enim magis, quàm ad coercendam manumissoris fraudem pertinet, sicut & postrema illa legis verba *& manumittendo sine fraudis consilio indulgent seruis suis libertatem.*Et verò ad id expressim accõmodatur ratio hæc à Iustiniano, quod proximè dixerat prævaluisse sententiam existimantium non aliter impediri libertatem quàm si fraudandi consilium accedat.Nemo autem probabiliter dixerit eandem rationem facere posse vt libertas & valere debeat, & impediri.Neq, rursum Caius in principio legis sic loquitur vt dicat absolutè in fraudem creditorum manumittere illum qui vel iam eo tẽpore quo manumittit solvẽdo non sit, vel datis libertatibus desiturus sit soluendo esse, sed *manumittere videri*, vt intelligamus si nihil hic nisi res ipsa spectetur, fraudẽ reuera fieri creditoribus qui nõ sint habituri vnde suũ cõsequãtur,sed tamen quod ad hanc legẽ Æliã Sentiã id non sufficere ad impediẽdã libertatẽ,si nõ adsit etiã animus fraudãdi.Eámq; aliorũ quoq; Iurecõsultorũ sẽtẽtiã fuisse apparet ex Iuliano *in l.si quis cùm haberet* 15, *D. que in fraud.credit.* vbi ait,ad hoc vt rescindãtur libertates in fraudẽ creditorũ datę,& cõsiliũ fraudis & euentum exigi, adeóque quod magis mirum est in eorundem creditorũ persona.Ex quo infert, si quis cùm haberet Titiũ creditorẽ,& sciret se soluendo non esse libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea

l.infraudem 10. *D. qui.& à quib.manum.*

§. in fraudem hoc tit. l.fraudis 79 de reg.iur.

ris fidem ſecuti ſunt, quàm ſi iã ipſo cõmentę fraudis tempore creditores fuiſſent. Imò tantò æquius, quantò improbior eſt is, qui fraudem ſuam fide ſua nõ modò potiorem, ſed etiã antiquiorẽ eſſe velit. Illud tamen ſciendum eſt fraudandi animũ & conſiliũ in hoc tractatu nõ ex eo ęſtimandũ eſſe, quòd manumiſſor eo tantùm animo & propoſito dederit libertates, vt fraudaret ſuos creditores ſiue preſentes ſiue futuros, ſed ſufficere vt ſciuerit tunc cùm libertates dedit, aut ſe iã ſoluendo nõ eſſe, aut datis libertatibus deſiturũ ſoluendo eſſe, licèt alioqui iuſtiſſimã habeat liberratis dãdę cauſam, puta ſeruo de ſe bene merito. Id enim eſt quod generaliter Põponius ſcribit in *l. ſemper 23. qui & à quib. manum.* ſemper in fraudẽ creditorũ libertatem dari ab eo qui ſciret ſe ſoluendo nõ eſſe, quamuis dederit bene merẽti. Aliter ſi quidẽ poſito iure nihil eſſet facilius quàm fraudari impunè creditores datis libertatibus ſi ad cõuincẽdam fraudẽ probandũ haberent quid manumiſſor teſtamenti tẽpore animo & mẽte agitaſſet: Vt & cæterorum omnium perdifficilis probatio eſt quæ in animo conſiſtunt *l quia plerumque 3. De interrog. in iur. fac. l. nõ omnes 5. §. à barbaris D. de re milit.* Dices hoc ipſum quod creditoribus probãdum eſſe dicimus, quòd manumiſſor ſciuerit ſe habere creditores, ex earum rerum numero eſſe quæ ſtant in animo. Sed quamquam ita eſt, facilè tamen probari poteſt ſcientia ex factis aliiſque rerum argumentis quæ videntur, puta ex inſtrumentis contractuum ab hoc ipſo manumiſſore celebratorum. Neque enim audiendi erunt ſerui teſtamento manumiſſi, ſi velint contendere defunctum ea ignoraſſe quę ipſe geſſerat *l. quanquam 7. D. ad SC. Velleian.* Id etiam obſeruandum eſt quod Iulianus in *d. l. ſi quis cum haberet*, ſic loquitur, vt dicat libertates in fraudẽ creditorum datas reſcindi. Aliud enim eſt reſcindi, quomodo & alij iurecõſulti paſſim loquũtur, cùm tractãt de huiuſmodi libertatibus in fraudẽ creditorum datis, aliud verò reuocari. Non poteſt, vt Principium noſtrum habet, libertas reuocari, ſed reſcindi facilè poteſt: Reuocari enim libertatem cùm dicimus, hoc ipſo ſignificamus tractare nos de libertate quæ ſemel competierit, Siquidem reuocari non poſſet per rerum naturam illa quę nunquam competiiſſet, cùm priuatio habitum ſemper preſupponat, vt diximus ad Prin. 4. *tit. De ingen.* At reſcindi libertatem qui dicit nihil niſi datam eſſe libertatem præſupponit. Datam, inquam, non à iure, ſed ab homine. Denique reuocatio ſignificat, poteſtatem iuris, reſciſſio verò poteſtatem facti, & quidem eius quod non ſit hominis, ſed legis. Quod addere lubet, vt intelligamus aliud eſſe reſcindi libertatem, aliud adimi. Reſcinditur à lege, Adimitur à teſtatore *l. ſi ſeruus 50. D. de fideic. libert.* quamuis & à lege interdum adimi dicatur, eo ſenſu, vt perinde omnia obſeruentur acſi ab ipſo teſtatore adempta eſſet *l. vnic. D. de adẽpt. libert. l. ſi ita ſcriptum 13. §. regula D. de liber. & poſthu.* Dicat aliquis non poſſe reſcindi libertatem, quę ipſo iure non teneat, quoniam id quod ipſo iure nullũ eſt neq; reſcindi neque rũpi poteſt *l. nã etſi 5. ver. puto D. de inuſt. rupt.* Reſpondeo tenere ipſo iure dationẽ libertatis in propoſita ſpeci, id eſt quoties verus dominus etiã qui ſe ſoluẽdo nõ eſſe ſciuit proprios ſeruos manumiſit, ſi excludas legis Ælię Sentię poteſtatẽ, quæ hoc ipſo quod hãc libertatẽ impedit ne valere poſſit cũ alioqui eſſet valitura, nõ malè dicitur eam reſcindere. Quomodo & alienationẽ prędiorũ minoris ſine decreto factã cõtra orationẽ Diui Seueri, dicimus reſcindi nõ ſolùm autoritate illius orationis & ſenatuſcõſulti quod ad eam orationẽ factũ eſt, ſed etiã per ſentẽtiã præſidis

L. ſemper 23 qui & à quib. manu.

Reſcindi libertatem facilius eſt, quàm reuocari.

Aliud eſt reſcindi libertatẽ, Aliud adimi.

L. ſi ſeruus 50. D. de fideic. libert. L. vnic. D. de adempt. libert. l. ſi ita ſcriptum 13. §. regula de libert. & poſthum.

L. etsi is 9. C. de pred. minor.

l. etsi is 9. C. de pred. minor. quãuis sit ipso iure nulla, quis ipso iure valeret tãquã à domino facta si per senatusconsultum non impediretur. Sentẽtia enim prẽsidis nihil nisi executio aut potius viua vox senatusconsulti est, Vt de iure prętorio dicimus esse id viuã vocem iuris ciuilis *l. nã & ipsum* 8. D. *de iust. & iur.* Itaq; cùm dicimus rescindi libertatẽ, minùs propriè loquimur, pro eo quod est, rescindi manumissionem. Ipsa nãq; manumissio facti est, Ius autem quod ex eo facto nascitur, datio libertatis. Id verò duntaxat, quod facti est rescindi per legẽ potest, hoc est pro eo haberi vt pro non facto habeatur, non etiam, id quod est iuris. Occurrit enim lex manumissioni non vti ne fiat, quod facere lex nequit, sed ne iuris effectum illum habeat quẽ haberet si lex non esset impedimento, id est ne possit libertas cõpetere ex eiusmodi manumissione. In eámq; rem nimirum necesse est manumissionem ipsam per legem Æliã Sentiam rescindi viuo adhuc testatore, id est in ipso saltem vltimo instanti vitæ, quod & mortis instans est (quo demum instanti iã certa lex est & cõsilio & euẽtu fraudẽ creditoribus factam esse,) Ne alioqui serum sit eius legis auxilium, confirmata iam ex eo mortis instanti suprema defuncti hominis voluntate per legem duodecim tabularum quæ sicuti per legem Æliam Sentiam sublata non est, ita nec quominùs vires suas exerat, totúmque testamentum confirmet, impediri potest. Ex quo magis intelligimus legis Æliæ Sentię potestatem non in eo consistere, vt rescindat competentem libertatẽ, quia etiamsi nihil esset quod testamentariam manumissionem rescinderet, aut effectũ eius impediret, non priùs tamen ex ea competeret libertas, quàm testamẽtum ex lege 12. tab. confirmatum esset. Non ergo iam competentem libertatem impedit lex Ælia Sentia, sed competituram.

Lex Aelia Sentia non rescindit libertatem iam competentẽ, sed impedit competituram.

De differentia libertatis directæ & fideicommissariæ datæ in fraudem creditorum.

QVod autem diximus, non aliter impediri libertates in fraudem creditorũ datas, quàm si mens, & consilium fraudãdi cum fraudis effectu concurrat, ad libertates duntaxat directas pertinet, ad fideicõmissarias nõ item. Nã in his placet solum fraudis euentũ spectari, nec illud etiã requiri vt fraudandi animum habuerit manumissor *l. vlt. C. qui manum. nõ poss.* An quod lex Ælia Sentia in iis locum habeat, vt plerique putãt? Minimè. Potiùs enim ea res facere deberet, vt ex fideicõmisso data libertas, quamuis in creditorum fraudem defenderetur: cùm si tollas impedimentum legis Sentiæ nihil supersit quod obstare queat quominùs verè liber sit is qui manumissus est ex causa fideicõmissi tanquam à vero domino manumissus, tametsi fideicommissum ab eo iunctum proponatur, cuius hereditas non sit soluendo. Et verò fuerunt generalia verba legis Æliæ Sentiæ ad omnes omnino libertates pertinentia, quęcunq; in fraudem creditorum datæ essent, siue inter viuos, siue in vltima voluntate, siue directò, siue per fideicommissum. Ex omni enim causa & omni casu creditoribus in hac parte lex Sentia prospexit *l. in fraudem* 27. *l. generaliter* 29. *& pass. D. qui & à quib. manum.* Quid ergo est? Aliter accepta lex fuit quod ad directas libertates, siue inter viuos, siue testamento datas, Aliter quod ad fideicommissarias: Nõ equidem quod ad hoc, vt magis minúsve hę quàm illæ valeant si in fraudem creditorum datæ probentur, sed vt in hoc ipsò æstimando an in fraudem creditorum datæ sint necne, minùs fauorabilis inter-

L. vlt. C. qui manumitt. non poss.

In fraudẽ 27. l. generaliter 29. & pass. D. qui & à quib. manum.

interpretatio fiat pro fideicõmissariis quàm pro directis, propterea quod directę nõ aliter in fraudem creditorũ datę intelligãtur quàm si fraudis cõsiliũ precedat, fideicõmissarię verò contrà, si modò euentus fraudẽ habeat. Hoc ipsum verò cur ita? Suauis mehercule est Bartolus ne dicã ridiculus dum hîc subtilẽ agit in perquirẽda dissimilitudinis ratione. Ait enim, Ex eo quod supponitur traus in directa libertate, cõiecturamus, inquit, incõtinenti fraudem cùm habeat paratã executionem, sed quia nemo dolosus prima facie presumittur, ideò duo requiruntur. At in fideicõmissaria, suspenditur eo quod datur, & rogatur de vno in aliũ, Et ideò cùm in illo suspenso seu interuallo res dicatur quodãmodo stare in aere, non coniecturat lex nec ex isto nec ex illo fraudem, sufficitq; solus euentus. Quibus verbis quid sibi velit ille planè non intelligo. Nec enim directa libertas si testamento data sit, paratã habet executionem, cùm nõ priùs cõpetat quàm testamentum per legẽ 12. tab. confirmatum sit, quod iã sępius diximus non fieri nisi mortuo testatore. Interim igitur libertatem in suspenso manere necesse est in id saltẽ vsq; tẽpus quo testator decesserit. Vnde etiã fit vt si testamenti tẽpore fuerit non soluendo is qui libertatem dedit, locupletior verò & soluendo factus decesserit cõpetat libertas, quia fraudandi consilio euentus non responderit, Cùm tamen si ea manumissio testamentaria paratam haberet executionem, vtique per legem Æliã Sentiã impediretur. Deinde quid obsecro illud est quod ait Bart. libertatem fideicõmissariã quãdiu pręstita non est, stare quodãmodo in aere? Aut quid potest ea res habere cõmune cũ hoc de quo quærimus, Cur in fideicõmissariis libertatibus solus euentus spectetur? Dicẽdũ igitur est libertates fideicõmissarias esse minùs fauorabiles quàm directas, quia neq; liberã habent voluntatem heredis manumittentis, neque iussã testatoris qui iussit manumitti. Non habent liberam heredis voluntatem, quia iussu testatoris & coactus magis quàm sponte censetur manumittere, qui manumittit ex causa fideicommissi *l. si quis hac lege 13. §. 1. in fin. D. de oper. liber.* Vnde fit vt nec nisi in quibusdã patroni iure & nomine censeatur *l. nequaquam 24. D. de excus. tut. l. qui ex causa 29. De bon. libert.* Rursum non habẽt fideicommissariæ libertates iussã testatoris voluntatẽ, quia lex 12. tab. quæ sola cõfirmat supremas omnes defunctorum voluntates, de directis tãtùm libertatibus locuta est, de fideicõmissariis verò nullomodo non magis quàm de cęteris fideicommissis, quorum nec vsus, nec vigor vllus fuit, at ne quidem cognitum eorũ nomen ante tempora Augusti, inductúmq; vsum codicillorũ, vt dicemus ad *tit. De codicil. infr.* Nã vt hoc obiter moneamus, etiamsi maximè fideicõmissa iã tùm in vsu fuissent cùm promulgatę sunt leges 12. tab. fieri tamen non potuit vt lege 12. tab. confirmarentur, quia cùm lex non possit confirmare defuncti hominis voluntatẽ nisi talem qualis est, alioqui confirmatio dicenda non esset, sed reformatio, eueniret necessariò, vt quẽadmodũ testator non imperauit heredi cuius fidei cõmisit, vt seruum manumitteret, sed cum duntaxat rogauit, sic à lege nõ iuberi pręcisè & imperari, sed tãtùm rogari heredẽ oporteret: quod tamẽ omnino alienũ esset à maiestate legis, cuius virtus in eo consistit, vt iubeat, vel vetet, vel puniat, nõ in eo etiã vt roget *l. legis virtus 7. D. de legib.* Rogare nãque eius est qui imperare vel non audeat vel non possit, quorũ neutrum legi vlli conuenit. Sed & ob hanc ipsam causam indignus videtur is qui fideicommissum relinquit, vt eius voluntatem lex adiuuet & cõfirmet, cùm asperuatus ille sit beneficium legis in eo quod heredis sui fidei maluit com-

Libertates fideicommissaria minus fauorabiles quàm directæ, Et quare.

L. si quis hac lege 13. §. 1. D. de oper. liber.

l. nequaquã 24. D. de excus. tutor. l. qui ex causa 29. D. de bon. libert.

Cur fideicõmissa nec sint nec vnquam fuerint legitima.

L. legis virtus 7. D. de legib.

mittere id, quod vt fieret præcisè pro suo iure poterat si maluisset imperare. Non igitur iusta dici potest voluntas testatoris qui cùm directã libertatem dare posset maluit dare fideicommissariã non quòd ea voluntas æqua nõ sit, sed quia iuris auxilio munita non est & confirmata. Proinde nulla causa est cur non impediri debeat omnimodo fideicommissaria libertas per legem Æliam Sentiam, si futurum sit vt ex eius præstatione creditores fraudentur. Nec debuerunt legis Ælię verba quæ fuerunt generalia, donari hac parte eadem interpretatione qua donantur cùm de directis libertatibus agitur, siue inter viuos, siue testamento datis, vt nimirum fraudis quoque consilium exigatur, cùm sit æquissimum fauorabiliorem causam esse creditorum, siue onerosam, siue etiam lucratiuam causam habeant, quique ex huiusmodi manumissione damnum paterentur, quàm huius libertatis fideicommissariæ quæ nec iusta testatoris, nec libera heredis voluntate nitatur. Si testamento libertas directò data esset, non tam facilè prohibenda & impedienda esset, quippe quæ iusto testatoris iudicio relicta, legis auxilium & cõfirmationem vtique mereretur. Si inter viuos à domino vltro præstita proponeretur, puta ab hoc ipso herede quem ponimus rogatũ vt manumitteret, dubitandum etiam non esset, quin valeret, nec per legem Æliã impediretur, quia præstita esset ex libera veri domini voluntate, tametsi reuera fraudarentur creditores dum ne fraudandi consilium vllum præcessisset. At in fideicommissaria libertate omnia vt diximus sunt diuersa, Ita vt non solum cæterorum creditorum potior causa esse debeat, quàm huius serui ex fideicommisso manumissi, sed eorum etiam quibus aliquid ex fideicommissi causa debeatur, vt scriptum est in *d.l.* 27 *qui & à quib. manum.* Ex causa, inquam, fideicommissi ab eo ipso debiti qui libertatem fideicommissariam dedit: Sic enim is locus accipiendus est non de fideicommisso quod ille ipse reliquerit : cùm fideicommissarius nunquam dici possit creditor sui testatoris.

d.l. in fraudem 27. D. qui & à quib. manu.

Casus in quo melior est condicio libertatis fideicommissariæ quàm directæ.

L. Papinianus 8. §. vlt. D. de inoffic. testam. cum seq.

ILlud obstare superioribus videtur, quod fideicommissariarum libertatum melior interdum condicio est quàm directarum, vt in specie *l. Papinianus* 8. *§. vlt cum l. seq. D. de inoff. testam. vbi scriptum est*, Siquidem testamentum inofficiosum dici cœptum est quinquennium ex magna & iusta causa, non esse reuocandas libertates quæ vel competierunt, vel præstitæ sunt, sed viginti aureos à singulis præstandos victori, Sed si intra quinquẽnium filius egerit libertates quidem directas non competere, verumtamen filium libertates fideicommissarias præstaturum, scilicet viginti aureis & hoc casu à singulis præstandis. Sed responderi potest casum hunc specialem quandam habere rationem, quia fauor libertatis facere non potest, vt competant libertates ex eo testamento, quod per querelam inofficiosi testamenti ruptum & rescissum fuit, At fideicommissaria libertas non ex testamento ipso competit, sed ex facto heredis qui manumittit. Itaque nihil vetat liberum fieri eum qui manumissus sit ab herede licèt ex causa fideicommissi in eo testamento relicti quod per querelam ruptum fuerit & rescissum. De quo tamen, & quæ tota illius loci sententia videnda sunt quę scripsimus alibi: præsertim verò in Rationalibus.

ILLA-

ILLATIO II.

De minore 20. annis prohibito manumittere nisi causa cognita.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt eadem lege Ælia Sentia necesse fuerit prohiberi minorem annis viginti ne seruum suum manumittere posset nisi causa cognita & apud consilium adprobata *l.1. D. de manum. l. si minor 11. & seqq. D. de manum. vindict.* Nã si lex non prohiberet, vtique manumissio valeret tanquã à domino facta quãuis à minore. Etsi enim manumissio alienatio quædã est *l. obligari 9. § 1. De autor. tutor.* non tamẽ minori probibita est alienatio rerum suarum prẽterquàm immobilium idque per orationem Seueri de qua in *l.1. & tot. tit. De reb. eor. qui sub tutel. D. & De pred. minor. C.* in quo immobiliũ genere serui nõ cõtinentur, sed in genere mobiliũ *l.3. § Nerua filius De acquir. poss.* Sed & oratio Seueri De nõ alienãdis prẽdiis minorũ posterior fuit lege Sẽtia. Idcóq; fuit omnino necessaria lex Ælia Sẽtia ad impediendã serui à minore manumissi libertatẽ. Cur autẽ libertas hẽc impediri debuerit, ratio illa fuit, quòd res tãti momẽti quãti libertas est, non nisi certo animi iudicio dari debeat, vel ob hoc ipsum quod semel data reuocari nunquã potest, neque prætextu ætatis, neque alio quolibet vllo colore *l. si ex causa 9. § vlt. D. de minor. & tot. tit. C. si aduers. libert.* Satisq; libertati in hoc indultum est quod etiã minori annis 25. dummodo maiori 20. permissum est dare libertatem sine spe restitutionis, cùm ex cæteris bonis suis nihil administrare possit ante 25. quin si lẽsus sit paratũ habeat auxilium restitutionis. *Tot. tit. De minor. D. & De in integr. restit. minor C.* Sed & cùm præcipua vis patrimonij consistat in seruis propter infinita cõmoda quæ dominis per seruos iure potestatis acquiruntur, non facilè fuit permittendum minori, vt ex hac parte patrimonium suum diminueret sine causa, quãdiu saltem vicesimum annum non impleuisset, quãdoquidem experiẽtia quotidiana compertum est, quàm sit debile & infirmum hominis cuiusque iudicium ante eam ætatem, præsertim ad agenda illa, quæ maioris ponderis & momenti esse videantur. Non enim ex luxuria, quæ in ea potissimum ætate maximè dominatur, neque ex deliciis quibus adolescentia studere solet, sed ex iustis adfectionibus danna est libertas *l. illud 16. D. de manum. vindict.*

L. 1. D. de manumiss. l. si minor. 11. & seqq. D. de manum. vindict. Seruus in numero mobilium.

L. si ex causa 9. § vl. D. de minor. & tit. C. si aduers. libert.

L. illud 16. D. de manum. vindict.

ILLATIO III.

De neganda minori aduersus datam libertatem restitutione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt libertas siue à maiore annis viginti, siue à minore quidem data, sed post iustã manumissionis causam apud consilium probatã reuocari nũquã possit, neque auxilio restitutionis in integrũ & beneficio ætatis, neque ob id quod manumissionis causam probatã posteà falsam fuisse appareat *d. l. si ex causa 9. § fin. D. de minor. l. iusta 9. § 1. D. de man. vindict.* vbi additur idem esse non solùm si causa quæ probata est iusta fuerit, sed falsa, verũctiã si iniusta, dummodo semel fuerit recepta. Id enim est quod lex ait *qualiscũq; causa probata sit & recepta.* Nã siue iusta manumissionis causa sit siue iniusta, & siue vera, siue falsa, fauor libertatis facit vt sufficiat & probatã esse & receptã, ad hoc vt ex eiusmodi manumissione libertas competat, semel autẽ cõpetẽs nunquã reuocetur. Et vt ibidẽ subiungit Marcianus, causę

L. iusta 9. § 1. D. de manum. vindict.

Digitized by Google

probationi contradicendum,non etiam cauſa iam probata retractanda eſt §. *ſemel autem hoc tit.* De iuſtis verò cauſis manumiſſionis tractatur in *d.l.*9. 11. *& ſeqq. De man.vind.* Denique ex eodem Principio alia multa fiunt,quæ nos iam cumulauimus ad *dict.Princip.*2.*illat.*2.*ſup.De iur.perſon.*& quę hic repetere nil eſt neceſſe.

Caſus in quo videtur reuocari libertas quæ competere credebatur.

L. *Papinianus* 8.§. *vlt. cum l. ſeq. D. de inoffi. teſtam.*

COntra hoc Principium pugnare videtur quod diximus ex *d.l.Papinianus* 8.*vlt. & l.ſeq.D de inoff.teſt.* libertates eo teſtamento datas quod inofficioſum poſteà pronunciatũ fuerit,reuocandas eſſe ſi modo intra quinquenniũ actũ ſit de inofficioſo.Sed obſeruandũ eſt,nõ ſic nos locutos fuiſſe, nec ſic loqui Modeſtinum in *d. l.*9. ſed hoc caſu libertates directas nõ competere.Nã ſi ſemel competiiſſent,proculdubio reuocari nunquã poſſent. Illud tamen non abs re mirari quis poſſit,Cur non competãt, cùm inofficioſi teſtamenti querela non detur niſi cõtra heredem,id eſt poſt aditã hereditatẽ *d.l.Papinianus* §.*ſi condicioni.* Ab adita autem hereditate cedat dies libertatis *d.l.vnic.*§.*libertatibus C. de caduc.to.*& quidem vtiliter,ſiquidem nec adiri poteſt hereditas niſi ex eo teſtamento quod ipſo iure valeat, quẽadmodũ nec per inofficioſi querelã,aut alio modo reſcindi poteſt teſtamentum, niſi quod ipſo iure tenet. Verùm dicendum eſt non poſſe competere libertates ex eo teſtamento quod inofficioſum pronunciatum eſt, quia per inofficioſi querelã reſcinditur teſtamentũ hoc colore quaſi non ſanę mẽtis fuerit teſtator cùm teſtamentum ordinauit *l.*2.D.*de inoff.teſt.* Nec proinde quicquam valere poteſt quod eo teſtamento datum ſit,adeò,vt nec ab inteſtato repeti poſſit,tanquam datum à demente *l.Titia* 13.*in fin.l.cùm mater* 28.*eod.tit.* Itaque ad rem non facit, quod ex eo teſtamento hereditas iam adita proponatur.Aditio enim fit irrita rupto reſciſſóque teſtamento,& exitum inteſtati facit paterfamilias ex poſtfacto ſaltem pro ea parte pro qua de inofficioſo actum & obtentum eſt *l.mater decedens* 19.*l.circa* 24.*eod.*

L.2. *l.Titia* 13.*in fin. l. cùm mater* 28.*eod.*

L. *mater de cedẽs* 19.*& l. circa* 24. *eod.*

PRINCIPIVM II.

De *fraude quam lex Ælia Sentia requirit ad impediendam libertatem.*

LEx Ælia Sentia impedit libertatem ab eo datam qui ſoluendo non eſt, ſi fraus non tantùm euentu ſed etiam cõſilio & propoſito facta ſit,præterquàm ſi de fidecommiſſaria libertate agatur, in qua placuit ſolum euentum ſpectandum eſſe, *l.in fraudem* 10. *D.qui & à quib.manum.l.vlt.C.qui manu. non poſſ.* Quę omnia quam ſententiam & rationem habeant iam ſatis explicauimus Princip.præcedente.

L.*in fraudẽ* 10.*D.qui & à quib.manum. l. vlt. C.qui manum. non poſſ.*

ILLATIO I.

De *libertate ob inopiam teſtatoris impediendâ licèt heres ſit locuples.*

L. *cùm hereditas* 5. *in princ.qui & à quib. manum.l. ſi locuples* 57.D. *de manum. teſt.l.*5,C.*eo.*

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iulianus ſcribit in *l.cùm hereditas* 5.*in Princip.qui & à quib.manum.*cùm hereditas ſoluendo non eſt,libertatẽ nõ eo magis ex teſtamento cõpetere poſſe,quod heres locuples exiſtat, *l.ſi locuples* 57.*D.de manu.teſt.l.*5.C.*eo.*Non ſolũ quia lex Ælia Sentia generaliter locuta eſt,non adhibita ea diſtinctione,An inopi debitori eidémq;manumiſſo-

numiſſori locuples heres extiterit,necne,ob idq;generaliter etiã intelligẽda eſt vulg.*l. de precio* 8.D.*de publie. in rem act.l.*1.*§.pen.D.de aleator*. Sed etiam, quia neſciri poteſt an locuples heres extiturus ſit necne,niſi agnita demũ hereditate,cùm dãnoſam hereditatẽ adire nemo compellatur *l.nec emere* 16 C. *de iur.delib.*imò nec opulentã *l.* 4. *D.ad SC.Treb.l.ſi in teſtamento* 22.*in fi.*D.*ſi quis omiſ.cau.teſt.*Interim autẽ id eſt adhuc incerto eo,& ex ipſo inſtanti quo hereditas per legem 12.tab.conſtituitur,hoc eſt quo paterfamiliãs defunctus eſt,lex Ælia Sentia vires ſuas exerit & impedit libertatẽ,ne per 12.tab. legem hac parte cõfirmari teſtamentũ poſſit,quod tamẽ confirmatũ eſſe neceſſe eſt priuſquàm ex eo hereditas acquiratur,ſiquidem acquiri nõ poteſt, niſi quæ priùs fuerit delata *l.delata* 151. D*e ver.ſignif.* nec rurſus deferri niſi per legem ſiue ex teſtamẽto,ſiue ab inteſtato *l.lege obuenire* 130.*eo.*nec deniq;deferri per legẽ ex teſtamento priuſquàm ea ipſa lex confirmauerit teſtamentũ.Inde igitur fieri neceſſe eſt,vt hereditatis agnitio quãdocunq; ſecuta per quã factũ ſit, vt egeno debitori locuples heres nũc exiſtat,facere tamen nõ poſſit vt conualeſcat libertas quę iã ſemel reſciſſa & impedita fuit. Non enim huiuſmodi legis Ælię Sẽtiæ impedimẽtũ tale eſt,quale hominis vt plurimùm eſſe ſolet,hoc eſt,vt dũtaxat libertatẽ ſuſpendat & remoretur,ſed tale vt omnino impediat ne vnquã ea libertas competere poſſit,id eſt,vt ab initio eã reſcindat.Quæ autem ſemel reſciſſa eſt, quomodo redintegrari ex poſtfacto poteſt?Quare ad rem non pertinebit ſi quis obiiciat,non aliter legi Ælię Sentię locum eſſe quàm ſi non tantùm conſilio,ſed etiã effectu ipſo fraus creditoribus facta ſit, fraudem autem in effectu nullam eſſe, cùm heres locuples eſt, cùm nihil interſit creditorũ an ex defuncti debitoris ſui bonis, an ex heredis patrimonio ſuum conſequantur, poſtquàm per hereditatis aditionem confuſa ſunt bona,& hereditas defuncti cõuerſa in patrimoniũ heredis,obligato exinde herede ad omne æs alienum quod defuncti fuit *l. vlt.* D.*ſi pars hered.pet.l.more* 8.D.*de acq.hered.l.*3.*§ ſi is qui De Carbon.edict.* Nã reſpõdeo, Vt fraus creditoribus nõ tãtùm conſilio,ſed etiã effectu,& euentu facta eſſe intelligatur,ſufficere quòd hereditas ſoluendo non ſit eo tẽpore,quo aditur, *l.ſi mortis* 18.*D.qui & quib.manum.*atque ita ex eo inſtanti legem Æliam Sentiam reſcindere libertatem,non expectato quod adita ſit hereditas,factáque confuſio bonorũ,vt iã dictum eſt.Minùs verò obſtat ſi quis dicat, ſoluendo eſſe hereditatem quęcunque inueniat heredem *l.libertus qui ſoluendo* 36. D. *de bon.libert l.quæ dotis* 33.D*e ſolut.matr.*ſicut & quę inuenit emptorem *l.*3.*in prin.D.ad leg.falci.*Id enim eò pertinet,vt perinde teneatur heres de ſuo ſoluere creditoribus hereditariis acſi locupletiſſimam hereditatẽ nactus eſſet, At non etiam,vt eo minùs ſit locus legi Æliæ Sentiæ, quę ſcilicet expectare nõ poteſt,vt hereditas quã certũ eſt nõ eſſe ſoluẽdo ante aditionẽ,fiat ſoluendo per aditionẽ,quia legis virt' & poteſtas in ſuſpẽſo manere nequit,ſed quo primùm inſtanti poteſt operatur,Vbi verò ſemel operata eſt, multo minùs fieri queat vt quod fecit,vel irritũ faciat, vel irritũ vllomodo fieri patiatur.

L. ſi mortis 18.D.*qui & à quib.manum.*

L. libertus qui ſoluẽdo 36.D.*de bõ. libert.l. quæ dotis* 33. *De ſolut. matr. l.*3 D. *ad leg. falcid.*

ILLATIO II.

De libertate data citra fraudandi conſilium ab eo tamen qui non erat ſoluendo.

SEcundò ex eodem Principio fit,quod ſequitur apud Iulianum in *d.l cùm hereditas*, Si is qui ſoluendo non erat, hoc modo libertatem dederit *Si creditoribus meis ſolidum ſolutum fuerit, Stichus liber eſto*, valere

L.cùm hereditas, & d. l.ſi locup es.

dationem libertatis,quia non possit videri testator hic fraudandorum creditorum suorum animum & consilium habuisse. Quod & Caius confirmat in *d.l.si locuples* 57.D.*de manu.test.*vbi addit hunc qui sub condicione supradicta seruũ suũ liberum esse iubet vsque adeò sine fraudis cõsilio libertatem dare videri,vt è contrario apertissimè curet ne creditores sui fraudẽtur.In quo tamen mirum illud est quod idem Caius refert Iulianum in contraria fuisse sententia, & existimasse ne eum quidem libertatem consecuturum quem is qui soluendo non esset,ita liberum esse iussisset *Cùm æs alienum solutum erit, Stichus liber esto.*Nisi quis dicat Iulianum in *d.l.sùm heredit.* hoc tãtùm scripsisse & admisisse,quod certè verissimum est testatorem qui eam libertati condicionem adscripserit,nihil in fraudem creditorum fecisse videri,Sed nõ ideo statim consequens esse,vt putauerit valere libertatem.Potuit enim Iulianus credere nec omnino improbabiliter,inutilem eam esse, at alia ratione. Illa,vt puto,quòd testator qui sciens se soluendo nõ esse.libertatẽ dat sub hac condicione(nam in eo qui se soluendo esse putasset dubitationem res nõ haberet,ne quidem purè data libertate)non videatur animum habere dandę libertatis,Sicuti de eo dicere idem Iulianus solebat,cui libertas data quidem esset, at collata in tam longum tempus,vt tunc viuere manumissus non posset,Aut si tã difficilem ac penè impossibilem condicionem testator adscripsisset,vt aliunde obtingere libertas non posset, puta si heredi millies dedisset *l.4.§.1.D.de statulib.*Aut si Stichum,cùm is moreretur,liberum esse iussisset *l.vlt.D.de manum.testam.* vbi Pomponius ex eodem Iuliano scribit libertatem quæ in vltimum vitæ tempus collata sit ideo nullius momenti esse quòd testator impediendę magis quàm dandę libertatis gratia ita scripsisse intelligatur.Adeò vt etiamsi ita scriptum sit *Stichus si in Capitolium non ascenderit liber esto,*perinde tamen inutiliter datam esse libertatem Iulianus putauerit,non quidem absolutè,sed ita demum si appareat,quòd testator in vltimum vitæ tempus libertatem conferre,nec Mucianæ cautioni interim locum esse voluerit.Alioqui cùm huiusmodi condiciones positæ in non faciẽdo quæ per rerum naturã non nisi vltimo vitæ momento impleri possunt, admittant remedium Mucianæ cautionis,vt pro statim impletis habeantur *l.4.§.1.D.de condict.instit.l.cùm tale 72.in princip.& §.1.De condict.& demonst.* posset hæc condicio viuo Sticho & ante mortem impleri commodè si testatoris voluntas nõ obstaret. Similiter igitur posset quis pro Iuliano dicere animum dandæ libertatis nullum esse.in eo,qui sciens se non esse soluẽdo,nõ aliter tamen Stichum liberum esse iubet quàm sub ea condicione si æs alienum fuerit exsolutum. Quomodo enim exsolui potest,cùm hereditas non est soluendo?Dices pro Caio,posse fieri, vt exsoluatur per heredem qui locupletes futurus sit.Et sanè ita necessariò supponendum est totum æs exsolutum fuisse ab herede,vt libertas ista competat,non quidem ad excludendam legis potestatem quæ hoc ipso satis exclusa est, quod testator fraudandi animum non habuit,sed ad implendam condicionem,quæ si non impleatur,libertatem sub ea datam competere impossibile est. Sublato enim obstaculo legis,potestate condicionis,supereſt ipsius condicionis obstaculum, quòd non priùs remoueri potest quàm condicio fuerit impleta. Verũ adhuc respõdere pro Iuliano possum,quod Caius admittit in *d.l.*si locuples ad rem nullo modo pertinere an locuples an egẽs heres existat,sed quarũ facultatũ testator

L.4.§.1. D. de statulib. L.vl. D. de manu. test.

Iuliani & Caij dissensio.

Digitized by

teſtator deceſſerit Qua potiſſimùm ratione motũ fuiſſe Iulianũ innuit non obſcurè Caius,cùm ſtatim poſt illa verba ſubiicit,*Quã ſententiam Iulianus adeò ſequitur&c.*Etſi nõ inuitus eo in. Caij ſententiã,cùm ob fauorẽ libertatis, tùm ob id etiã maximè quod ceſsãte lege Ælia Sẽtia in eo teſtatore q ẽ cõſtet fraudãdi animũ nõ habuiſſe,nihil vetet manere in ſuſpẽſo libertatẽ datã ſi b cõdicione quãdiu cõdicio,neq;impleta,neq;defecta eſt:ſicut euenire talia qua libet adſcripta condicione,ac proinde nihil cauſæ eſt,cur exſoluto quãcõcũque per heredẽ vniuerſo ære alieno,atq;ita condicione impleta libertas non cõpetat,quæ per legẽ Æliã Sentiã impedita & reſciſſa nunquã fuit.Ad iſtã verò rationem quam pro Iuliano attulimus,dicendũ eſt,nõ ſolere inſpici quiſnã heres ſit,egénſve an locuples cùm de eo ſolo q. ęritur,An lex Ælia Sentia locũ habeat necne,ſed aliud eſſe cùm de cõdicionis adſcriptæ implemento diſputatur: quia non ſicut lex Ælia Sentia,ita & libertatis condicio factũ heredis expectare nequit.Siquidem condicionis propriũ eſt,vt non modò diſpoſitionẽ cui adiecta eſt, ſed & ſeipſam teneat in ſuſpenſo. Cæterùm ex ſupradicto Caij loco,apparet manifeſtè,ni fallor, Tribonianum, cui probabilior Caij ſentẽtia viſa eſt,Iuliani textũ in *d.l.cùm hereditatis* interpoſaſſe, cúmque ſcripſiſſet ille.*Si is qui ſoluendo non eſt hoc modo libertatem dederit,Si creditoribus meis ſolidum ſoluũ fuerit,Stichus liber eſto,nõ poſſe quidem videri fraudandorum creditorum gratia liberum eſſe iuſſiſſe,ſed tamen nõ eo magis libertatem valere*, aut quid aliud ſimile, ſuſtulit Tribonianus, id in quo Iulianus à cæteris diſſentiebat,reliquit duntaxat id in quo conſentiebat. Nam & Triboniani manum illud prodit, quod homo non minùs malè in grammatica latina quàm in iuriſprudentia noſtra verſatus, pluralem numerum ſuo more pro ſingulari vſurpans ſcripſit *liberos eſſe iuſſiſſe* quaſi de pluribus locutus eſſet Iulianus,qui tamen de vno Sticho egerat. *Tribonianus.*

ILLATIO III.

De eo qui liber eſſe iuſſus eſt ſi heredi dederit,quanti ſeruus ipſe eſt.

TErtiò ex eodẽ Principio fit quod Paulus ſcribit in *d.l.ſi mortis* 18.*§.1.qui & à quib.manu.*Si is cui libertas relicta eſt iuſſus ſit heredi dare tantum quanti eſt & liber eſſe,dubitari quidẽ poſſe an adhuc fraus ſit creditorũ,quia heres mortis cauſã eã pecuniã accepturus eſt,An verò nulla ſit fraus, ſaltẽ ſi alius pro eo det,vel ipſe aliunde quàm de peculio:Sed tamẽ ſi heres locuples nõ proficit ad libertatem,nec eum qui pecuniam dat prodeſſe poſſe.Vtrunque enim ex eadem illa ratione naſcitur,quod lex Ælia Sẽtia reſcindit libertatẽ ſtatim atque reperit,& conſilio,& euentu fraudatos eſſe creditores,nec expectat,aut expectare poteſt id tempus quo heres iã adierit hereditatẽ, aut quo ſoluetur heredi pecunia,ſiue ex peculio,ſiue ab alio quàm à ſeruo cui libertas data eſt,& ipſius nomine.Quanquã illa etiam ratio libertati nocet, ne poſſit ex poſtfacto conualeſcere,& redintegrari:quod,vt Paulus ait,pecunia illa quæ condicionis implendæ cauſã heredi datur, ſiue à ſeruo ipſo, ſiue ab alio non tam teſtamẽti iure & ex iudicio teſtatoris, quàm mortis cauſa & ex ſolius dantis voluntate capi intelligitur *l.Mœuius* 55.*D. de cond. & demonſt.l. qui precio* 8.*l.inter mortis* 38.*D.de mort.cauſ.donat.*quia ſcilicet non imperauit teſtator,neque verò imperare potuit,vt eam pecuniã ſeruus daret,ſed in eius arbitrio reliquit,an condicionis explendæ cauſã dare,an verò cõdicione deficere mallet.Nõ enim iure teſtamenti,aut ex teſtatoris iudicio relictum videri poteſt,niſi quod imperatiuis verbis legis modo relictum eſt,ſi quidẽ lex *L. ſi mortis 18.§.1.qui & à quib. manum.*

L. verbis legis 120. De verb. signif.

duodecim tabularum eam demum hominis defũcti ſupremam voluntatẽ cõfirmat, per quam quis legaſſit, vt habent ipſa legis verba *l. verbis legis* 120. *De ver. ſignif.* id eſt legis modo & exemplo diſpoſuerit, & conſequenter imperatiuè *d. l. legis virtus* 7. *D. de legib.* Vnde eſt quod Vlp. in fragmen. legatũ definit generaliter omne id quod legis modo imperatiuè relinquitur, Et ob id quoque adiecit lex verba illa *ſuæ rei*, aut vt alij ponũt *ſuper re ſua*, quoniam de ſua tantùm re non etiam de aliena imperare quilibet poteſt, & debet *l. conficiuntur* 8. §. *ſi poſt factum D. de iur. codic.* Itaque quod heres pro libertate ſeruo data capit implendę condicionis gratia, facere non poteſt quominùs in fraudem creditorum ea libertas data intelligatur, verúmque ſemper ſit hereditatem ſoluendo non eſſe.

ILLATIO IV.

De eo qui per legem Sentiam prohibetur manumitti quamuis poſſit ſolui.

L. cùm hereditas 5. §. ſi Titius qui & à quib. manumiſſ.

QVartò ex eodẽ Principio fit, quod addit Iulianus in *d. l. cùm hereditas 5. §. ſi Titius eo ſit. qui & à quib. manu.* Si Titius nihil amplius in bonis quàm Stichum & Pamphilum habeat, eóſque promiſerit Męuio ita ſtipulanti *Stichũ aut Pamphilũ dare ſpondes*, deinde cùm aliũ creditorẽ nõ haberet Stichũ manumiſerit, libertatẽ per legem Æliã Sẽtiã reſcindi. Quãuis enim fuit in Titij pote ſtate, inquit, vt Pãphilũ daret, tamẽ quãdiu eũ non dederit, quia interim mori poſſit, nõ ſine fraude ſtipulatoris Stichũ manumiſit. Diuersũ eſſet, vt ibidẽ ſub iũgitur, ſi ſolũ Pãphilũ dari promiſiſſet. Tunc enim dubitandũ non eſſet quin manumiſſus Stichus ad libertatem peruenire, quamuis ſimiliter Pãphilus mori poſſit. Multum nãque intereſt an ipſa ſtipulatione contineatur is qui manumittitur, an extra obligationẽ ſit. Nã & qui ob aureos quinque Stichum & Pãphilum pignori dederit, cùm vterque eorum quinũm aureorum ſit, neuter manumitti poteſt, quia verum eſt vtrũque eſſe in pignoris obligatione, ſeruũ autem ſpecialiter pignori obligatum manumitti nullomodo poſſe, etiãſi debitor ſit locuples & ſoluendo *l. 3. D. de manum.* At ſi Stichum ſolum pignori dediſſet, Pamphilum in fraudem creditoris manumittere non videretur. Argumentatur Iulianus à ſeruo promiſſo per ſtipulationem ad ſeruũ pignori obligatum, & ab obligatione in qua Stichus & Pãphilus coniunctim ambo poſiti ſint, ad obligationẽ in qua iidem ambo poſiti ſint alternatiuè, nẽpe quia inter hos caſus nihil intereſt quod ad hoc, vt in creditoris fraudem manumiſſus videatur is qui fuit in obligatione, Niſi quòd apertior res eſt eo caſu quo ambo poſiti ſunt cõiunctim in obligatione pignoris. Nã & cũ quis Stichũ aut Pãphilũ promiſit perinde vterq; eſt in obligatione licèt nõ niſi alternatiua *l. 2. §. Scæuola de eo quod cert. loc. l. ſi in emptione* 34. §. *pẽ. de cõt. empt. l. Stichũ* 95. *D. de ſolut.* Rectè autem ſubiicitur ex Scęuola in *l ſeq.* Iulianũ de eo loqui, qui in ſubſtãtia nihil aliud niſi Stichũ & Pamphilũ habeat. Nã ſi habeat, inquit Scæuola, quare nõ dicetur vnũ poſſe manumitti? Siquidẽ eo caſu & vno mortuo ſoluẽdo eſt, & vno manumiſſo ſoluendo eſt. Atqui, dicat aliquis, ſicut ex duobus ſeruis vnus mori poteſt, ita & ex tribus duo. Sed aduentitius ille caſus eſt, id eſt ad obligationis conſtitutæ formam & cauſam nil pertinẽs, ideóque non eſt computandus, hoc eſt, nulla eius ratio haberi debet, ne alioqui paullatim dici incipiat, Etiam ei qui vnum duntaxat eúmque certum ex ſeruis ſuis promiſerit, neminęm manumittere licere.

L. 3. D. de manumiſſ. L. 6. D. qui & à quib. manum.

ILLA-

ILLATIO V.

De libertate data codicillis in fraudem, ab eo qui testamenti tempore solvendo erat.

QVintò ex eodem Principio fit quod idē Iulianus tractat in *l. si quis 7. eod. tit. qui & à quib. manu* Si quis integris facultatibus codicillos confirmauerit per testamentum, deinde cùm consilium fraudandorum creditorum cepisset, codicillis libertates dederit, obtineri nō posse quominus lege libertates interpellentur. Etsi enim codicillorum testamento confirmatorū singulare ius est, vt quæcunque in his scribuntur perinde habeantur acsi in testamento scripta essent *l. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill.* tamen in ęstimando testatoris cō silio fraudulento non illud tempus obseruandum est, quo confirmātur codicilli, id est quo testamentum fit, sed illud quo libertas codicillis datur: quia lex Ælia Sētia de libertatibus in fraudem creditorum datis locuta ipsius dationis tempus demōstrauit *arg. l. liberorum 11. §. 1. D. de his qui notant. infam. l. 4. §. si extraneus D. de noxal. act.* Verum autem est libertates codicillis datas non eo tempore datas esse quo testamentum factum, eóque codicilli confirmati sunt, sed eo demum quo facti sunt codicilli, Vnde illud etiam fit, vt si post testamentum factum mortuo codicillis quis legauerit, quamuis testamento confirmatis, pro non scripto legatum sit, perinde acsi iam testamenti tempore mortuus legatarius fuisset *l. Diui 6. §. vlt. D. de iu. codicil.* Nimirum quia quod non in testamento, sed in codicillis datum est, non alio, quàm codicillorum tempore datum videri potest.

L. si quis 7. eod. tit.

L. Diui 6. §. vlt. D. de iur. codicill.

ILLATIO VI.

De libertatibus à debitore condicionali datis in fraudem creditorum.

SExtò ex eodē Principio fit quod Africanus ait in *l. cùm is 18. eod. tit. qui & à quib. manum.* legem Æliā Sentiam locum habere tùm etiam cùm is qui sub condicione debet, manumittit fraudandorum creditorum causa. Sic enim pro culdubio apud Africanū legendū est non vt vulgo *fideicōmissi causa*, vt elegan ter & verè iāpridē obseruauit Iacob. Cuiac. *lib. 4. obs. cap. 31. & tract. 3. ad Afric.* tā ex Basilicis, quàm ex Paulo in *l. si cùm 16. eod. tit. §. ne quis.* Vbi Paulus scribit, Quod attinet ad legem Æliam Sentiam qua cauetur ne quis creditorum fraudandorum causa seruum manumittat, creditores eos intelligi quibus ex quacunque causa competat actio cum fraudatore, ac proinde, siue purè debitum ei fuerit, siue sub cōdicione. Quod apertiùs exprimit Hermo. in *l. in fraudē 27. eo.* vbi ait nihil hac parte interesse an dies soluēdę pecunię iam cesserit, an verò in diem, vel sub condicione debeatur. Omnes enim æquè sunt creditores *l. creditores 10. c. m seqq. l. condicionales 54. & seq. De verb. signific.* Solus excipitur condicionalis legatarius quem placuit pendente condicione creditorem non haberi, & in eo minùs iuris habere quàm creditorē cōdicionalē *l. is cui 42. D. de obli. & act.* propter eā dissimilitudinis rationē, quā attulimus *lib. 15. Coniect. cap. 7. & 8.* Extra hunc casum prospexit lex Ælia Sentia creditoribus omnibus & ex omni causa, etiam fideicommissario quāuis sit ille incognitus legibus & iuri ciuili, quāquā videtur hoc non tam ex verbis legis quàm ex prudētū ad eā legem interpretatione profectum esse, vt innuunt postrema illa verba *l. 1. C. qui*

L. cùm is 8. qui & à quib. manu.

L. si cùm 16. §. ne quis eod. tit.

L. in fraudē 27. eod. tit. L. creditores 10. cū seqq. De verb. signific.

L. is cui 42. De oblig. & act.

L. 1. C. qui manu. non pos-

manum.non poſſ.Inter creditores autem etiam eos numerandos eſſe quibus fideicommiſſum debetur,olim placuit. Quod tamen obſeruãdum eſt de eo fideicommiſſario ſolo intelligi debere cui fideicommiſſum purè relictum ſit,non de illo cui ſub condicione. Non enim plus iuris habere poteſt fideicommiſſarius, quàm legatarius, Minus habere poteſt, vt ex eo apparet quòd de legatario cui purè legatũ eſſet dubitatum nunquã fuit, quin propriè ad legem Æliã Sẽtiã pertineret,nec vlla in eã rem opus fuit prudentum interpretatione.Natus autẽ error eſt in *d.l.cùm is* ex notis quibus veteres librarij,vt breuiùs ſcriberent,vt ſolebant,cùm duabus illis literis F.C.contenti eſſent ad exprimendũ *fraudandorum creditorum*:quibus tamẽ æquè ſignificari poterat dictio *fideicõmiſſi*.Nã & nos terè ſimilem errorem obſeruauimus in *l.vbi purè* 19.§.1. *D.ad SC.Trebell.*quo loco ſcriptum eſt *ſenatuſconſulti* pro eo quod ſcribi debuit *fideicommiſſi*,ex adfinitate non vtriuſque dictionis, ſed notarũ quibus vtraq; dictio ſignificabatur *SC.*& *F.C.*Priores enim duę ſenatuſconſultũ ſignificãt, poſteriores fideicõmiſſum. Certè nemo poſſit verè dicere legẽ Æliã Sentiã habere locum ad impediendã libertatem eius,qui ex cauſa fideicõmiſſi manumiſſus fuit,tametſi multos creditores,ſiue puros, ſiue condicionales habuerit is qui fideicõmiſſariã præſtitit libertatem.Quomodo enim fraudãdorum creditorum animum dici poteſt habuiſſe,qui id fecit quod vt faceret etiã à prætore cogi potuit?*l.quod autem* 6.§.*apud Labeonem* D.*quæ in fraud.credit.l.ſi is qui* 55.*De hered inſtit.*Aut quis ferat,vt fideicommiſſarię libertati vtiliter datę dãnum aliquod inferatur ob heredis rogati creditores? *arg.l.*1.§.1.*& tot.tit.*De *ſeparat.*Nec ſimile eſt quod dici ſolet,minorem annis viginti ſi fideicõmiſſariã libertatem præſtare velit, non minùs cauſam manumiſſionis probare debere,quàm ſi directam daret *l cauſam* 10.§. *non idem D. de manu.* Id enim ideo placuit,quia ipſe manumiſſor eſt,nec niſi facto ipſius interueniente ſeruus hic ad libertatẽ peruenire poteſt,Vnde fit, vt aliud ſit ſi minor viginti annis ſeruum manumittendi gratia acceperit, quia & ſine manumiſſione ſeruus ille ad libertatem perueniret *d.l.cauſam in princ.* Item vt ſi cùm fideicõmiſſa libertas deberetur minor annis viginti ſeruum vendiderit, vt manumitteretur,nõ magis impediatur alienatio quàm ſi emiſſet ipſe hac lege,vt manumitteret *l.ſi cùm fideicommiſſa* 16.*in prin.*D.*qui & à quib.manu.*At cùm de libertate in fraudẽ creditorũ data tractamus,nihil prodeſt aut nocet manumiſſionẽ eſſe vel nõ eſſe,ſed fraudem vel feciſſe, vel nõ feciſſe.Fraudis autem ſuſpicio nulla cadere poteſt in eum qui ex cauſa fideicommiſſi, id eſt coactus magis quàm ſponte manumittit *arg.l.ſi quis hac* 13.§.1.*in fin.*De *oper.libert.l.*5.§.*ſi quis rogatus* D.*de donat.int.vir.& uxor.*

L. vbi purè 19.§. 1. D. ad SC. Trebell.

L. cauſam 10. §. non idem D. de manumiſſ. & in princ.

L. ſi cùm fideicõmiſſa 16. qui & à quib.manu.

ILLATIO VII.

De libertatibus datis à milite in frãudem creditorum.

SEptimò ex eodẽ Principio fit vt etiãſi miles iure militari teſtamento facto libertates dederit in fraudẽ creditorũ,& nõ ſoluẽdo deceſſerit, impediãtur libertates *d.l.cùm is* 8.§.1.*qui & à quib.manu.*Nã cùm generalis ſit definitio & determinatio legis Ælię Sentię,non minùs ad militum quàm ad paganorum teſtamenta pertinet *arg.l.in fraudem* 15.§.*vlt.* D. *de teſtam.milit.* vbi Vlp.ex Papiniano ſcribit bonorũ poſſeſſionẽ vltra tempora edicto determinata nec militis poſſe agnoſci,quia generalis eſt illa determinatio.Et in *ea.l. in fraudem in princip.*Idem Vlp.apertiùs ſcribit,In fraudem creditorum, nec militem

L.cùm is 8. §.1.qui & à quib.manu. L. in fraudẽ 15. in princ. D. de teſt. milit.

militē amplius quàm vnū necessariū heredē facere posse. Ratio est, quia priuilegia militum sicut & aliarum personarum ad alienam iniuriam porrigi non oportet, vt idem Papinianus ait in *l. impuberi* 40. D. *de administr. & peric. tutor.*

ILLATIO VIII.

De *manumissis in fraudem ciuitatum.*

OCtauò ex eodem Principio fit vt in fraudem ciuitatū manumissi ad libertatem peruenire non possint *l. in fraudem* 11. *D. qui & quib. manum.* vbi Marcianus scribit ita Senatum censuisse, Vt intelligamus non tā ex lege Ælia Sentia hoc fieri, quàm ex autoritate Senatusconsulti, ad exemplum & extensionē legis secuti. Sed cur nō ex lege Ælia? Quia lex de iis tātùm manumissionibus locuta est, quę in fraudē creditorū factę sint, quo nomine *creditorum* priuati magis quàm ciuitates significātur, quia & quod ciuitati debetur nulli ex vniuersitatis personis singulis debetur *l. sicut* 7. §. 1. *D. quod cuiusque vniuer. nomin.* vt proinde quod non nisi in ciuitatis fraudē factū est, in nullius fraudē factū dici possit. Nomina enim ista *ciuitatis, vniuersitatis, collegij*, & alia huiusmodi quę in abstracto proferuntur, sunt iuris nomina, & significāt rem intellectu magis & iure quàm corpore subsistentē *l. 1. & toto illo eo tit. l. proponebatur* 76. *D. de iudic. l. hereditas* 50. *D. de petit. hered.* Ex quo fit vt plerūque constitui vel moneri necesse fuerit quid iuris obseruandū sit ratione ciuitatū & rerū publicarum, etiā in iis rebus de quibus quod ad priuatos certū ius esset ac exploratū, vt in *l. ciuitas* 27. *De reb. credit. l. si pignus* 8. *D. qui potior. in pig. hab. l.* 3. *C. de remiss. pign. l. 1. & tot. ti. C. de serv. reipub. manum. & tot. tit. De manu. quæ seruis ad vniuers. pertin. imponunt.* & aliis sexcentis locis. Videtur autē Marcianus intelligere fortassis Apronianū senatusconsultum, cuius meminit Paulus in *l. omnibus* 26. D. *de ad SC. Treb.* quo subuētum est omnibus ciuitatibus sub imperio populi romani existentibus, In illo etiā inter cætera, vt iis quoque restitui hereditates fideicōmissariæ sicut personis singulis & possent & deberēt, Itē vt actiones in eas transferri ex Trebelliano possent. Quā in rem ideò necessaria fuit senatusconsulti Aproniani autoritas, quoniam Trebelliani verba fideicommissarij personam demonstrabant, Ciuitatis autem persona nulla est. Itaque quod in superioribus diximus & probauimus, manumissiones in fraudem creditorum factas non ipso iure ciuili, sed per legem Ælia Sentiam impediri, ostendit fuisse necessarium auxilium senatusconsulti manca legis potestate, simúlque docet qua æquitatis ratione senatusconsultum nitatur, Scilicet ea ipsa quæ & legi Ælię Sentiæ ferendæ causam dedit.

L. in fraudē 11. D. qui & à quib. manum.

L. omnibus 26. D. ad SC. Trebell.

ILLATIO IX.

De rescindendis per legem Sentiam libertatibus in fraudem fisci datis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt ad rescindendas libertates in fraudem fisci datas, necessarium fuerit auxiliū principalium constitutionū, vt idē Marcianus ait in *d. l. in fraudē* 11. *§. 1. qui & à quib. manum.* quippe cùm neq; iuris cōmunis ratio prohiberet quominùs eæ libertates valerent tāquā à domino datę, neq; lex Ælia Sentia quę de creditoribus duntaxat locuta fuerat, neq; senatusconsultū quod ciuitatibus tātùm prospexerat: Cùm tamen incōueniens videretur, deterioris conditionis esse fiscum, qui alios in omnibus causis vel vtitur cōmuni priuatorum iure, vel habet priuilegium *tot. tit. C. de priuileg. fisci.*

L. in fraudē 11. §. 1. qui & à quib. manum.

vtpote qui dignior sit priuato *l.procurator 7.C.de eden.* Idque est quod Paulus scribit in *l.in fraudem 45.§.à debitore D.de iur.fisc.* à debitore fisci datas in eius fraudē libertates retrahi placuisse. Non enim sic locutus fuisset si ad huiusmodi libertates lex Ælia Sentia pertinuisset: nec rursum si aliquo fisci priuilegio libertates in eius fraudem datæ non valerent. Fisci verò priuilegium hac parte nullum esse ex illo etiam apparet, quod in cęteris quoque alienationibus si quid in ipsius fraudem factum sit vtitur iure communi, vt non eo minùs valeat alienatio, sed tamen tanquam fraudatoria reuocetur *d.l.in fraudem 45 in princip. De iur.fisc.* At quoniam ita inducto iure ex principalibus constitutionibus vt legis Æliæ Sentię potestas, ad eas quoque libertates protraheretur quę in fraudem fisci datę esset, poterat dubitādi causa emergere. An non etiam melior fisci condicio esse deberet hactenus saltem, vt sufficeret debitorem fisci soluendo nō esse, Diui fratres rescripserunt, Non vtique si debitor fisci manumiserit libertates statim & omnimodo impediri, sed ita demum si cùm non esset soluendo in fraudem manumiserit, hoc est si cōcurrat fraudandi consilium cum fraudis euentu, sicut & in priuatorum causis obtinet. Videamus tamen ne dici verè non minùs quàm subtiliter possit, aliquatenus differentem esse hac parte condicionem fisci & priuatorum. Diximus nāque in prędecentibus & verum est libertates in fraudem priuatorum datas impediri, ne competant, non autē reuocari, quod & in libertatibus in fraudem ciuitatum datis locū habet. Censuit enim Senatus de iis qui in fraudem ciuitatū manumissi sunt, nō vt reuocentur in seruitutē, sed vt nōveniant ad libertatem quomodo scriptū est in *d.l.in fraudē 11. in prin.* At libertates in fraudem fisci datas retrahi placuit, vt Paulus loquitur in *d.§.à debitore.* id est reuocari, ac proinde valere & competere ipso iure, Alioqui nec reuocari possent. Vnde & idem Paulus in *d.l.si cùm fideicommissa 16. qui & à quib. manum. in §. Aristo* ita scribit vt dicat eum qui in fisci fraudem manumissus sit reuocari in seruitutem, quod ipsum non aliter fieri potest, quàm si ponas prius eum peruenisse ad libertatem. Hoc verò cur ita? An quòd fauorabilior sit causa fisci quàm libertatis iam competentis, quę scilicet ab alio quàm à fisco reuocari nunquam posset? Minimè verò. Constat namque in dubio respōdendū esse & contra fiscum *l.non puto 10.D.de iur.fisc.& pro libertate l.si fuerit 10.in fin. De reb.dub.l.pœnales 32.§.vl.D.ad leg.falcid.* An potiùs quòd odio fisci admittēdum sit valere ipso iure & competere libertatem quę in fraudem priuatorum data impediretur? Ne hoc quidem. Nulla enim ratio est cur fisci condicio hac parte durior esse debeat, quàm priuati cuiuslibet creditoris. Dicendum igitur est quemadmodum totum hoc ius quod in fisci fauorem inductum est proficiscitur ex principalibus constitutionibus, Ita ex earundē cōstitutionū verbis factū esse, vt libertates in fraudē fisci datæ retrahātur, & reuocētur, nō impediātur: Nō quòd id egerint Imperatores, vt fisci meliorē, aut deteriorē cōdicionē facerent quàm cęterorū, sed quia dubitandū non est cōstitutionibus causam dedisse manumissiones, iā factas & prętéritas non futuras, conquerente scilicet procuratore fisci aut Cęsaris de quibusdam seruis à fiscali debitore in fraudem fisci manumissis. Quod cùm iā factum proponeretur, & quidem nullo iure prohibente, quia neque iuris communis ratio, neque lex Ælia Sentia, neque Senatusconsultum Apronianum huiusmodi libertates impediebat, nec tamen ferendum videretur vt impune fraus fisco facta

L. in fraudē 45.§. à debitore D. de iur.fisc.

d.l. in fraudem in prin.

Quantū interfit an manumissio facta sit in fraudem priuati creditoris vel ciuitatis an in fraudē fisci.

l.sicùm fidei cōmissa 16. §. Aristo qui & à quib. manum.

facta esset quę nec priuato,nec ciuitati vlli fieri potuisset,necesse omnino fuit Imperatores qui facere non poterāt vt libertates non competerent quæ vtiliter datæ essent, hoc saltem fauore fisci cōstituere quòd vnum supererat, vt reuocarentur. Quod certè non similiter constitutum fuisset si futuris tantùm negotiis & manumissionibus non etiā prąteritis legē dare Principes voluissent exemplo legis Ælię Sentiæ & senatusconsulti.Sed ne id facere Principes voluerint fecit auaritia ne dicā ratio & vtilitas fisci, Hoc tamē æquitatis colore,quòd cùm legis Æliæ Sentiæ latæ tempore nihildum esset quod impediret ne in fraudem quoque creditorum libertates vtiliter ipso iure dari possent,nihil causæ erat cur quæ iam tum datæ fuerant reuocari deberēt,obstante in contrarium fauore libertatis iā competentis:itémque naturali condicione legum ferè omnium,quæ illa est,vt præteritis negotiis legem dare non debeant,sed futuris *l. leges & constitutiones 7. C. de legib.* At cùm fisco prospiciendum fuit,aduersus manumissiones in sui fraudem factas,iam lata erat lex Ælia Sentia,quæ licèt de fisco loquta nō esset, iustam tamen occasionem præbebat constituendi,ne deteriore iure fiscus censeretur,quod contigisset si in ipsius fraudem factæ post legem Æliā Sentiam manumissiones ratæ manere debuissent.Porro fieri non poterat,vt fiscus, quod ad eas manumissiones præteritas deterioris condicionis esset,quàm cæteri, quin fieret melioris,Hactenus videlicet,vt libertates iā reuera competentes reuocarētur,quæ fauore priuatorum reuocari non possent. Vbi verò semel ab Imperatoribus ita rescriptum est ob præteritas manumissiones,vt quæ in fraudem fisci factę essent reuocari deberent,Idem ius ad futuras quoque tractum est, quasi nulla necessaria constitutione noua.Ideo fortassis,quòd in effectu parum interesse videretur, an libertates reuocarentur an ab initio impedirentur, cùm neutro casu effectum habeant.Sed tamen propius intuenti non est differētia hæc sine effectu.Inde siquidem pendet quod Paulus scribit in *d.l.si cùm 16. §. Aristo.qui & à quib.manum.* à debitore fisci qui soluendo non erat manumissum ita reuocari in seruitutem,si non diu in libertate fuerit,id est non minus decēnio.Iunctus enim fauor libertatis semel competentis cum temporis longinquitate hanc sententiam facilè extorsit,quæ non perinde locū habet in libertatibus datis in fraudem siue creditorum siue ciuitatū, quia cùm per legem Æliam Sentiam,& per senatusconsultum de quo diximus rescindātur ac impediantur,etiamsi is qui contra legis aut senatusconsulti prohibitionem manumissus esset,in libertate per vicennium aut tricēnium stetisset, liber tamen fieri nunquam posset,quoniam ab initio impeditur libertas ne vnquam competiisse dici possit.Idque ex fauore libertatis descendere ex illo etiā intelligimus,quod cætera quæ in fraudem fisci in huius hominis manumissi signum collata sunt,post decēnium quoque reuocātur, non alia ratione quàm quòd libertatis priuilegium non mererētur. Itaque si effectum inspicias melior est condicio libertatum in fraudem fisci datarum,quàm si in priuati vel ciuitatis fraudem datæ essent, non in eo solùm quod ipso iure competunt,nec ab initio impediuntur,quamuis ex post facto reuocētur,sed in eo etiam quod tractu temporis ita confirmari possunt, vt nusquam reuocentur:quod in cæteris,vt diximus diuersum est.

ILLATIO X.

De ſtatulibero ex manumiſſione facta in fraudem creditoris condicionalis.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruum ſuum quis manumiſerit in fraudem eius cui non niſi ſub condicione pecunia debeatur, pro ſtatulibero habendus ſit is qui manumiſſus eſt, id eſt, pendeat libertas ex condicione *d.l.ſi cùm fideicommiſſa 16.§.ſi ſub condicione D. qui & à quib.man.* Nam cùm impediendę per legem Æliam Sentiam libertatis alia ratio nulla ſit quàm quod in fraudem creditoris data videatur, conſequens eſt vt quemadmodum creditor condicionalis eſt, ita non niſi ſub condicione fraus facta videri poſſit ſi cõdicionem ſub qua debebatur euenire contingeret, ac proinde vt nec niſi ſub ea cõdicione libertas reſcindatur. Interim ergo libertas ex hac manumiſſione non competet, quandiu in eo res eſt, vt legi locus eſſe poſſit ne quod eſſet abſurdiſſimũ, hominis facto poteſtas legis præſertim prohibitoriæ impediatur. Eóque pertinet quod ex Paulo diximus ſtatuliberum hunc eſſe, ſiquidem ſtatuliber pendente condicione ſeruus manet *l.ſi debitor 45.§.vlt. De fideic.libert.l. ſtatuliberum 9.in princip.l.ſtatuliberos 25.& paſſ.D.de ſtatulib.* De quo ſcripſimus *ad Princip.1.De iur.perſon.illat.1.* Eſt autem hic caſus ex iis in quibus ſtatuliber quis ſit non condicione expreſſa, ſed tacita, & quod idem eſt vi ipſa, vt idem Paulus loquitur in *l.1.in fin.ill.tit.De ſtatulib.* & à nobis mox explicabitur.

d.l.ſicùm fideicõmiſſa §.ſi ſub condicione D. qui & à quib.manu.

L.ſi debitor 45.§.vl. De fideic. libe.l. ſtatuliberũ 9.in princ.l. ſtatuliberos 25. & paſſ. D. de ſtatulib.

L.1. eod.tit.

ILLATIO XI.

Statuliberum eſſe omnem qui manumiſſus eſt in fraudem creditorum.

d.l.1. D. de ſtatulib.

VNdecimò ex eodem Principio fit, quod Paulus ſcribit in *d.l.*1. *De ſtatulib.* Vi ipſa ſtatuliberum quem fieri non illo ſolùm caſu de quo proximè diximus cùm in fraudẽ condicionalis creditoris facta eſt manumiſſio pendente condicione, ſed generaliter quoties fraudãdi creditoris cauſa quis manumiſit, etiãſi purè debitor fuerit non ſub condicione. Nam dũ incertum eſt an creditor iure ſuo vſurus ſit, licèt certum ſit poſſe illũ vti ſi velit cùm purus creditor eſt non condicionalis, interim ſtatuliber eſt qui manumiſſus fuit, Ratione illa quam Paulus ibidem ſubiungit, quoniam fraus cum effectu in lege Ælia Sentia accipitur. Senſus eſt, ad hoc vt lex Ælia Sentia locum habeat & reſcindantur libertates in fraudem creditorum datę, non ſufficere, vt is qui manumiſit, & re vera non ſoluendo fuerit, & fraudandi animum habuerit, ſed illud prętereà requiri, vt creditores qui fraudati ſunt & conſilio & euentu, iure ſuo vti velint, id eſt legis Æliæ auxilium implorare, aut quod idem eſt in hunc ſeruum qui manumiſſus ſit æquè ac in alia debitoris bona perinde agere atque ſi manumiſſus non eſſet. Nã ſi cùm ſe fraudatos ſciant & videant, ſuũ tamẽ ius nolint exequi, quin potiùs manumiſſioni conſentiant, nemo dixerit eos in effectu fraudatos eſſe, ſi verum eſt quod habet iuris regula, neminẽ videri fraudare eos qui ſciũt & conſentiunt. *l.nemo videtur 145. De reg.iur.l.quod autem 6.§.prætereà* D. *quæ in fraud.credit.* Itaque quamuis hoc caſu fraus facta ſit non tantùm cõſilio, ſed etiã euentu, quia tamen effectum nullum habet ad legẽ Æliam Sentiam non pertinet, nec impedit libertatem. Cur verò in lege Ælia Sentia fraus non niſi cum

Cur in lege Ælia Sentia fraus accipiatur cum effectu.

cum effectu accipiatur,ratio petenda eſt,non ex eo tantum quod vulgo dici ſolet,in qualibet diſpoſitione verba cum effectu eſſe accipienda *l.1.§.hæc autem verba D.quod quiſque iur.l.pen.§.docere D.ne quis eum qui in ius vocat.eſt vi exim.* ſed potiſſimùm ex fauore libertatis,non tam facilè impediatur liber tas quæ iure communi ex manumiſſione à domino facta cõpetit,quoties lex impedimento non eſt.Et verò cùm legis Æliæ Sentiæ propoſitum illud fuerit,non tam vt noceret libertatibus quàm vt creditoribus prodeſſet, ne quid ex debitoris facto damni & incõmodi paterẽtur,quid obſcro attineret libertates in fraudem creditorum datas reſcindere fauore illorũ qui iure ſuo vti nollent? *arg.l.ſi poſt mortem 10.§.liberi D.de bono.poſſeſſ.cont.tabul.* Obſtare tamen huic ſententiæ illud videri poteſt quod ſupra diximus, legis Æliæ Sentiæ poteſtatem in ſuſpenſo manere non poſſe,indéque fieri vt quamuis egeno debitori locupletiſſimus heres fuerit, nihilominùs libertates per legem reſcindantur, cùm tamen fatendum ſit eo caſu non fraudari cum effectu creditores qui à debitoris herede ſuum conſequi poſſint, ſi velint. Sed reſpondendum eſt valde diſſimilia hæc eſſe.uPoteſtas enim legis Æliæ Sentiæ non in eo conſiſtit vt omnimodo reſcindatur libertas in fraudem creditoris data,id eſt etiãſi creditor nolit,cùm è contrario ſolius creditoris fauore illam reſcindat, ſed in eodem demum vt poſſit ius ſuum exequi creditor ſi velit perinde acſi libertas data non eſſet, Quemadmodum nec legis falcidię poteſtas illa eſt,vt heres legatis oneratus omnimodo quartam habeat etiam inuitus,ſed vt eam deducere ſi velit,poſſit,quod & de Pegaſiano ſenatuſconſulto quo inducta eſt retentio quartę ex fideicommiſſis vniuerſalibus ſimiliter dici poteſt *l.5.§.ſi quis rogatus D.de donat.int.vir.& vxor.l. patrẽ 19.& ſeq.*D.*quæ in fraud.credit.*iunct.*l.quod bonis* 15.§.1. *D. ad leg.falcid.l.ſi quando* 35.§.*illud in fin.& §.& generaliter* C.*de inoff.teſtam.* Nec denique legis duodecim tabularum ex ea parte qua & teſtamentarias & legitimas hereditates confirmat, poteſtas in eo verſatur, vt inuitum quemquam & neceſſarium faciat heredem, ſed in eo tantùm vt hereditatem deferat etiam inuito,eam tamẽ poſtmodum agnituro ſi velit,aut repudiaturo ſi malit.Delata ſiquidem hereditas intelligitur quam quis poſſit adeũdo conſequi *l.delata* 151.*de verb.ſignif.* licèt eam poſteà nec adeat nec conſequatur *l.nec eme re* 16.*C.de iur.delib.l.4.*D.*ad SC. Trebell.* Sic igitur & in propoſito lex Ælia Sentia nihil aliud propoſitum habet,niſi vt libertas quæ in fraudem creditoris data eſt,reſcindatur fauore creditoris,etiã inuitis& manumiſſo & manumiſſore.At non etiã vt inuitus creditor ius ſuum exequi compellatur, aut vt eo quoque non exequẽte libertas impediatur, alioqui libertatibus nocere magis quàm creditoribus proſpicere voluiſſe videretur,nec propoſitũ ſuum ſeruare,vt Vlp.loquitur in *l.1.§.exceptionẽ D.quar.rer.act.nõ dat.*ſi quę libertates duntaxat in fraudẽ creditorũ datas reſcindere cogitauit eas quoque reſcinderet,quas reſcindi creditores nolint,cùm vt dixim⁹ nõ poſſint dici fraudati creditores qui libertatẽ quã in ſui fraudẽ datã eſſe ſciunt,valere nihilominùs volunt,& cõſentiunt. An igitur quandiu incertum eſt an creditor iure ſuo vſurus ſit, poteſtas legis erit in ſuſpenſo? Ita ſanè. Nec enim fieri poſſet vt manumiſſus interim ſtatuliber dici deberet ſi nõ ipſius libertas ſuſpẽderetur,quę porro nõ ſuſpenderetur,ſed ab initio pręcisè impediretur,ſi legis poteſtas ipſa in ſuſpẽſo nõ eſſet. At id abſurdũ non eſt, ſuſpendi pote-

In quo conſiſtat poteſtas legis Æliæ Sentiæ.

In quo poteſtas legis falcidiæ, & ſenatuſcõſulti Pegaſiani.

L.delata 151. de verb. ſignific.

L.1.§. exceptionem D. quar. rer. act.non dat.

Poteſtas legis an & quando poſſit manere in ſuſpenſo.

ſtatem legis quãdiu factum ex quo lex pẽdet incertum eſt,quod euenit quãdiu ignoratur an creditor fraudatus iure ſuo vti velit,quia nec interim certũ eſt an ſit fraudatus, nec proinde an verba legis locum habeant quæ diximus cum effectu eſſe accipienda.Nã & idem accidit tùm etiam cùm fraudandi animum habuit manumiſſor , quem contigerit non ſoluendo deceſſiſſe.Manet ſiquidem eo caſu ſuſpenſa poteſtas legis in tempus vſque aditæ hereditatis,ita vt ſi medio tempore aucta ſit hereditas perinde libertates competãt acſi mortis tẽpore aucta iã fuiſſet.Sicut è contrario ſi mortis tẽpore ſoluẽdo ſit hereditas,& tamẽ cùm aditur deſierit eſſe ſoluẽdo,placet libertatẽ nõ cõpetere quaſi relictã in fraudẽ creditorũ *l.ſi mortis* 18.*in prin.qui & à quib.man.* Nẽpe quia nec priùs libertatis dies cedit quàm adita ſit hereditas *l.nã cùm* 8. *D.quand.dies leg.ced.l.vnic.§.libertatibus C.de cadue.tollen.* fieri autem nequit vt priùs reſcindatur libertas quàm dies eius cedere cœperit, id eſt vt deſinat prius quàm cœperit deberi *l.Titio vſusfructus* 96.*De condic.& demonſtr. l. non poteſt videri* 208.*De reg.iur.* Tunc ergo abſurdum eſt imò impoſſibile poteſtatem legis manere in ſuſpenſo,cùm in eo ſtatu res eſt ſecundùm ea quæ iã ex facto contigerunt, vt non poſſit amplius non eſſe locus legi, concurrentibus ſcilicet atque impletis iam iis omnibus quæ facere poſſint vt lex debeat habere locũ:aut cùm in contrariũ aliquid ex iis quæ lex requirit,ita deficit vt concurrere amplius nunquam poſſit,Id verò contingit, cùm is qui animum habuit fraudandi creditoris deceſſit non ſoluendo,tametſi locupletiſſimum heredem reliquerit,quia quod hoc caſu non fraudatur creditor in effectu,fit ex cauſa extrinſeca prorſus,& aduentitia, & conſequenter nõ efficit,quominùs verba legis locum habeant etiam accepta cum effectu.Effectũ enim lex cum requirit,qui ex manumiſſione ipſa prorſus inducatur,nulla extranea perſona interueniente , quam nec facilè vnquã lex ſupplet ne quidem in contractuum interpretatione *l.ſi ita ſtipulatus* 126.*§.Chriſogonus in fin. De verb.obliga.* non illũ qui per aliã perſonã aut inducatur,aut impediatur.Extranea perſona interuenit cùm ideo fraudati non ſunt creditores, quòd fraudatoris heres ſit locuples,quia nihil cũ iure manumiſſionis cõmune illud habet an manumiſſoris heres locuples ſit an egẽs:ſiquidẽ in dãda libertate directa non cogitatur de herede,quippe cuius factũ nullũ interponi neceſſe eſt niſi hactenus vt adeat hereditatẽ,quo legatę libertatis dies vtiliter poſſit cedere. Quãquã nec hoc quidẽ neceſſariũ dici poteſt,poſtquã reſcripto Diui Marci inductũ eſt,vt herede nolẽte adire,poſſint addici bona vni ex manumiſſis libertatũ conſeruãdarum cauſa, Vt dicemus ad *ti.De eo cui liber.cau.bon.addic.*

l. ſi mortis 18. in princ. qui & à quib.manu.

De eo cui libert. cauſ. bon.addic.

At extranea perſona nulla interuenit,cùm fraudem quã creditoribus facere manumiſſor voluit ea ſola ratio excludit quod creditores ipſi ius ſuũ exequi nolint:Creditoris enim perſona illa eſt propter quã ſolã,ſi fraudaretur , aut quod hac parte idem eſt ſi fraudari nollet,libertas per legem reſcinderetur. Proinde mirum non eſt ſuperiore caſu nõ etiã iſto videri fraudatos creditores cum effectu.Vtroque caſu fraudantur ſanè & conſilio & euentu , ſed non etiam effectu.In quo obſeruandum eſt quod pauci fortaſſe hucuſque obſeruarunt,ſeparãdum eſſe hac parte fraudis euentum ab effectu.Voluntas enim creditorum , quæ nolentibus illis vti iure ſuo excludit effectum iſtiuſmodi fraudis,facere tamen non poteſt quominùs verum ſit & conſilio & euentu fraudem factam fuiſſe. Alioqui nec iis volentibus ius ſuum exequi,reſcindi poſſet

Effectu & euentu fraudem fieri diuerſa ſunt.

posset libertas,si non ipsa rescissionis causa præcessisset.

ILLATIO XII.

De libertatibus in fraudem datis ab eo cuius hereditas additionis tempore inuenitur soluendo.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod proximè attigimus,vt si mortis tempore soluendo sit hereditas, eadémque cùm aditur desierit esse soluendo,libertas tanquã in fraudem creditorum data competere non possit,Et contra cõpetat ea,quæ & fraudandi consilio data est,& ab eo qui mortis tempore soluendo nõ fuit,si modò soluendo sit hereditas cùm aditur. Ita vt& aucta hereditas prosit libertatibus,& noceat diminuta *d.l si mortis* 18.*D. qui & à quib.manu.* Nam cùm ad rescindendas ex lege Ælia Sentia libertates non sufficiat fraudandi animum & propositum adfuisse,nisi proposito euentus quoque respondeat,vt iam sæpius diximus, Non potest fraudis euentus cõcurrere,si hereditas reperiatur soluẽdo eo ipso instanti quo libertas testamẽto data incipit cõpetere , Nõ autẽ priùs cõpetere incipit,quàm hereditas adita sit *d.l.vnic.§.libertatibus C.de cadue.tollend.d.l.nam cùm* 8.*D. quand dies legat.ced.* Quæ non solùm differentia,sed etiam differentiæ ratio est inter legem Æliam Sentiam,& legem falcidiam , in cuius tractatu placet non aditæ hereditatis,sed mortis tempus inspici oportere *l.in quãtitate* 73.D.*ad leg.falcid.* Nempe quoniam lex falcidia dat heredi quartam partem hereditatis *l.1. eod.*hereditas autem constituitur eo ipso instanti quo testator est mortuus, non eo quo ipsa aditur,cùm è contrario per aditionem desinat esse hereditas, fiátque proprium patrimonium heredis *l.3.§.si is qui status in fin.*D. *de carbon.edict.l.vlt.D.si pars her.pet.*

L. si mortis 18.qui & à quib.manu.

L.in quantitate 73. ad leg.falcid.

ILLATIO XIII.

De manumissione facta per filium ex voluntate patris qui non sit soluendo.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit,vt si voluntate patris filius manumiserit, siue pater, siue filius sciat patrem soluendo non esse,libertas impediatur *d.l.si cum fideicommissa* 16.*§.vlt.qui & à quib.manu.* Nam quoties filius ex patris voluntate manumittit, libertas non nisi ex vtriusque facto competit seruo, Ex facto quidem filij quoniam ipse est qui manumittit, Ex facto verò patris quia patris voluntatem non solùm adesse oportet, sed etiam durare vt ex eiusmodi manumissione competat libertas *l.4.in princip.* D.*de manum.vindict.* Adeò vt siue post patris mortem siue mutata eius voluntate filius ignorans manumiserit , non fiat liber is qui manumissus est, quia verum est,non fuisse illum voluntate patris manumissum *l. quæsitum* 15. *§.1.qui & à quib.manum.*Itaque cùm filius reuera manumissor sit , pater autẽ pro manumissore habeatur *l.si quis hac* 30.*§.1.eod.* Iuris ratio facit vt tam ex verbis quàm ex sententia legis Æliæ Sentiæ alterutrius consilium fraudandiq;propositũ adfuisse sufficiat vt libertas impediatur,si modò euentus quoque concurrat,Ita fit vt hoc casu quærendum non sit,an quod pater scit filius scire videatur,aut contrà,De quo tractat Iacob.Cuiac.*l.*14.*obser.cap.* 8. *ad l. seruus* 7.*§.vlt.*D. *de bonor. poss.* cùm sufficiat alterutrum scire, possítque imputari patri , scientiam quoque filij ignoranti , cur per filium manumitti seruum voluerit.

L.si cùm fideicommissa 16.§.vl.qui & à quib. manum.
L.4.in prin. D. de manum. vindict.
L.quæsitum 15.§.1.qui & à quib manum.
L.si quis hac 30.§.1.eod.

ILLATIO XIIII.

De eo qui in fraudem creditorum plures seruos manumisit.

L.si.quis habens 24 qui & à quib. manum.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit quod Terentius Clemens scribit in *l.si quis habens 24.qui & à quib.manum.*Si quis creditores habens,plures seruos manumiserit,non omniũ libertatem impediri,sed eorum duntaxat quos testator posteriore loco liberos esse iussit, si modò ea ratione fieri possit salua priorum libertate vt creditores de quibus fraudãdis testator cogitauerat suum consequantur.Quod & scriptum est, licèt in specie dissimili *in l. si nõ lex* 83.§.1.D.*de hered.instit.*vbi Sęuola refert, Diui Hadriani temporibus Senatum censuisse,vt si testator,qui mortis tempore soluendo non fuit duobus pluribúsve libertatem dederit,eísque hereditatem restitui iusserit& institutus heres suspectam hereditatem dixerit,cogatur eam adire, vt eo facto ad libertatẽ is perueniat qui priore loco liber scriptus fuit,eíque hereditas restituatur.Quanquã de tota illius loci sententia,pręsertim verò versiculi qui ibid.sequitur, *idem seruandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit* videnda sunt quę pluribus scripsimus *lib.*18. *Coniect.* Ratio autem huius illationis est,quia cùm lex Ælia Sentia non rescindat libertates in fraudem creditorum datas,nisi animo & consilio fraudandi euentus fraudis respondeat,consentaneum est,vt quamuis libertates omnes fraudandorum creditorũ animo datę proponantur,tamen eatenus duntaxat rescindantur, quatenus creditores fraudarentur, id est euentu & effectu, ipso damnum paterentur si eõpeterent libertates.Ergo si posterioribus rescissis creditores indemnes seruari possint,nihil causę est cur priores quoque rescindantur.Etsi autem ordo scripturæ parum attendi solet in iis videlicet quæ cõtrarium aut diuersum habẽt ordinẽ vel iuris vel volũtatis *l.cùm pater* 77.*§.fidei tua* 12.*Delegat.2.l.quidam* 14.D.*de pecul.legat.l.nec enim* 6.*D. de solut.* interdum tamen necessariò attendi debet vt in proposito cùm nihil est quod meliùs dici possit *l.quoties* 34.*D.de vsufr.l.si idem* 14.*De leg.2.l.heredes mei* 57.*§. vlt ad SC. Trebell.l.qui soluendo* 60.*De hered.inst.l.generaliter* 24.*§.quid ergo* 17.*De fideic. libert.*Excipe casum*l.si is qui* 55.*& l.*57.*De her.inst.*de quibus posteà dicemus.

L.si non lex 83.§.1. D.de hered.instit.

Ordo scripturæ an & quando attendendus.

ILLAT. XV.

De conseruanda libertate illius qui posterior manumissus in fraudem fuit.

d.l. si quis habens 24. qui & à quib. manumiss.

DEcimoquintò ex eodẽ Princ. fit,quod subiungitur *in d.l.si quis habẽs,* Vt si quando maioris precij sit is qui prior nominatus fuit,nec sufficiat posteriorẽ retrahi in seruitutẽ,aut vt meliùs loquamur,retineri in seruitute (nõ enim potest retrahi in seruitutem is cui nunquã cõpetiit libertas)prior verò sufficiat dimittendis omnibus creditoribus, vt sunt alia mancipia aliis longè precioſiora,dicendum sit hoc casu sequenti loco scriptum ad libertatem solũ peruenturũ.Cessat enim hîc ratio illa quæ superiore casu faciebat vt potiorẽ faceremus causam eius,qui primo loco liber esse iussus esset,cùm retento in seruitute eo qui secundo loco liber scriptus est,nõ ideo futurũ sit vt liber fiat primus,quãdiu vel vnus denarius dimittẽdis creditoribus deest,

Atè

At è contrario vt maneat vterque ſeruus, quandoquidem libertas pro parte neque valere,neque reſcindi poteſt *l.qui grati.*11.*De iur.codicill.d.l.cùm pater* 77.*§.cùm exiſtimaret de legat.*2.& aliis ſuprà citatis *ad Princip 2.illat.*6.*De iur. perſon.* Itaque non eſt audiendus qui priore loco ſcriptus eſt ſi ſequẽtis libertatem impediri velit,cùm non eo magis liber ipſe ſit futurus. Nec rurſus fauor libertatis patitur,at ne quidem ipſa legis Æliæ ſententia,vt vtriuſque libertas impediatur ſi ſalua creditorum indemnitate, alterutri competere libertas poſſit,quóniam vt præcedente illatione diximus,lex Ælia Sentia non reſcindit libertates in fraudem creditorum datas , niſi quando & quatenus neceſſe eſt,ne creditoribus fraus vlla fiat. Errant igitur meo iudicio,vt hoc extra rem moneamus,plerique,magni inter ætatis noſtræ pragmaticos nominis,qui ex hoc Terentij loco probare ſolent,ſi is qui bona ſua omnia creditori obligauerat ea poſtmodum variis diuerſorum temporum venditionibus diſtraxerit,non eſſe permittendum creditori, vt quaſi Seruianam exerceat contra priores emptores,niſi priùs facta excuſſione bonorum poſteriore loco alienatorum.Quaſi verò eadem hac parte ratio ſit alienationis rerũ obligatarum, & manumiſſionis, & quaſi idem fauor ſit primi emptoris ne hypothecaria conueniatur qui eſſe debet ſerui priore loco ſcripti ne libertas eius reſcindatur. Quid enim intereſt primi emptoris ne primo loco conueniatur,cùm ſiue propriis,ſiue ceſſis ſaltem actionibus indemnitatem ſuã conſequi tandem poſſit per regreſſum contra poſteriores emptores. Quod tamen nemo non videt ſimiliter dici non poſſe,cùm agitur de libertate,quippe quæ ſemel per legem Æliam Sentiam reſciſſa nullo indemnitatis remedio cõtra eum propoſito qui poſteriore loco ſcriptus eſſet redintegrari vnquam poſſet. Illa certè ratio pro primo emptore facit quam & pragmatici noſtri adferunt poſt Ægid.Magiſtr.in ſuis illis Areſtis,quod ita poſito iure vt primus emptor conueniri poſſit,neceſſariò eueniat vt fiant de lite lites, primo ſcilicet emptore aduerſus ſecundum regrediente,ſecundo aduerſus tertium,& ſic deinceps ad vltimum vſque:cuius tandem ſolius damno & incõmodo totã rẽ cedere oportet,Vt proinde videatur multò expeditius ſi ab vltimo incipiatur à quo perinde creditor hypothecarius,atque ſi contra primum ageret,ſuum ſit conſecuturus.Sed tamẽ ſiue ius vetus inſpicias,ſiue nouũ,ratio hæc ſubſiſtere nullomodo poteſt.Quod enim ad vetus pertinet cõſtat id comparatum ita fuiſſe vt liceret creditori pignora ſua perſequẽti quibus vellet diſtractis ad cõmodum ſuum peruenire ſiue ab ipſo debitore,ſiue ab alio quolibet poſſiderentur *l.creditoris* 8.*D.de diſtr.pign. l. diſtractis* 14. *l.perſecutione* 24. *C.de pign.* quippe cùm eo tempore incognitum eſſet beneficium excuſſionis à Iuſtiniano poſteà inductum *Nouel.*4.*De fideiuſſ.*niſi cùm fiſcus tacitę hypothecę ius quod habet in bonis ſui debitoris cõtra tertiũ poſſeſſorẽ exequebatur *l.Moſchis* 47.*De iur fiſc.*Si autẽ ius nouũ inſpicias, reperies nihil Iuſtinianũ induxiſſe *d.Nouell.*4.*De fideiuſſ.cap.*2. vnde ſumpta eſt *Auth. hoc ſi debitor C.de pign.*niſi vti ne poſſit hypothecaria cõtra tertium poſſeſſorẽ exerceri prius quàm excuſſio facta ſit & perſonæ &bonorũ debitoris,ab ipſo ſcilicet debitore poſſeſſorũ,nõ ab eo alienatorũ.Nã vt in alienatis perſequẽdis ordo aliquis inuito creditore ſeruãdus ſit nulla cõſtitutionis parte cautũ eſt. Et verò nõ video qua ratione citra manifeſtã creditoris iniuriã ita cõſtitũi ius poſſit vt creditor cõuentionis ſuę fructu,& electionis quã ſibi

De excuſſione bonorũ poſteriore loco alienatorum oppoſita creditori agenti hypothecaria.

iusta conuentione quæsiit beneficio priuari debeat,cùm facilè fieri queat vt variis ex causis ipsius interfit siue ratione bonorum si fortè bona priore loco alienata facilius inuentura sin temptorem,siue ratione personarum si posteriores emptores difficilioris sint conuentionis, siue denique ratione fori si expeditior vno quàm alij loco iudicij exercitio futura esse videatur. Deniq; quantum hoc casu distet alienatio pignoris à manumissione serui,ex eo apparet quod interdum,vt diximus ad libertatem solus peruenit is qui sequenti loco manumittus est,At in vltimo emptore nūquam euenire potest,quin totius hypothecariæ onus,subire cogēdus sit,siue primo,siue postremo loco conueniatur,& siue ab emptoribus anterioribus,siue ab ipso creditore.

ILLATIO XVI.

De libertatibus datis ab eo qui non fuit soluendo constitutis tamē creditoribus

DEcimosextò ex eodem Principio fit,vt ab eo datæ libertates qui & soluendo non sit,& se non soluendo esse sciat,valeant nihilominùs si sciētibus & consentientibus iis creditoribus datæ sint, qui alioquin ex earum datione læderentur,& fraudarentur. Non enim videri possunt datæ in fraudem creditorum, quandoquidem non fraudantur ii qui sciunt & consentiunt. Vt suprà diximus *illat.* 11. *ex l. quod autem* 6. *§. preterea D. quæ in fraud. credu. l. nemo videtur* 145. *De regul. iu.* Adeò vt quamuis creditorum consensus non interuenerit sub ipsum tempus dandæ libertatis, tamen sufficiat secutam esse quandocunque ratihabitionem etiā tacitā, quæ ex eo colligatur quod ius suū exequi creditor nolit *d. l.* 1. *in fin.* D. *de statulib.* quoniā fraudis nomen quo vsa est lex Ælia Sentia cum effectu accipiendum est vt ibidem Paulus ait. Requirimus autem non scientiā duntaxat, sed etiā consensum expressum quia sola scientia vix vnquam creditoribus nocet nisi expressim consentiāt, quod alioquin non alia ratione videantur illi tacuisse quàm quia scirent ius suum vtique durare *l. sicut* 8. *§. non videtur* D. *quib. mod. pigno. vel hypoth. solut.* nisi eam eo tempore quo prædiū distrahebatur programmate publico admoniti creditores qui presentes erāt, ius suum non sunt executi *l. sico tempore* 6. C. *de remiss. pignor. l. si hypothecas* 8. *eod.* Id enim facit autoritas publicæ admonitionis & venditionis, ne alioqui decipiatur emptor bona fide accedens ad publicā venditionem. Nec rursum volumus quorundā creditorum consensum sufficere vt aliis qui non consenserūt noceatur, ne si maior pars creditorum consenserit, quoniā aliis per alios iniqua condicio inferri nec potest, nec debet *l. non debet alteri* 74. *De reg. iur.* Estque hic casus longè diuersus ab iis in quibus placuit sufficere posse consensum maioris partis creditorum, vt in specie *l. vlt. C. qui bon. ceder. poss. l. iuris gentium* 7. *§. vlt. & l. seq. De pact.* Finge ex creditoribus consentire illos qui sint priuilegiarij, & consequenter licet posteriores tempore, anterioribus tamen præferendi (personalium namque vt loquuntur, aut vt melius dicam chirographariorum creditorum priuilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa *l. priuilegia* 32. *De reb. auctor. iudi. possid. aliàs* 17. *De priuileg. credit.*) Cur illorum consensus aliis non consentientibus obstabit? Illi siquidem non fraudātur, quibus ante omnes satisfieri ex reliquis bonis & potest, & debet. Cæteri verò fraudātur, qui saluis libertatibus non sunt habituri vnde suum consequi possint. Non tamen cuiuslibet creditoris consensus ei nocet, sed ita demum si consensus iustus sit, id est à iure ad-

pro-

l. quod autem 6. §. preterea D. quæ in fraud. credit.

L. 1. in fi. D. de statulib.

Consensus maioris partis creditorum & quando sufficiat vt noceatur cæteris.

probatus,aut permissus. Nam si ponas pupillum creditorem consensisse citra tutoris autoritatẽ, nihil ea res proderit libertati,sicut nec prodest si fructuarius pupillus manumissioni consentiat *l.in fraudem 27. §. pignori* D. *quib.ex quib.manum.* vbi Hermog.hoc ipsum scribit in specie multò maiorem dubitationem habente de seruo pignori dato,cuius manumissioni pupillus sine tutore consenserit. Quidni enim valere is consensus deberet, saltem illo casu quo etiam post huius serui manumissionem debitor soluendo maneret? Siquidem nulla tunc pupilli fraus & captio esset. Verùm ne id dici possit, iuris ratio refragatur. Pupillus enim sine tutoris autoritate nihil agere potest non ob id solum ne sibi noceat, sed illa potissimùm ratione,quòd iudicio carere intelligatur,imò nec voluntatem vllam habere intelligitur ad consentiendũ adeóq; nec præsens esse *l.cùm filiusfamilias* 49. *§. in hac De ver. obligat.l.1.§.hoc edicto Ne vis fiat ei qui in poss.miss. est l.1.vers. impuberes C.de fals.monet.* Quare ad rem non pertinebit,si quis obiiciat aliud esse vendere, aliud vẽdẽti cõsentire *l.aliud* 160. *De reg.iur.* aliud manumittere,aliud manumissioni consentire aut quod idem est pati manumissionem *l.si pater* 4. *§. vlt. D.de manum.vindict.* Id enim tunc obtinet cùm verus consensus interuenire potest,quod in minore quidẽ annis viginti vsuuenit *d.§.vlt.* at nõ similiter in pupillo: vt neq; in furioso,non enim à pupilli cõdicione furiosi hominis status & habitus multũ abhorret vt Vlp.loquitur in *l.Fulcinius 7. §. planè interdum D.quib.ex caus.in poss. eat.* Furiosus autem per omnia & in omnibus absentis & quiescentis loco habetur *l.2. §.furiosus De iur. codicill.* neque verò consentire potest,qui nec sentire intelligitur,*l.si tibi* 8. *§.vnius De opt. legat. l.si quis suo* 33. *in fin.C.de inoff test.*

L. in fraudẽ 27.§.pignori D. qui & à quib. manu.

L.si pater 4. §.vlt.D. de manu. vindict.

PRINCIPIVM III.

De libertate danda cum hereditate vni seruo,etiam in fraudem creditorum.

EX lege Ælia Sẽtia licet domino etiã qui soluẽdo nõ est,& in fraudẽ creditorũ vnũ ex seruis suis cũ libertate heredẽ instituere vt liber fiat heréſq; ei solus & necessarius,si inodò nemo alius ex eo testamento heres extiterit, siue quia nemo alius heres scriptus sit,siue quia is qui scriptus est,heres esse aliqua ex causa vel noluerit,vel nõ potuerit,vt Iustinianus scribit *in §.1.hoc ti.* Vbi rationem hanc reddit quòd valde prospiciendum erat vt egentes homines quibus alius heres extiturus non esset, seruum suum heredem haberent necessarium,vel qui satisfacturus esset creditoribus,vel quo minimè satisfaciẽte creditores sub serui nomine res hereditarias vẽderent ne iniuria afficeretur defunctus qui ciuis romanus decessisset. Nec cõqueri possunt creditores qui eiusmodi libertatis datione fraudãtur,quòd lege Ælia Sẽtia ita prouisũ sit,cùm potiùs æqui bonique cõsulere debeãt,quòd cadẽ lex iis tã diligẽter prospexerit,vt extra hũc casum alio prætereà nullo libertates in eorũ fraudẽ datas valere patiatur,quæ,si lex Ælia nõ obstaret, vtiq; valerent ex iuris cõmunis ratione quemadmodum in duobus Principiis superioribus à nobis probatum & explicatum est. Cæterùm cùm ea lex facere non posset, quin alterutrum euenire necesse esset vt vel creditores aliquatenus fraudarentur, vel vt defuncti ciuis romani fama & existimatio per publicã bonorũ ipsius vẽditionẽ lederetur,longè conuenientius visum est haberi rationẽ existimationis,quæ nullo pecuniario cõmodo æstimari potest,cùm æquiparetur vitæ

§.1.hoc ti.

in personis honestis *l. iisti quidē* 8. *§. pen. D. quod met. can. l. iusta causa* 9. *in prin. De manum. vindic.* iunct. *l. pen. in fin. D. de donat. l.* 2. C. *ut intr. cert. temp. crim. quæst. termin.* quàm modici illius damni pecuniarij quod ex manumissione creditoribus infertur. Nam si vel solam libertatem damni causa intercidere durum iā olim Papiniano nec immeritò videbatur in specie *l. cùm pater* 77. *§. cùm existimaret* De *legat.* 2. quanto durius esset non solùm intercidere libertatem, sed etiam defuncti ciuis Romani qui viuens omnia boni ciuis & integri viri munia impleuisset, cineribus & ossibus vt Theophilus ait infamiæ notam inurit

L. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2.

ILLATIO I.

De libertate data vni eique incerto ex duobus idem nomen habentibus.

L. qui soluendo 42. D. de hered. instit. & l. seq.

EX hoc Principio illud primum fit quod Iulianus scribit *in l. qui soluendo* 42. *De hered. instit.* Si is qui debitor & non soluendo erat duos Apollonios liberos heredésque esse iusserit, altero quidem ante apertas testamenti tabulas defuncto non ineleganter defendi posse eum solum qui supererit liberum & solum necessarium heredem fore, Sed si vterque viuat institutionē nullius esse momenti propter legem Æliam Sentiam quæ ampliùs quàm vnum necessariū heredē fieri vetat, Inuicem enim eos sibi obstare, vt ex Paulo subiungitur *in l. seq.* Ratio autem si quæratur propter quam lex Ælia non nisi vnum seruum in fraudem creditorum manumitti & necessarium heredē fieri permiserit illa est, quia vt proximè diximus nō tā id propositum habuit vt creditoribus hac in re noceret, quàm vt defuncti famæ ac existimationi cōsuleret. Quemadmodū è contrario diximus in præcedentibus, ex illa parte qua eadē lex rescindit libertates in fraudē creditorū datas, nō tā id legi propositum fuisse, vt noceret libertatibus quàm vt creditoribus prodesset, aut saltem iis noceri non pateretur. At qui defuncti famæ & existimationi tam abundè consulitur vnius serui quàm plurium manumissione, siquidem tā heres est ex asse qui solus scriptus est, quàm heredes sunt ex asse plures inter quos totus as distribuitur, nec minùs ille solus repræsentat personā integrā defuncti vt possit etiam solus & in solidum à creditoribus hereditariis conueniri, atque plures simul repręsentant, cùm plures scripti fuerunt. Vt autē parcatur pudori defuncti, nihil aliud requiritur nisi vt nō tā ipsius, quàm heredis bona veneant, quod ipsum perinde contingit cùm vnus tantùm heres scriptus est, atque si plures instituti proponerētur. Illud porrò ferè perpetuū & generale est, vt quoties aliquid iure singulari ex necessitate aliqua siue cōtra ius cōmune, siue cōtra legē aliquā specialē cōstituēdū est, eatenus dūtaxat inducatur quatenus necessitas postulat. Nā & id rationi naturali adprimè consentaneū est vt cessante causa cesset effectus. Prior autē pars sententiæ Iuliani rationem quæ subobscurior videtur illā habet, quòd institutis duobus Apolloniis fieri non potest vt inuicem sibi obstent per cōcursum priusquàm possint esse heredes, non possunt autem esse ante apertas tabulas ex lege Iulia Papia quæ Iuliani temporibus obtinebat, & obtinuit ad tempora vsque Iustiniani qui eam penitus sustulit in *l. vnic. C. de cadue. tollendi.* Et quemadmodum in præcedentibus diximus non tempus mortis testatoris sed aditæ heredi-

hereditatis inſpiciendum eſſe cùm quæritur an valeant libertates in fra-
dem creditorum datæ *l.ſi mortis* 18.*qui & à quib.manum.* quia nec priùs lega-
tæ libertatis dies cedit *d.l.vnic. §. libertatibus* : præpoſterum autem eſſet
priùs reſcindi libertatem quàm poſſet incipere deberi. Sic & in propoſi-
to, cùm lege Iulia Papiâ ita ſit conſtitutum vt extra cauſam liberorum ad
tertium vſque gradum nemo poſſit ante apertas tabulas ex teſtamento he-
res eſſe , conſequens eſt vt neque interim quærendum ſit an ſibi obſtent,
neque ei qui apertarũ tabularum tempore ſuperſtes inuenitur potuerit vn-
quam obſtitiſſe is qui ante defunctus fuit. An igitur Pamphilo & Apol-
lonio heredibus inſtitutis abeo , qui ſoluendo non erat, defunctóque
ante apertas tabulas Pamphilo idem dicendum erit vt non obſtante lege
Ælia Sentia Apollonius vtiliter inſtitutus ſit, & in fraudem quoque cre-
ditorum heres neceſſarius eſſe poſſit ? Minimè, quia hoc caſu teſtator ab
initio fecit contra legem Æliam Sentiam quæ ampliùs quàm vnum neceſ-
ſarium ſeruum inſtitui vetet. Itaque inſtitutio Apollonij ſequente loco
inſtituti ſicut valere non poteſt aduerſus legem facta, ita neque per obitum
Pamphili conualeſcere ante apertas tabulas defuncti. Relata enim lex eſt
ad tempus factæ inſtitutionis non apertarum tabularum , ex ea parte
qua prohibet ampliùs quàm vnum inſtitui neceſſarium heredem *arg.l.libero-
rum* 11.§.1. *De his qui notant. infam.* Quid? An non idem euenit duobus A-
pollonijs inſtitutis? Cur ergo altero ante apertas tabulas mortuo valet eo
magis inſtitutio? Reſpondeo pluribus ſeruis teſtamento in fraudem credito-
rum manumiſſis & heredibus inſtitutis, non omnium inſtitutionem irritam
fieri per legem Æliam ſed eorũ duntaxat qui poſteriore loco, id eſt poſt pri-
mum inſtituti reperiuntur. Hîc enim verũ eſt quod aliàs dici ſolet in iis quæ
commodam diuiſionem recipiunt, vtile per inutile non vitiari *l.placuit* 29.
D. *de vſur.* Duobus autem Apolloniis & liberis & heredibus ſcriptis,
non poteſt ſciri vter eorum priore aut poſteriore loco ſcriptus ſit , nec
proinde vtrius inſtitutio per legem impediatur , Cúmque certum ſit non
niſi alterutram impediri, alterutram verò omnimodo valere , non ſo-
lum benignius eſt fauore libertatis, ſed ex ipſa etiam iuris ratione verius, &
ſubtilius, quomodo Iulianus loquitur, vt eius Apollonij qui apertis tabu-
lis ſuperſtes eſt inſtitutio defendatur. Nam & alio illo ſuperiore caſu quo
Pamphilus & Apollonius heredes ſcripti fuerint ſi poneres è contrario A-
pollonium priore loco inſtitutum, non ideò minùs valeret ipſius inſtitutio,
quod Pamphilus quoque eodem teſtamento inutiliter & contra legem ſcri-
ptus eſſet. Aliud ergo erit ſi duobus Apolloniis inſtitutis aliunde ſciri &
dignoſci poſſit, vtrum ex iis priore loco inſtitutum dominus voluerit , v-
trum ſecundo. Eius namque inſtitutio qui ſecundo loco ſcriptus fuerit o-
mnimodo impedietur, licèt ſolus ſuperſtes ſit eo tempore quo tabulæ ape-
riuntur, Illius verò de quo priùs ſcribendo teſtator ſenſit, inſtitutio defende-
tur, at non omnimodo, ſed ita demum ſi apertarum tabularum tempore ſu-
perſtes reperiatur, ſiue ſolus, ſiue cum conſeruo. Nam lege Ælia Sentia quæ
de libertatibus in fraudem creditorum datis lata fuit, ita cautum eſt , vt ſi
duo plúréſve ex eadem cauſa id eſt in fraudem creditorum heredes ſcripti
ſint, vti quiſque primus ſcriptus eſt, heres ille ſit *l.qui ſolvendo* 60. *D. eod. ti.*
De hered. inſtit.

L. qui ſolvendo 60. eo. ti. De hered. inſtit.

Digitized by Google

ILLATIO II.

De seruo cui fideicommissaria libertas debebatur instituto posteriore loco.

SEcundò ex eodē Principio fit vt si is qui soluendo nō est, primo loco Stichum, secundo eū cui ex causa fideicommissi libertatem debet liberū & heredē instituerit, secūdo loco scriptus & liber & heres esse debeat *l. si is qui soluendo 55. eod. tit.* vbi rationē Paulus reddit quia non videtur hic fraudandorum creditorum causa manumissus, quippe qui eā libertatem acceperit, quā à testatore etiam inuito poterat extorquere *l. si seruo 84. eod.* Cuius rationis sensus ex eo petēdus est quod proxima illatione diximus, Neque permissam esse legē Ælia Sentia, neque permitti debuisse institutionem necessarij heredis in fraudem creditorum nisi quatenus necesse est, vt defuncti famæ & existimationi consulatur, ne ciuis romani bona puplicè distrahantur, Nihil autē necesse est quotics alius ex eodē testamēto heres futurus est, licèt non tā ex liberalitate testatoris quàm ex causa fideicōmissi ab ipso testatore debiti libertatē sit consecuturus. Nā quod proximè diximus lege Ælia Sentia cautū esse vt si duo pluréſve heredes scripti sint ab eo qui nō erat soluēdo, vti quisque primus heres scriptus est, idē heres sit *l. qui soluēdo 60. eo. ti.* tūc locū habet cùm omnes scripti sunt ex eadē causa, vt lex ait, hoc est quomodo interpretati sumus, in fraudē creditorū, nō itē cùm vnus in fraudē, alius ex causa fidei cōmissi manumissus est. Sunt enim causę istæ diuersę, & vna quidē iniusta & illicita regulariter, alia verò semper iusta & licita, quā idcirco prævalere mirum non est, etiā inuito ordine scripturę quē suprà diximus attendi nō debere quoties repugnat ordo iuris aut volūtatis, sed tunc tātùm cùm aliud nihil est quod melius dici possit ex *l. quoties 34 in prin. D. de vsufr. l. cùm pater 77. §. fidei tuæ de legat. 2. l. quidam 14 De pecul. legat. l. generaliter 24. §. quid ergo 17. D. de fideic. libert.* Sed tamen hoc ipsum quod dicimus eū qui secundo loco ex causa fideicōmissi liber & heres scriptus est solū liberum & heredem fore, ita accipiendum est si heres ipse esse velit, non etiā vt inuitus & necessarius sit heres: In illa nāque quæstione, an ex eiusmodi testamento necessarius hic fieri deberet, placuit humanius esse, & æquitatis ratione magis subnixū, vt non fieret necessarius: Qui enim etiā inuito defuncto libertatem poterat extorquere, is liber esse iussus non magnū beneficiū videtur consequi à testatore, immo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem, vt idem Paulus ratiocinatur, *in d. l. si seruo 84. eo. ti.* De *her. inst.* Addens casum hunc similem esse illi in quo testator heredem instituerit seruū quem ea lege emerat vt manumitteret. Nā & hic sepositio beneficio testatoris proprio iure poterat ad libertatem peruenire ex constitutione Diui Marci. Quod cùm ita sit, non abs re mirari quis possit, cur Paulus dicat hanc sententiā ex humanitate & æquitate receptā esse, Ita innuēs ex summo iure aliud probari debuisse. Et sanè ita est. Iuris ratio suadere videbatur, vt hic necessarius heres esset, quia verū est fuisse illū manumissum à testatore siue ex causa fideicōmissi, siue ex cōtractus lege libertas deberetur. Vnde & perinde patronus est qui ex causa fideicōmissi manumittit, aut qui, ob non impletā à se cōtractus legē inducit potestatē cōstitutionis, atque si vltro ipse & spōte manumisisset, quāuis nō in omnibus pro patronis habeantur, vt suo loco tractauimus

L. si is qui soluendo 55. eod tit.

L. ſi ſeruo 84. eod.

mus ex *Lis quoque* 9. *& seq.* D. *de in ius vocand. l. in eo iure* 45. D. *de rit. nupt. l.* 3. §. 1. *De suis & legit. l. si quis hac* 13 §. 1. *De oper. libert. l. qui ex causa* 29. *De bon. libert.* Sed tamen quia verum est non ex liberalitate, sed potiùs ex necessitate factam huiusmodi manumissionem, æquitas certè non patitur, vt necessarius heres esse debeat & inuitus hic, qui ab inuito manumissus fuit. Nam neque alia ratio est propter quam inductum sit ius & nomen necessariorum heredũ, id est vt defuncti ciuis romani fama & existimatio per serui eiusdémq; heredis ignominiã redimeretur, quàm quòd non sit dubitãdũ, quin ei qui seruus alioqui mansurus erat iucũdissima sit libertas, etiam quæ, vt Theophil. ait infamiæ & ignominiæ precio comparetur: quandoquidem si seruus maneret non magis famæ & existimationis, quàm infamię & ignominiæ capax esset, quippe qui caput nullum in ciuitate habere intelligitur *l. 3. §. vlt. & l. seq.* D. *de capit. minut.* quæ ratio in eum non cadit qui libertatem sibi alieno beneficio sine infamia relictam & debitam ab inuito debitore possit extorquere. Quid enim est quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit, omnimodo reddere debuit? Inquit Papin. *in l. vnum ex familia* 67. §. 1. *de legat.* 2. Idque adeò verum est vt si is cui fideicommissaria libertas nõ nisi sub condicione debebatur, medio tẽpore à debitore liber purè & heres esse iussus sit, fiat quidem interim heres necessarius, sed tamen postea existente condicione fiat ex necessario voluntarius, non vt heres esse desinat; sed vt in eò ius mutetur successionis. Inquit Vlp. in *l. 3. §. qui fideicommissam de hered. instit.* Quid igitur si hic secundo loco heres scriptus cui libertas ex causa fideicommissi debebatur, & quem Paulus ex Neratio scribit solum heredem fore, nolit heres esse? An eo saltẽ casu alius primo loco & liber & heres esse iussus, heres erit necessarius? Ita puto. Non enim aliter satisfieri possit proposito legis Æliæ Sentię quod illud vnum fuit vt ciui romano morienti nõ soluendo heredem daret, & quidem necessarium si alius aut necessarius aut voluntarius nullus esset, Tametsi ea ratione contingeret vt creditores fraudarentur, Quasi honesto cuique viro sit honesta ratio quælibet redimẽdæ existimationis, sicut dici solet redimẽdi sanguinis honestam esse quamlibet rationem *l. 1. De bon. eor. qui ant. sent. l. vlt. De præuar. l. transigere* 18. *C. de transact.* Atqui heres non est, neque pro scripto habetur qui heres esse non vult, nisi cùm est necessarius. Neque repugnat Paulus in *d. l. si is qui* 55. Illa enim verba *secundo loco scriptum heredem fore*, de illo duntaxat possunt accipi qui heres esse velit, non de illo qui neque velit, neque velle cogi possit.

L. vnum ex familia 67. §. 1. *de leg.* 2.

L. 3. §. qui fideicommissam D. de hered. instit.

ILLATIO III.

De seruo necessario herede instituto qui habet liberum hominem substitutum.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus tractat in *l. si is qui* 57. *eod. tit. De hered. instit.* Si is qui soluendo non est seruum cum libertate heredẽ instituerit, & liberũ hominẽ substituerit, ante incipiẽdũ esse à substituto: id est nõ priùs liberũ fore seruũ qui in fraudẽ creditorũ manumissus est quàm substitutus hereditatem repudiauerit, Itaque quamuis dici soleat substitutionẽ nihil aliud esse quàm secundam, aut quod idem est, secundi heredis institutionem, vt Caius in instit. diffinit, sitque præposterũ & cõtra iuris cõmunis regulas, non quidem, vt testamentum incipiat à substituto hoc est à secundo gradu cùm primus gradus non valet (id enim vulgare & ordinarium est *l. si posthumus* 14. §. *quod vulgo* D. *liber. & posthum. sicut &*

L. si is qui 57. *eod. tit. De hered. instit.*

vt ſubſtitutio euadat in inſtitutionem *l.cùm ex filio 39.§.vlt. De vul. & pupill. ſubſt.*)ſed vt regreſſus fiat à ſecundo gradu ad primum, vtque ſubſtitutus habeatur pro primo inſtituto,& cõtrà,primò inſtitutus pro ſubſtituto *l.quãdiu inſtitutus 69. De acquir.hered.* In propoſito tamen id euenit, quia teſtamentũ ita incipit à ſecundo gradu,vt primus nõ tã reſcindatur quàm ſuſpẽdatur. Rationẽ verò Paulus reddit,quoniã lex Ælia Sẽtia ita demũ ei qui in fraudẽ creditorũ heres ſcriptus eſt conſeruat libertatem ſi nemo alius ex eo teſtamento heres eſſe poteſt. Atqui poteſt hic heres eſſe ſubſtitutus, qui ſcilicet inſtitutus eſt ſub illa condicione,ſi ſeruus primo loco ſcriptus non erit heres. Quæ condicio licet in neceſſario herede non contineat caſum illum ſpecialem *ſi heres eſſe nolet* quem interpretes appellant caſum voluntatis,ſed tantùmmodò caſum impotentiæ,id eſt,*ſi heres eſſe non poterit* hoc vnum tamen ſufficit vt ſubſtituto hereditas ex ſubſtitutione deferatur. Verum enim eſt heredem nec eſſe, nec poſſe eſſe ſeruum, cuius libertas per legem Æliam Sentiam impeditur, At quia non aliam ob rationem impeditur, quàm quòd incipiente teſtamento à ſecundo gradu poſſit hic ſubſtitutus idémque liber homo, heres eſſe teſtatoris voluntarius, Inde fit vt ſi ſubſtitutus heres eſſe nolet(quod plerumque ſolet euenire cùm hereditas ſuſpecta tantùm eſt, ac multò magis ſi non ſit ſoluendo *l.4. D.ad SC.Trebell.*)ſeruus ille qui primo loco ſcriptus fuerat heres eſſe poſſit,quia iam verum eſſe incipit, alium ex eo teſtamento heredem eſſe nullum poſſe, atque ita ceſſare rationem quę ad eũ vſque diem faciebat,vt eius ſerui libertas impediretur. Simile propemodum eſt,quod dicere ſolemus, Non deferri ſucceſſionem ab inteſtato quandiu aliquis ex teſtamento heres eſſe poteſt *l.quandiu poteſt 39. De acquir hered.l quandiu poſſit* 89.De *regul.iur.l.antequam* &.C. *commun. de ſucceſſ.* & tamen aliquando contingere vt legitimo priùs quàm ſcripto heredi deferatur hereditas, Vt puta ſi quis teſtamento heres ita inſtituatur *Si legitimus heres meam hereditatem vindicare nolet.* Nam quemadmodum deficit condicio teſtamenti illo vindicante,Sic è contrario exiſtit illo non vindicante, atque ita heres teſtamentarius non niſi poſt delatam legitimo hereditatem admittitur *l.ſi quis ita* 82.*De hered.inſtit.* quia hoc caſu teſtator non tam ab initio inteſtatus decedere,quàm ſub eiuſmodi cõdicione teſtamentarium heredem ſcribere voluiſſe intelligitur, Vt & in illa non ineleganti ſpecie *l.poteſt quis 56.eod.tit.* id eſt ita cõcepta heredis inſtitutione *Si intra ſeptuageſimum annum deceſſero ille mihi heres eſto.* Hoc ipſum autem mirificè confirmat quod ſuperiore illatione diximus,Si is qui ſoluendo non erat primo loco Stichum, ſecundo cum cui ex fideicommiſſi cauſa libertatem debebat liberum & heredem inſtituerit, non aliter Stichi libertatem impediri per legem Æliam, quàm ſi ſecundo loco ſcriptus heres eſſe velit.Nam cùm non magis ſit neceſſarius is qui ex cauſa fideicommiſſi per teſtamentum manumiſſus eſt, quàm ſi eſſet liber homo, non video quænam diſſimilitudo vel diſſimilitudinis ratio reddi poſſit inter eum & liberum hominem ſubſtitutũ.Nec quid aliud ſit quod ait Paulus *in d. l.55. ſecundo loco ſcriptum heredem fore* quàm id ipſum quod idem ſcribit *in d.l.57. amè incipiẽdum à ſubſtituto.* Vt ſcilicet vtroque caſu incipiatur,à ſecundo gradu ſi ſecundo loco ſcriptus heres eſſe volet, ſed illo tamen recuſante fiat

L.quãdiu in fin. inſtitutus 69. D. de acq. hered.

L. quandiu poteſt 39.eo. l. quandiu poſſit 89. de reg.iu.l. antequàm 8 C.commun. de ſucceſſ.

L.ſi quis ita 82.D.de hered. inſtit. L poteſt quis 56 eod.tit.

Digitized by Google

fiat regreſſus ad eum qui primo loco fuerat inſtitutus, perinde futurum heredem neceſſarium atque ſi ab initio ſolus inſtitutus fuiſſet, tanquam cuius inſtitutio per legem Æliam Sentiam nō tam præcisè & abſolutè reſciſſa fuerit, quàm interim ſuſpenſa, Vt non abſurdè poſſit is videri & dici ſtatuliber, quandiu incertum eſt an ſecundo loco ſcriptus hereditatem agniturus ſit, necne, *arg. l. 1. in fin.* D. *de ſtatulib.* Sed & obſeruandum illud eſt quod Paulus noſter *in d. l.* 57. ſic loquitur vt dicat legem Æliā Sentiā conſeruare non dare libertatem ei qui etiā in fraudē creditorum inſtitutus eſt, ſi alius nemo heres ex eo teſtamēto futurus ſit, vt intelligamus verū eſſe quod ſupradictum fuit, libertates quāuis in fraudem creditorum datas non egere auxilio legis vt valeant, exceptis ſcilicet teſtamētariis, quę vt valeant, ſicut & cætera omnia quæ ad ſupremæ volūtatis cauſam pertinent, indigent confirmatione legis duodecim tabularū, vt Vlp. in fragment. ſcribit *tit.* 1. Sola lex Ælia Sentia fecit & induxit vt non valeāt ſed reſcindantur quæ in fraudem creditorū datæ ſunt, ſiue inter viuos, ſiue in vltima volūtate, atque ita obſtitit ne ex eo tēpore lex duodecim tabularum potuerit confirmare teſtamentarias fraudandorum creditorum cauſa datas. Quo iure ſic inducto neceſſe fuit eadem lege conſeruari libertates quas eodem ipſo caſu fraudatorum creditorum valere paterētur. Conſeruari, inquā, non confirmari, quia earum confirmatio fit ex iure communi per legem duodecim tabularum, non autem per legem Æliā Sentiā quā ſufficit libertatibus non obſtare, eāſque non reſcindere vt ius antiquum habere locum poſſit in caſibus noua lege exceptis. Quod autē *in d. l.* 57. Paulus ita ſcribit, *ſi nemo alius ex eo teſtamento heres eſſe poteſt*, caue ne ſic intelligas vt ad impediēdā ſerui primo loco inſtituti libertatem ſatis ſit quòd is qui ſecundo loco ſcriptus eſt, heres eſſe poſſit ſi velit, ſi proponas liberum hominem eſſe qui fuerit ſubſtitutus, ſiue ſeruum cui libertas vel ex fideicōmiſſi cauſa vel ex prioris domini contractu debeatur. Id enim pugnaret cum eo quod iā conſtituimus & probauimus, non eo minùs neceſſarium fore ſi alius ſecundo loco ſcriptus quiſquis tādem ille ſit heres eſſe vel noluerit, vel non potuerit. Debent igitur ſupradicta verba ſic intelligi acſi ſcriptum eſſet: *ſi nemo alius ex eo teſtamento heres extiterit*, vt Iuſtinianus in hoc tit. loquitur. Verba nāque legis Æliæ Sentiæ cum effectu ſunt accipienda *d. l. 1. in fin.* D. *de ſtatulib.* Maximè verò vt tanto ſtrictior fiat interpretatio ad reſcindendas libertates, cùm ex hac parte non poſſit ea lex non eſſe odioſa, quippe quę non ſolùm libertatibus, ſed etiam iuri communi aduerſetur, Quemadmodum è contrario fauorabilis videri debet ex alia parte, qua conſeruat libertates iure communi, legiſque duodecim tabularum poteſtate ſubnixas, ideóque ampliorem ex hoc latere admittens interpretationem *l. hoc modo* 64. §. 1. D. *de condic. & demonſtr.*

L. 1. in fi. D. *de ſtatulib.*

d. l. 57. D. *de hered. inſtit.*

ILLATIO IV.

De caſu ſingulari in quo poteſt quis heres eſſe neceſſarius eius qui ſoluendo non fuit etiam alio herede exiſtente.

QVartò ex eodem Principio fit vt valde nouus & ſingularis caſus ſit ille qui ex Caio proponitur in *l. ei qui ſoluendo* 88. *De hered. inſtit.* ſumptus ex eiuſdem Caij libro ſingulari De caſibus. Ei qui ſoluendo non eſt, inquit

L. ei qui ſoluendo 88. tit.

Digitized by Google

lex,aliquo casu euenit vt & seruus cum libertate heres existat, & alius præterea heres adiiciatur. Veluti,si seruo cum libertate herede instituto,ita adiectũ sit,*si mihi Stichus heres erit,tunc Titius quoque heres esto.* Nam Titius antequã Stichus ex testamento heres extiterit esse ipse heres nõ potest,cùm existentia illa,vt ita dicam ,necessarij heredis posita in condicione institutionis Titianæ,tanquam alia quęuis condicio expectanda sit,non secus acsi scriptum ita esset,*Si Seius heres erit Titius heres esto. Seius heres esto l.3. §.si quis ita eod.tit.* Porrò cùm semel heres extitit seruus,non potest adiectus Titius efficere,vt qui semel heres extitit desinat heres esse. Tritum enim est eum qui semel heres fuit,semper heredem manere & perseuerare *l.ait prætor 7. aliàs l.etsi fine §.sed quod Papinianus D.de minor. l.ex facto 43.§.vlt.D. de vulg. & pupill.substit.* Ex quibus locis intelligimus nec per legem fieri posse vt qui semel fuit heres vnquã esse desinat. Nã si lex id facere posset, faceret vtiq; hoc casu, cùm in fraudem creditorum seruus heres scriptus & manumissus est alio voluntario herede existente. Item cùm indigno & ei qui in fraudem legum tacitam fidem accõmodauit auffertur hereditas *dict.l.ex facto §.vlt.* Sed & ex senatusconsulti Trebelliani exemplo id ipsum intelligi potest. Nã quod diximus heredem rogatum de restituenda hereditate etiam post factam restitutionem nihilominùs heredem manere *§.restituta infr.* De *fideic.hered.* nõ ex eo fit quod fideicommissarius per senatusconsultum Trebellianum heres fieri non potuerit(nec enim ambigitur Senatum & ius & legem , & consequenter heredem facere potuisse) sed quia non potuit Senatus facere, vt vel vni duo in solidum heredes essent , vel heres perpetuò non maneret qui semel heres fuisset,vt alio loco fusiùs à nobis tractatum est, Adeò autem verum hoc est,vt si is qui libertatem fideicommissariam accepit sub condicione,postea purè ab herede cum libertate heres instituatur, atque ita libertatẽ & hereditatem consecutus heres necessarius factus sit,existente tandem condicione volũtarius heres efficiatur quidem,sed ita vt non desinat heres esse, at vt ius in eo mutetur successionis,vt Vlp.scribit *in d.l.3.§.qui fideicommissam* De *her. inst.* hoc est vt ex necessario herede fiat voluntarius. Sed de tota hac quæstione cæterisque ad ius necessariorum heredum pertinentibus,diceinus latiùs ad *Tit.* De *hered.qualit.& differ.infr.*

L.3.§.siquis ita eod.tit.

Lex non potest facere vt qui semel heres fuit vnquã esse desinat. L. ex facto 43.§ vl. De vulg.& pupill. substit. §. restituta Inst. de fideic. hered.

PRINCIPIVM IV.

De auctionis infamia.

Init. huius tit. INfamię,ignominiæ & iniuriæ species quædam est pati bonorum venditionem publicam,&sub hasta,non quidem vt ipso iure infamis fiat hic cuius bona publicè distrahũtur,sed vt eius fama & existimatio saltem apud bonos graues & honestos viros oneretur. Id enim est quod Iustinianus hoc loco scribit lege Ælia Sentia rectè prouisum esse vt etiam in fraudem creditorum possit debitor vnum ex seruis suis testamento manumittere ac necessarium heredem habere, Ne alioqui adficiatur iniuria si post mortem suã vrgentibus creditoribus bonorum suorum venditionem pati cogatur. Nam si ea res defuncti iam hominis existimationem suggillat, quanto magis viui? Ratio autẽ huius Principij illa esse videtur,quòd is cuius bonorũ vẽditio publi-

Digitized by Google

blicè fit nõ poſſit carere ſuſpicione malę vitę, decoctionis, imprudentię, cùm vix ſit vt tale quid vnquam accidat bono patrifamilias qui ſit frugi, quique bene ac honeſtè perpetuò viuere didicerit, & rationem illam ex qua homo æſtimatur, prudentiæ artibus excolere. Quid autem turpius homini quàm ſic vixiſſe, vt iis etiam viuendi principiis caruiſſe videatur, ſine quibus nec homo dici poſſit?

ILLATIO I.

De permiſſa ſerui neceſſarij inſtitutione etiam in fraudem creditorum.

EX hoc Principio primùm illud factum eſt quod modò diximus, vt lex Ælia Sentia permiſerit neceſſarij heredis inſtitutionem etiam in fraudem creditorum.

ILLATIO II.

De antiquitate iuris inſtituendorum heredum neceſſariorum.

SEcundò ex eodem Principio fit vt etiam extra caſum legis Ælię Sentię & ante eam legem inductum fuerit ius & nomen neceſſariorum heredũ. Ita enim ſemper & iam inde ab initio confirmatorum per duodecim tabularum legem teſtamentorum comparatũ fuit, vt qui ſuſpectas habebant ſuas facultates, licèt reuera ſoluendo eſſent, taléſque vel mortis, vel aditę hereditatis tẽpore reperiri poſſent, ſeruũ ſuũ primo aut ſecundo, aut etiã vlteriore gradu heredẽ ſcriberẽt, vtſi creditoribus ſatis nõ fieret, potiùs heredis quàm ipſius teſtatoris bona vel poſſiderẽtur à creditoribus, vel venderẽtur, vel inter eos diuiderentur, quemadmodum Iuſtin. ſcribit in *princip. tit.* De *hered. qualit. & differ.* Itaque lex Ælia Sentia nõ induxit vt poſſit ſeruus cum libertate heres inſtitui, atque ita neceſſarius heres fieri, ſed quod antea generaliter & indiſtinctè iam obtinebat vt quoties & quot vellet teſtator ex ſeruis ſuis heredes ſibi neceſſarios facere, poſſet etiã in fraudem creditorum, ea lex ita temperauit, & reſtrinxit vt ſi ea inſtitutio fieret in fraudem creditorum, non ampliùs quàm vnus ſeruus poſſet inſtitui, & quidem ita ſi nemo alius ex eo teſtamento heres exiſteret.

Tit. de her. qualit. & differ.

ILLATIO III.

De beneficio abſtentionis indulto ſuis & neceſſariis heredibus.

TErtiò ex eodem Principio fit vt ſuis heredibus qui etiam neceſſarij ſunt iure ciuili prætor indulſerit beneficium abſtentionis, de quo in *l. neceſſariis* 57. D. *de acq. hered.* Filij nãque pudori parcẽdũ fuit, vt patris potiùs quàm ipſius filij bona venirẽt, vt eleganter loquitur Iauolenus in *l. paterfamilias* 28. *verſ. reſpondit* D. *de reb. auct. iudic. poſſid. alias l.* 13. De *priuileg. credit.* quia filius ſuus heres perinde ciuis romanus eſt, ſtatúmque & caput in ciuitate habet, atque pater, Nec quòd à patre vitam habet, facere debuit vt pro patris debito poſſet ipſius exiſtimatio lędi, ſicut nec eius libertatẽ infringere pater potuiſſet *arg. l. vlt. C. de patr. poteſt.* In eóque vno conſiſtit beneficium

l. neceſſariis 57. D. de acq. hered. l. paterfamilias 28. verſ. reſpõdit D. de reb. auct. iudic. poſſid. alias l. 13. D. de priuileg. credit. l. vlt. C. de patr. poteſt.

Digitized by Google

abſtentionis,& priuilegium quod hac parte habent ſui heredes à prætorẽ,vt ſcilicet ſub patris non ſub filij nomine paterna bona per paternos creditores diſtrahantur. Nam ſi id tantùm prætor ageret,vt quę bona ſuo heredi aliunde quàm à patre obueniſſent,ea pro paternis debitis diſtrahi nõ poſſent, non plus iuris hac parte haberent filiifamilias quàm ſerui heredes inſtituti, quia nec ſerui neceſſarij heredis bona patroni ære alieno diſtrahi permittit prætor ſi quid ille aliunde ſibi acquiſierit, tametſi bona defuncti non ſufficiant creditoribus,vt Iuſtin.ait *d.tit.De hered.qualit.& differ.*§.1. Inducto ſcilicet in eam rem beneficio ſeparationis, ſi modò neceſſarius heres bona patroni non attigerit, id eſt vltrò & ſponte ea tractauerit, adeò vt non ſolùm quicquid poſteà acquiſierit ei ſeparetur,ſed etſi quid ipſi à teſtatore debebatur.*l.1.*§.*vlt.D.de ſeparat.* Quàm autem diuerſum ſit beneficium abſtentionis à beneficio ſeparationis,non tantùm ex filiorumfamilias qui liberi ſunt, & ſeruorum differentia intelligi poteſt,ſed ex ipſa quoque nominum diuerſitate. Abſtentionis enim nomen oſtendit ex eo beneficio non ſolùm bona filij ſeparari à bonis patris ne pro ære alieno quod patris fuit diſtrahi poſſint,ſed neque permittendum creditoribus paternis vt bona paterna diſtrahãt ſub nomine filij qui ab iis abſtinuiſſe proponatur. Abſtinet autem ſe hoc ipſo,quod ea & non attingit & declarat nolle ſe attingere. At ſeparationis beneficium nihil aliud neceſſario heredi tribuit niſi vt propria bona poſſit habere,ab hereditariis ſeparata, nõ etiam vt ab hereditariis abſtinere poſſit, quamuis nec ea attingere compellatur. Indéque nimirum fit, vt licèt ſeruus idémque heres neceſſarius impetrauerit beneficiũ ſeparationis ob id quod bona domini nondum attigerit,nihilominùs ſub ipſius nomine bona domini diſtrahi ſit neceſſe, quia ſeparatio facere non poteſt quin bona defuncti ſint bona heredis etiam inuiti,cùm non habeat ius & beneficium abſtinendi,licèt faciat vt bona heredis neceſſarij non ſint bona defuncti. Idémque erit ſi ponas minorem illum annis vigintiquinque attigiſſe bona hereditaria, ex eáque cauſa beneficio ętatis impetraſſe reſtitutionem ad obtinendam ſeparationem bonorum *l.ait prætor 7.*§.*non ſolum de minor.*

Beneficiũ ſeparationis.

L.1.§.*vl. de ſeparat.*

L.ait prætor 7.§.*non ſolum D. de minor.*

ILLATIO IV.

De bonorum ceſſione.

L. debitores 11. *C. quib. ex cauſ. infam. irrog.*

QVartò ex eodem Principio ſumitur ratio dubitandi ad *l.debitores* 11. C. *ex quib.cauſ.infam. irrog.* vbi ſcriptum eſt debitores qui bonis ceſſerint non fieri infames,licèt ex ea cauſa bonorum venditionem patiãtur. Videbãtur enim hoc ipſo fieri infames ſaltem infamia facti vt noſtri loquũtur,id eſt ex bonorum & grauium virorum ſola opinione ęſtimanda. Sed tamen aliud eſt,quia bonorum ceſſio fit ex beneficio legis Iuliæ *l.4.C.qui bon.ceder. poſſ.* quod autem tale eſt vt lege permittente fiat excuſationem potiùs quàm pœnam vllam meretur *vul.l.Gracchus* 5.C.*ad leg.Iul.de adulte.* Etſi quod ſcriptum eſt in *d.l.debitores* ad iuris magis quàm ad facti infamiã pertinere videtur. Nec enim aut lex Iulia aut alia vlla ciuilis conſtitutio facere potuit vt opprobrij,iniurię,ac ignominię nota omnino careat ceſſio bonorum nõ ſolùm quam decoctio præceſſerit,ſed & alia quęlibet quamuis expreſſim conſtitutum ſit vt non minùs ſalua exiſtimatione debitoris, quàm omni cruciatu corporali ſemoto fiat *l.vlt.C.qui bon.ceder.poſſ.* Iuris ſiquidem infamia in legiſlatoris potęſtate eſt; Infamia facti non item. Quare & Iuſtinianus ipſe *Nouell.*4.*De fideiuſſ.cap.*3.*ad fin.* tractans de ceſſione bonorum

l.4.C. qui bon. ceder. poſſ.

L. vlt. eod. tit.& l.pen. Nouell. 4. *cap.*1.*&* No *uell.*135.

ita

ita scribit *quod cum iniuria & effectu acerbo produceret debitorem. Et Nouell.*135. cuius ti.est *Ne quis cogat.bon.ceder.* fatetur idem Iustin.ad ignominiosam vitã traduci eum qui bonis cedere cogitur,licèt ex accidenti non ex supina negligentia res suas amisisse proponatur. Et ibidem paulo pòst *cum inopiæ ingo iudem ad mortem vsque premi opprobrio ignominiæ.* Vnde & miserabile auxilium ac beneficium vulgo appellatur , & flebile vt Iustinianus loquitur in *l.penul.& vlt.C.qui bon.ced.poss.* & consequenter humanior dicitur sententia quæ debitori dat inducias quinquennales ad soluendum,quàm quæ inuitum eum adigit ad faciẽdam bonorum cessionẽ *d.l.vlt.* Inde etiam est quod ait *l.propter* 5.*eod.* propter honorem municipalem vel munus non esse admittendam inuidiosam bonorum cessionẽ,id est quia ea res esset inuidiosa cùm honor municipalis sit administratio reipub.cum dignitatis gradu *l.honor* 14. *De mun.& hon.* Inuidiosa inquam, id est odiosa *l.nec quicquam* 9.*§. aduocatos De offi.proconf.l.ad inuidiam* 6. *C.de his quæ vi,metúsve cauf.* Inde denique quod etiam qui bonis cessit audiendus est si velit se defendere ne bona sua distrahantur,quandiu nondum sunt vendita *l.quem pœnitet* 5. D. *de cess.bonor*

L.propter 5. *C.qui bon. ced.pos.*

L.quem pœnitet 5.D.*de cess. bonor.*

ILLATIO V.

De bonorum venditione facienda ex edicto contra latitantem.

QVintò ex eodem Principio fit , vt si quis latitet in fraudem creditorum bona eius à creditoribus primùm possideri , deinde etiam distrahi ex prætoris edicto in pœnã latitationis iubeãtur *l.7.§.1.& seqq.& pass.* D. *quib. ex cauf.in poss.eat.cũ tit.seq.* De *reb autor.iudic possid.* Vnde illud etiam est vt ei edicto locus non sit, siue quis latitet honesta aliqua de causa , non autem fraudationis gratia,puta si crudelitatem tyrãni quis timeat,aut vim hostium aut domesticas seditiones *d.l.Fulcinius 7.§.quid sit autem,* siue etiam fraudandi animo,dum ne fraudandorum creditorum causa *§.sed is qui ibid.*

L.7.§.1. & seqq. D. quib. ex cauf.in poss. eat. & Fir. De reb. autor. iudic possid.

De iis qui publicè venditas res per alium emunt.

ADeò autem publica bonorum debitoris venditio sub ipsius nomine facta existimationẽ,& pudorem onerabat, vt quod magis mirari quis possit,moris olim esset vt honestiores personæ ,si quando tale quid publicè vendebatur quod emere vellent,vel per interpositã personã emerent,nõ palam,Vel si palam ne fortè fraudis & simulationis suspicio interueniret,alterius tamen emptoris nomen subiicerent,nec sua nomina publicis instrumẽtis inscribi paterentur,vt Vlp.refert in *l pupillus* 5.*§.sed si per interpositam & seq.* D.*de autor.& consens.tutor.* Ideò fortasse quòd ea res auaritiæ & cupiditatis nimiæ infamiam qualemqualem præ se ferre videretur.

L. pupillus 5.*§ sed si per interpositã & seq. D. de autor.& consens. tut.*

PRINCIPIVM V.

Defuncti bona fieri bona heredis per additionem.

BOna defuncti ex quo tempore habet heredem siue voluntarium ,siue necessarium fiunt bona heredis , aut vt aliter dicam Hereditas de-

functi ex quo agnita est, desinit esse hereditas, fitque patrimonium heredis. Hæc enim ratio est propter quam inductum fuit ius habendi necessarij heredis, vt scilicet si creditoribus non satisfieret ea bona venderentur, quæ essent heredis, non quæ defuncti, quemadmodum in hoc tit. Iustinianus scribit. Alioqui nihil prodesset defuncto qui non soluendo decessisset quod necessarium heredem haberet, si nihilominùs manerent bona defuncti, & tanquam talia publicè distraherentur. Huius autem principij ratio non est obscura, Nempe quòd heredis nomẽ nihil aliud quàm dominum significet *§. vlt. infr. De hered. quali. & differ.* fieri autem per rerum naturam nullomodo possit vt eiusdem rei duo in solidũ domini sint propter implicitã contradictionẽ cui causam dat distinctio dominiorũ iure gẽtiũ introducta vt diximus ad Prin. *4. illat. 5. sup. De iur. natur. gent. & ciuil. ex l. si vt certo* 5. *§. si duobus vehiculum* D. *commod.* Quæ etiam ratio est eius quod habet iuris regula, Vni duos in solidum heredes esse non posse *l. quod contra* 141. *§. vni duo De regul. iur.* Et verò quomodo fieri posset vt defuncti bona postquàm heredi acquisita esset hereditas, remanerẽt bona defuncti, cùm etiam priùs quàm adita hereditas sit, & ex ipso instanti mortis in nullius bonis res hereditariæ esse intelligantur? *l. 1 D. de rer. diuis.* Hereditas quidem personam defuncti repræsentare dicitur *l. nõ minùs* 31. *§. vlt. De hered. inst. l. hereditas* 34. *de acquir. rer. domin.* Vel ob hoc ipsum ne res hereditariæ, tanquam quę nullius sint, fiant iure gentium occupãtis, vtque dominiũ quod defuncti fuit, remedio huius fictionis continuari possit in heredem, Sed nõ ideò hereditas persona est, nec personę vicem ita gerẽs, vt res hereditarię quę in bonis defuncti fuerũt, possint dici esse in bonis hereditatis, vtcumque sit, cùm hereditas non nisi defuncti personã repręsentet, apparet nõ eo minùs posse dici bona defuncti quãdiu heres qui ea sua fecerit nullus est, nec valde ista differunt, Esse defuncti, & esse nullius, cùm is qui defunctus est, iã nullus sit. Vnde & defuncti libertũ dicimus esse nullius libertũ, nisi quod hereditatis fictio efficit vt quod ad effectũ illũ iuris & cõtinuationis dominij persona defũcti etiãnũ viuere existimetur. Atqui inquies, si ex eo testamẽto heres nullus sit, nec ab intestato, nec alius quisquã qui heredis loco sit, id est bonorũ possessor, cõsequens est nec hereditatem quidẽ vllã esse, sed fieri bona vacãtia, vt diximus ad Princip. 5. *De iur. natur. gent. & ciuil. illat. 3. in fin.* Quomodo ergo aut qua ratione possunt dici bona defuncti, aut tanquam talia distrahi? Respondeo non distrahi tanquam bona quę sint defuncti, sed tanquam ea quæ aliquando defuncti fuerunt, quæ quamuis facta sint vacantia nemine hereditatem defuncti adire aut volente, aut valente, quia tamen fisco acquiri non possunt quoties soluendo non sunt, nihil aliud superest quod fieri possit vt creditoribus satisfiat nisi vt bona sub defuncti nomine vendantur *l. 1. §. an bona D. de iur. fisc.* id est mentione facta debitoris qui non alius hîc nominari potest quàm is ipse qui defunctus est, quíque dum viueret debitor fuit, Quod vnum est ex quo defuncti ossibus & cineribus, vt suprà ex Theophilo diximus, ignominia irrogatur. Id verò non contingit aliquo, siue voluntario, siue necessario herede existente, quia quisquis heres est sicut hoc ipso fit dominus bonorum quæ anteà fuerunt defuncti ex potestate legis duodecim tabularum quæ hereditates omnes & testamentarias & legitimas confirmat, Ita & eiusdem legis potestate fit debitor eius ipsius quantitatis quam defunctus debuit. Proinde vend. un-

§. vlt. Infr. de hered. qua lit. & differ.

l. quod contra 141. *§. vni duo de regu. iur.*

Bona vacantia.

l. 1 §. an bona D. de iu. fisc.

duntur bona per creditores non modò tanquam bona facta heredis, ſed etiam ſub nomine heredis tanquam debitoris, nulla defuncti facta mẽtione, quia nec neceſſe eſt. Quę tamen etſi fieret, quomodo plerumque fit vt vel hoc ipſum ſciatur cuius heres hic ſit ſub cuius nomine bona diſtrahuntur, nõ eo magis defuncti exiſtimatio oneraretur, cùm nihil vetet etiam locupletiſſimi debitoris inopem heredem, aut prodigum, aut imprudentem & negligẽtem adeò malè verſari in hereditate, aut tam iniurioſum eſſe creditoribus, vt perinde ad bonorum diſtractionem veniendum ſit, atque ſi defunctus nõ ſoluendo & ſine herede deceſſiſſet. Quod cùm euenit, ſolius heredis non etiam defuncti ignominia eſt. Nam & ſoluẽdo deceſſiſſe intelligitur quiſquis habet heredem *l.3. D. ad leg. falcid. l. libertus qui ſoluendo 36. D. de bon. liber.* Nõ aliam ob cauſam quàm quia hoc ipſo habet quem in locum ſuum ſubſtituat debitorem, & ſub cuius nomine bonorum venditio facienda ſit, Ita vt non niſi fruſtra poſſis quærere, an deceſſerit ſoluendo is qui amplius debitor non ſit, & de cuius bonis diſtrahendis amplius tractari non oporteat.

L. 3. D. ad leg. falcid. l. libertus qui ſoluendo 36. D. de bon. libert.

ILLATIO I.

Hereditatem omnem videri ſoluendo quæ habet heredem.

EX hoc Princ. illud primùm fit quod proximè diximus, vt videatur ſoluẽdo eſſe hereditas quęcunque inuenit heredem *d. l. libertus qui ſoluendo 36. de bon. libert.* ac multò magis ſi inueniat emptorem *d. l. 3. D. ad leg. falcid.* quia non poteſt inuenire emptorem quin priùs inuenerit heredem, cùm nõ niſi ab eo qui iã heres ſit, vẽdi poſſit *l. 2. De here. vel act. vend. D. & C.* Sed hoc olim & ex iuris veteris ratione verè dicebatur, Hodie nõ item poſtquã ex Iuſtiniani conſtitutionibus in *l. vlt. C. de iur. delib. & Nouell. 1. De hered. & falci.* inductum eſt beneficium inuentarij, quo factũ fuit vt heres agnoſcendo hereditatẽ ſibi delatã ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, non idcirco fiat debitor, nec teneatur creditoribus hereditariis niſi quatenus hereditatis vires patiuntur. Vnde illud etiã fieri neceſſe eſt, vt hereditatis & patrimonij à defuncto relicti vires inquiri & explorari perinde oporteat, acſi viuus ille bonis ceſſiſſet, vt in *l. ſi pater tuus 3. C. qui bon. ceder. poſſ.* & conſequenter vt ad ſatisfaciendum creditoribus hereditariis nõ ſolùm ea bona quæ defuncti fuerũt vendi oporteat, ſed etiã quod magis eſt, ſub nomine ipſius defuncti, & tãquã bona defuncti, nõ heredis. Nõ ꝙ is qui heres eſt cũ beneficio legis & inuẽtarij minùs heres ſit minúſq; debitor creditorũ hereditariorũ quàm ſi hereditatẽ ſimpliciter & abſolutè agnouiſſet, ſcilicet ad modũ & finem vſque facultatũ in ea hereditate relictarũ, ſed quia beneficiũ illud nõ tãtùm heredi prodeſt, verum etiam ipſius creditoribus, vt poſſint impetrare ſeparationem bonorum heredis à bonis defuncti, non ſecus ac olim ea ſeparatio ex prætoris edicto dabatur creditoribus defuncti aduerſus proprios heredis creditores, ne bona defuncti qui ſoluẽdo deceſſiſſet fierent nõ ſoluendo per concurſum creditorum heredis *l. 1. & tot. ti. De ſeparat.* De quo latè ſcripſimus in *Decad. De error. pragmat.* Facta enim ſeparatione bonorum vrgẽtibus creditoribus heredis, quid aliud ſubſequi poteſt, niſi vt defuncti bona diſtrahi neceſſe ſit tanquam bona defuncti non heredis, & ſub defuncti nomine nõ heredis? Qua de cauſa non malè vulgò creditum eſt beneficiũ hoc nouũ ſicut heredi, ipſiúſq; creditoribus vtiliſſimũ eſt, ita & defũcto iniuriosũ videri, cuius fieri

L. libertus & d. l. 3.

Beneficii inuentarij ex l. vlt. C. de iur. delib. & Nouell. 1. De hered. & falcid.

L. ſi pater tuus 3. C qui bon. ceder. poſſ.

Beneficii ſeparationis ex l. 1. & tot. ti. de ſeparat.

ne pro ære alieno heredis,qui ſoluendo nõ eſſet,bona defuncti poſſideri aut diſtrahi poſſent,niſi priùs dimiſſis omnibus iis qui defuncti creditores fuiſſent.Obſtabat enim ratio iuris communis,quæ faciebat, vt non minùs iuris habere deberent proprij creditores heredis in ea bona quę defuncti fuiſſent, atque in cætera quæ ad proprium ipſius heredis patrimoniũ pertinerẽt, cùm per aditionem hereditatis deſiiſſent eſſe defuncti, facta vt diximus,bona heredis : Et ita, vt non ſolùm creditores heredis cum hereditariis concurrere poſſent in eorũ bonorũ quę defuncti fuerãt diſtractione,ſed illis etiã præferri deberent,ſi debiti cauſa priuilegio aliquo niteretur. Nam cùm titulus ille ad pignoratitios creditores non pertineat,quorũ ſcilicet nihil intereſt cuius facta ſint bona qrę habẽt pignorata,cùm pignoris perſecutio nihil habeat cũ iure dominij cõmune *l.1.§.cùm prædium D.de pignor.l.vſucapio 7.C.eod.l.iuſto errore 44.§.non mutæ D.de vſucap.* at ſolùm ad chirographarios,qui nihil iuris habent in rem ipſam,ſed tantùm in perſonam debitoris,niſi quatenus ex edicto prætoris permittitur illis vt eant in poſſeſſionem bonorum cáque diſtrahant *Tot.tit.quib.ex cauſ.in poſſ eat.& De reb.autor. iudic. poßid.* Conſtat chirographariorum creditorum priuilegia non ex tempore æſtimari, ſed ex cauſa *l.priuilegia 32.ill. tit. De reb.aut.iud.poßid.aliàs l.17.De priuil.credit.* Cur enim æſtimarentur ex eo tempore quo nullum adhuc ius in bona ipſa ſit acquiſitũ? Itaque creditoribus hereditariis prodeſſe non poteſt quòd videantur anteriores ſaltem quod ad ea bona pertinet quæ à defuncto ad heredem peruenerunt.Etſi enim fieri poteſt vt prius cõtraxerint cum defuncto quàm proprij creditores heredis cum herede,ac proinde vt eo ſaltem caſu anteriores ſint creditores.Id tamen ad perſonalem duntaxat actionem pertinet,non etiã ad bonorum perſecutionem,quia in bonis debitoris chirographarij nullum ius habet creditor, niſi ex quo die in poſſeſſionem eorum ire à prætore iuſſus eſt:quo demum tempore iuſſu prætoris pignus conſtitutum eſſe intelligitur *l.non eſt mirum 26.§.1.D.de pigno.act.* quod poriò pignus non ei tantum creditori prodeſt qui poſtulauit mitti ſe in poſſeſſionem bonorum debitoris , ſed cæteris quoque omnibus creditoribus etiam qui non poſtulauerunt , quaſi non tam perſonæ ſolius petentis , quàm creditoribus omnibus & in rem permiſſum vt Paulus tractat in *l. cùm vnus 12.D.de reb.autor.iudi poßid.* Ideóque nec quidem ex eo tempore ius vllum prælationis,& vt loquũtur anterioritatis inter creditores induci poteſt:Et cõſequenter ſola debiti cauſa ſupereſt quę inſpici poſſit & debeat, an priuilegiaria ſit necne.Nam quoties de priuilegiis creditorum ſiue pignoratitiorum,ſiue chirographariorum diſputamus,non tam de iure & poteſtate obligationis aut actionis quęrimus quàm de ipſius effectu,id eſt ad exactionem magis reſpicimus quàm ad actionem.Sicut enim inanis dicitur,ac prope nulla actio quæ propter debitoris inopiam exactionis commodum habere nullum poteſt *l.nam is 6.D.de dolo.* ita nec quicquam prodeſſe poteſt creditori, quòd prior contraxerit,& ſic priorem obligationẽ actionẽque ſibi cõparauerit,ſi nõ eo magis futurũ ſit vt prior dimitti debeat ex precio, quod per venditionẽ bonorũ debitoris redigetur.Prior autem dimitti nõ debet ex eo bonorũ precio,qui prior neq; in iis bonis,neq; in ea bona ius vllum habuit,licèt habuerit in perſonã debitoris cuius bona fuerũt. Sed tamẽ quia iniquũ eſſet ex perſona creditorũ heredis de quibus cogitari nihil potuit, deteriorẽ fieri eõdicionẽ hereditariorũ,qui nulla pignoris addita conuentione tãto magis

Differentia pignoratitiorum creditorum & chirographariorum.

Tit.quib.ex cauſ.in poſſ. eat. &, de reb. autor. iudic. poſſid. L.priuilegia 32.ill.tit. De reb.autor.iudic.poſſid.aliàs l.17.de priuileg. credit.

L.nõ eſt mirum 26.§.1. D.de pignorat. act. L.cùm vnus 12.D de reb. autor.iudic. poſſid.

De priuilegiis creditorum.

defuncti fidem secuti sunt, nihil nisi patrimonium ipsius intuentes *arg.l.hinc queritur* 19.§.1.D.*de pecul.* æquissimũ prætori visum est audiri eos postulãtes separationem, vt quasi duorum hominum bona vendantur, & defuncti heredisque creditoribus separatim tãtum præstetur quãtum redigi possit ex cuiusque patrimonij venditione *d.l.*1.§.1.D*e separat.* Idque separationis nomen ipsum demõstrat. Præsefert enim factã priùs confusionẽ bonorũ per additionẽ hereditatis, quæ confusio nõ aliunde nascitur quàm ex eo quod bona quę defuncti fuerũt facta sint heredis: Etsi huius quoq; confusionis rationẽ si quis volet altiùs repetere, dici poterit nasci eã experſonarũ, vt ita dixerim cõfusione, quẽadmodũ & aliàs ferè semper vsuenire cernimus vt condicio bonorũ pẽdeat ex cõdicione personarũ *l.per curatorẽ* 90.§.1. *D.de acq.hered.l.vlt.* C.*de inof.test.* vtpote quarũ gratia res omnes à Deo Opt.Max. sint cõparatę *l.venus quæstio* 68. *D.de vsufr.l.in pecudũ* 28.*in fin. D.de vsur.* Nã per additionẽ hereditatis fit confusio personarum antequàm bonorũ, cùm heredis persona eadẽ quę defuncti esse intelligatur, indéque illa etiã cõfusio proficiscatur quę omnẽ tollit obligationẽ, siue quid heredi à defuncto, siue contrà defuncto ab herede ex quacũque causa debebatur, quòd per rerum naturã fieri nequeat, vt idẽ sit sui ipsius & debitor, & creditor *l.Stichum aut Pamphilum* 95.*§.aditio D. de solut.l.heres à debitore* 21.*§.1.l.debitori* 50. D.*de fideiuss.l.debitori* 7.C.*de pact. l.vt debitum* 5.C.*de hered.act.* Eadem enim ratio facit vt bona defuncti fiant bona heredis, Alioqui non posset censeri heres eadẽ persona cũ defuncto, si quicquid defuncti fuit mortis tempore, idem post aditionem, heredis nõ esse intelligeretur. Obseruãdum tamen est in hoc differre separationẽ bonorũ quæ fit ex edicto prætoris ab illa quæ fit ex Iustiniani constitutionibus propter imploratũ inuẽtarij beneficium de quo suprà diximus, quòd quæ fit ex edicto nullatenus lædit defuncti existimationẽ, quã si læderet vel minimùm, credibile est non fuisse prætorem eam permissurum. Cur verò non lædit, inquies, cùm ea faciat vt defuncti bona separatim vendãtur, & quidem sub nomine defuncti, sicut euenit cùm implorato beneficio inuentarij bona defuncti distrahuntur? Nimirum quia quoties venduntur ob impetratã per creditores hereditarios ex edicto prætoris separationem, certum est vẽditionem fieri non ex inopia defuncti, & ob id quod decesserit ille non soluendo, sed propter factum & inopiã heredis qui ipse non souendo sit, & ob cuius inopiã æquum non sit vt iam diximus deteriorem fieri creditorum hereditariorum condicionem. *d.l.*1.*§.1.de separat.* Porrò sicut dici solet ictum fustiũ non infamare, sed causam propter quã id pati quis meruit *l.ictus fustium* 22. *D.de his qui not.infam.* ita vt multò magis verum est, non tã venditionem bonorũ defuncti ipsam esse, quę iniuriam & ignominiã adfert debitori quàm causam venditionis, hoc est si ob id venditio fiat, quòd debitor nõ sit soluendo. Nulla igitur hoc casu iniuria vel infamia defuncti ossibus & cineribus irrogatur, Nisi quod ei imputari adhuc potest cur heredem hunc scripserit, quem sciuit aut scire debuit soluendo non esse. In summa, separatio quæ fit per beneficium inuentarij, tota respicit fauorem heredis & creditorum ipsius, damnũ verò & incommodum non solùm creditorum hereditariorum, sed & ipsius quoque defuncti, licèt illorum principaliter, huius verò non nisi per consequentias. At quæ fit ex edicto prætoris tota respicit fauorem creditorum hereditariorum, damnum verò non tã heredis cuius nihil interest prorsus cuiigriùs

Separatio bonorũ præsupponit eorũ confusionem. De confusione quæ fit per additionẽ hereditatis. L. per curatorem 90.§.1.*de acquir. hered.*

L. Stichum aut Pamphilum 95.§.*aditio D. de solut.l.debitori* 7. C. *de pact.*

Differentia quæ est inter beneficiũ inuentarij, & beneficiũ separationis.

L 1.§.1. *De separat.*

priùs teneatur ex iis quibus omnibus æquè tenetur,quàm creditorum heredis qui per huiusmodi separationem excluduntur, ne quicquam sperare vlquam possint ex bonis defuncti nisi si quid fortè superfuturum est,hereditariis omnibus dimissis. Hæc enim differentia est inter creditores heredis & hereditarios,quòd heredis quidem creditores, si quid superfuerit ex bonis testatoris,possunt id habere in debitum suum, creditores verò testatoris ex bonis heredis,nihil *d.l.1.§.pen.De separat.*vbi ratio huius differẽtię illa reddi tur,quòd qui impetrauit separationem,sibi imputare debet suam facilitatem si cùm essent bona heredis idonea, maluerint illi bona potiùs defuncti sibi separari,Heredis autem creditoribus neque hoc,neque aliud quicquam imputari potest.Sed & è contrario longè deterioris cõdicionis sunt creditores heredis in eo quod separationem ipsi impetrare nunquam possunt,nec si in eorum fraudem adita hereditas proponatur, quia sibi imputare debent qui cum tali debitore contraxerint *d.l.1.§.quæsitum.* Nã & generaliter ita ius cõparatum est, vt liceat cuilibet adii ciendo sibi nouum creditorem prioris creditoris chirographarij deteriorẽ facere condicionem *d.l.1.§.ex contrario.* Estque in hanc rẽ perelegãs nec obscura Pauli tractatio in *l.si creditores 5.eod.* Tanta verò huius separationis potestas est vt si qua res hereditaria post additam hereditatem ab herede obligata propenatur iure pignoris vel hypothecæ,licèt ipso iure valeat ciusmodi obligatio tãquam à vero domino qui pignorandi ius habuerit cõstituta,iure tamen separationis hypothecario heredis creditore potior sit creditor defuncti qui separationem impetrauit *d.l.1.§.sciendum.* Nempe quia facta quandocunque separatione bona defuncti pro eo habentur quod ad prætorem acsi heredis facta nunquam fuissent, Et ideo non habet prætor pignus pro constituto à domino, quod constitutum fuit ab herede contra quem impetrata est separatio,In eum siquidem statum separatio redigit omnia,vt ea confusio quam mero iure fieri diximus,pro nõ facta censeatur.Loquimur autem de ea sola confusione quæ iuris potestate inducitur, quia si facti quoque confusio accessisset,permixtis de facto,vt loquuntur bonis hereditariis cũ bonis heredis,ita vt separari nullomodo possent, frustra de separatione iuris quereretur,cui factum ipsum ac rerum separandarum natura resisteret *d.l.1.§.pratereà.*

d.l.1.§. pen. & §. quæsitum & §.ex contrario & §. sciendum & §. pratereà.

L.si creditores 5.eod. tit. De separat. L.nec servus 41.De pecul.

De beneficio separationis heredibus necessariis indulto.

ALia ratio est separationis illius,quæ ex eodẽ prætoris edicto necessariis seruis accõmodatur,& de qua diximus ad Prin præcedẽs *ll.3.ex d.l.1.§. vlt. De separat.*Illa enim nõ creditoribus hereditariis datur,contra necessarij heredis creditores qui scilicet nulli esse possunt(nec enim aut seruus debere,aut seruo deberi quicquam potest *l.nec servus 41.De pecul.*)sed heredi ipsi necessario cõtra hereditarios creditores,Non in id quidẽ vti ne ipsis tenearetur tanquam heres defuncti,aut etiam ne bonorũ defuncti tanquam suorum etiã sub suo nomine distractionem pati compellatur(id enim facere prætor non potuit nisi destructo necessariorum heredum nomine ac iure) sed vt à defuncti bonis separare possit bona sibi aliunde obuẽtura,ne à creditoribus hereditariis eo nomine inquietari possit,nec supra modũ patrimonij, quod defunctus reliquerit conueniri.Abundè namque visum est sufficere creditoribus hereditariis debere si eadem ipsorum condicio foret quæ futura erat nullo necessario herede existente.Quo casu non aliorũ bonorum venditionẽ

L.1.§. vlt. eod. tit. De separat. L.nec servus 41.D. de pecul.

vrgere potuissent, quàm quæ defunctus moriens reliquisset. Dices, Immò verò fieri deteriorem condicionem creditorum hereditariorum ex necessarij heredis institutione, quam suprà diximus in fraudem quoque creditorum ab illo etiã qui soluẽdo nõ sit fieri & posse & solere, Ob idq; quõ videri debuisse ita ius constitui, vt pro eo incõmodo vicissim aliquid cõmodi consequerentur, si cõtingeret bonorũ aliquid necessario heredi aliunde obuenire. Sed præter id quod nihil prohibet heredis necessarij nec vnius tantùm, sed & plurium institutionem fieri ab illo etiã qui sit soluendo, quo casũ nemo dixerit fauorẽ creditorum qui non fraudantur facere debere vt eo minùs indulgendũ sit heredi necessario beneficium separationis, Responderi etiam potest iã satis durè cum necessario herede agi in eo, quod pro libertate quam ex eiusmodi institutione cõsequitur, publicæ bonorũ suorũ vẽditionis ignominiã pati cõpellitur, quæ vix alio quàm libertatis, vita ipsa charioris, precio sit æstimanda. Nec propterea prohibendum eum accepta libertate proprium quicquam habere, cuius nomine à defuncti creditoribus cõueniri nõ possit.

De beneficio separationis dando heredi rogato de restituenda hereditate qui adire compulsus.

TRactum etiam est idem prætoris edictum ad alias species, vtputa ad fauorem heredis rogati de restituenda hereditate, qui eã hereditatẽ quã fuspectã dicebat adire cõpulsus, postea restituere nõ potuit deficiẽte persona cui restitui posset ex quibus casibus solet hoc euenire. Placuit enim non solùm ipsi desiderãti succurri sibi aduersus creditores hereditarios subueniendum esse, sed & ipsius creditoribus id desiderãtibus idem præstãdum tacente etiã herede vt ipsis quasi separatio quędã præstetur, vt scriptum est in *d.l.1.§. sed si quis suspectam.* Item ad causam castrensiũ bonorũ si fortè filiusfamilias bona veneãt qui castrẽse peculiũ habeat. Separãtur enim creditores castrẽses ab aliis qui cũ eodem debitore priusquàm militaret contraxerunt, itémque ij ex castrensibus quoque quorum pecunia in rem patris versa est à cæteris, hactenus vt castrense peculiũ inquietare non possint, quãdiu actione De in rem verso cũ patre experiri possunt *d.l.1.§. si filiusfamilias.* Quanquã vt liberè meo more dicã quod sentio, videtur mihi duplex ista edicti extensio, non solùm à sententia & proposito prętoris, iurisq; ratione aliena, sed aliis etiã plerisq; rationibus Triboniano magis quàm Vlpiano aliive vlli ex antiquis nostris prudentibus accepto ferenda. Ac de priore quidẽ ne iã dubitare quisquã possit, ea facient quę in hãc rem fusissimè scripsimus *lib.*18. *Conect. cap.* 8. De posteriore verò sufficiet eos monuisse qui Vlpiani stylum tã dissimilẽ à Triboniano norunt, vt obseruent quibus verbis, quàm dubiis, & quàm parũ inter se connexis tota ea sententia concepta sit quę extat in *d.§. si filiusfam.* Primùm enim proponitur quęstio quę cum prętoris edicto nihil prorsus commune habet, ac eo ipso modo qui Triboniano familiarissimus est, quoties in mediis prudentũ respõsis quò facilius nobis imponat, suas interserit quęstiones, *An separatio*, inquit, *fiat inter castrenses creditores cæteróſque videamus.* Statim autẽ nulla omnino interiecta ratione ne dicã ratiocinatione, quasi ex præcedẽtibus bene quid inferens cõcludit, ille his verbis *simul ergo omnes admittẽtur.* Quorũ vtiq; alius sensus esse nõ potest, quàm vt simul cũ castrẽsibus creditoribus etiam non castrenses admittendi sint. Mox tamen quasi mutata sen-

d.l.1.§. sed si quis suspectam. De separat.

§ si filiusfamilias eiusd. leg.

ſententia, ſed incertus tamen in vtra potiùs perſtare debeat, prorſúſq; inſulta & prudentibus inſolita loquendi ratione ſubiungit *dúmodò ſi qui cũ eo contraxerunt antequàm militaret, fortaſſe debeant ſeparari.* Tandémque in hac opinione relinquit. Subiũgit enim *quod puto probandũ.* Nec tamẽ ſibi ſatisfacit quin eãdẽ ſententiã repetat & inculcet cùm immediatè ita ſcribit, *Ergo, qui ante cõtraxerunt, ſi bona caſtrenſia diſtrahantur, non poſſunt venire cũ caſtrenſibus creditoribus.* Non enim ferre poſſum quod quis ẽ putãt ita ſcriptum eſſe vt à deciſione vnius contrarij, alterius contrarij deciſio ſumatur. Nã prioris clauſulæ non illa ſententia eſt vt in bonis non caſtrenſibus creditores caſtrenſes non concurrant cum ceteris qui ante natum caſtrenſe peculium cõtraxerunt. Siquidem non potuit filius alia bona habere quàm caſtrenſia iure Pandectarũ, niſi fortè peculium profectitium in bonis filiifamilias cõputare vellis, quod tamen cõmodè facere nõ poſſis, quia licet quodãmodo filij patrimoniũ exiſtimetur, magis tamẽ eſt patris, extra eũ caſũ quo ex Claudij cõſtitutione peculiũ filiofamilias ſeparatur, id eſt ſi patris bona nõ propter delictũ, ſed propter debitũ à fiſco occupata proponãtur *l. 3. § ſed vtrũ in fi. D. de minor.* cúmq; bonorũ peculiariũ venditio fit, non filij ſed patris bona vendi intelligantur, quia pater ille eſt qui de peculio tenetur *l. patri 27. eod.* At neque peculiũ vllum eſſe intelligitur ex quo deſiit eſſe ſoluendo, ſi modò rei iudicatę tempore tale ſit *l. eo tempore 50. D. de pecul. l. Fulcinius 7. § ſi quis actione D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Itaque quod ſcriptum eſt in *d. §. ſi filiifamilias*, de eo filiofamilias accipiendum neceſſariò eſt qui peculium aliud nullum habuerit quàm caſtrenſe quo tamen admiſſo non poſſis dicere quomodo fieri queat ſeparatio creditorum caſtrenſiũ & ceterorum, aut quis huiuſmodi ſeparationis effectus eſſe debeat, niſi ille vt caſtrẽſes totũ habeãt, ceteri omnino nihil. Quæ ſeparatio ſi ſic accipi debet, non bonorum eſt, ſed creditorũ, & conſequenter planè aliena à propoſito prętoris, qui ex edicti parte nõ niſi de bonorũ ſeparatione faciẽda cogitauit. Vnde & *tit. ille De ſeparat.* medius poſitus eſt inter illos *Quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat. De reb. auct. iudic. poſſid. De curat. bon. dand. Que in fraud. credit.* in quibus omnibus nõ alia de cauſa tractatur de iure creditorum quàm vt ſciri poſſit, quibus, quo ordine, & ex quibus bonis ſatisfieri oporteret videatur. Prætereà cùm ſeparatio omnis, vt diximus, neceſſariò ſupponat prędecedentem confuſionem, quis neſcit, etiãſi idem filiusfamilias & peculium profectitium habeat, & caſtrenſe, nullã tamen idcirco fieri peculiorũ cõfuſionẽ, nec proinde vlli inducẽdę ſeparationi locũ eſſe? Nã in peculio caſtrẽſi paterfamilias eſſe intelligitur, in profectitio aut aduentitio nõ itẽ *ex l. 2. D. ad SC. Maced. l. vlt. C. de inoff. teſta.* Peculiũ profectitiũ magis eſt patris quàm filij, ideóque & filio per patrem adimi quandocunque poteſt, dũ ne dolo malo & in fraudem peculiarium creditorum *d. l. 3. § ſeq. vtrum d. l. patri 27. De minor. l. peculium 40. D. de pecul. l. interdum 14. D. de in rem verſ.* At in peculio caſtrenſi nihil penitus iuris habet pater, neque viuo filio, neq; eo mortuo ſi de ipſo fuerit teſtatus *l. 2. D. de caſtr. pecul.* Nec quod eadem perſona vtrumque peculium habeat inducit confuſionem peculiorum, cùm nihil vetet duplicis iuris peculium apud vnum eundémque aliquando eſſe *libenter quæritur 19. § 1. D. de pecul.* Quid ergo hic attinet de peculiorũ quę nũquã cõfuſa fuerint ſeparatione diſputare? Sed & quid abſurdius obſecro aut iniquius dici poteſt quàm quod Tribonianus cõcludit, creditores qui cũ filiofamilias antequàm militaret cõtraxerũt, cum ceteris creditoribus caſtrenſibus in ca-

L. 3. § ſed vtrum in fin. D. de minor. l. patri 27. eod. l. eo tempore 50. D. de pecul. l. Fulcinius 7. § ſi quis actione D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

Ordo titulorum edicti prætoris in quibus de creditorũ iure diſputatur.

L. 2. D. ad SC. Maced. L. peculium. 40. D. de pecul. l. interdum 14. D. de in rem verſ. l. 2. D. de caſtrenſ. pecul. l. hinc quæritur 19. § 1. D. de pecul.

ſtrenſibus bonis diſtrahendis concurrere non debere? Nã ſi caſtrenſes credi tores Tribonianus eos intelligit, vt puto (nõ enim memini alio loco ſic locu tũ vllũ ex Iureconſultis) non qui ob cauſam ad caſtra pertinentẽ crediderint, ſed qui duntaxat contraxerint eo tẽpore, quo filiusfamilias iã militabat, quid cauſæ eſſe poteſt cur eorũ qui antè contraxerunt peior condicio eſſe debeat, cùm & bona fide contraxerint, & eius fidẽ ſecuti ſint, qui nunc & paterfamilias reperitur, & proprium habet patrimoniũ? An non enim & perſonã eius intuiti ſunt, quã ſciuerunt quãdiu viueret poſſe acquirere, vt Paulus ait in *l. ſi creditores* 5. D. *de ſeparat.* & conſequenter totũ ipſius patrimoniũ qualecunq; tãdem, aut vbicunque eſſet, vel futurum eſſet *d. l. hinc quæritur* §. 1. De *pecul.* Quæ ratio non minùs locũ habebit etiãſi caſtrẽſium creditorum appellatione velis eos intelligere qui non modò cum filiofam. milite, ſed etiam ex peculij caſtrenſis cauſa contraxerunt. Nã cùm nulla iuris parte proditum ſit huiuſmodi creditoribus cõpetere priuilegium ſiue tacitæ hypothecę ſiue prælationis, Cur melioris erunt condicionis quàm cęteri qui aut codẽ aut etiã anteriore tempore contraxerint, & fortaſſis ex priuilegiaria cauſa? Sequitur apud Tribonianum, *Item ſi quid in rem patris verſum eſt fortè poterit & creditori contradici, ne caſtrenſe peculium inquietet, cùm poſſit potius cum patre experiri.* Æquè dubiè. Nec enim audet Tribon. affirmare poſſe cõtradici huic creditori quẽ ponit eſſe ex caſtrenſibus. Neque verò ratio vlla eſt propter quã denegãdũ ei ſit ne caſtrẽſe peculiũ inquietet cùm habeat debitorem eũ qui ſit dominus peculij caſtrẽſis. Quod enim pecunia in rem patris verſa proponitur, etſi obligat patrem actione De in rẽ verſo, nõ tamen efficit, quin filiusfamilias quoque obligatus ſit, & quidẽ in ſolidum. Quiſquis enim cũ filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filium in ſolidum & patrem de peculio duntaxat, aut De in rẽ verſo *l ſi quis cum filiofamilias* 44. *De pecul. l. tã ex cõtractibus* 57. *De iudic.* Nã & extra cauſam caſtrenſis peculij licet filiusfamilias patrisfam. iure non cenſeatur, tamen cùm cõtrahit obligatur perinde acſi eſſet paterfamilias, & ideo cum ipſo tanquã cum patrefamilias agi poteſt, *l. filiusfamilias* 39. *De obli. & act.* Sed neq; iuris ratio pati poteſt vt ob id ſolùm quod in rẽ patris verſum ſit debitum filiifamilias, teneatur pater de in rẽ verſo, niſi cũ filiusfamilias peculium habet à patre, & ex cauſa eius peculij cõtraxit. Cõſtat enim actionẽ de in rem verſo ſpeciem eſſe actionis de peculio, & edicti prętoris De peculio tria eſſe capita, Primũ generale De peculio, ſpecialia duo De in rem verſo, & Quod iuſſu *l. 1. D. de pecul.* At nec niſi ſubſidiaria eſt actio De in rẽ verſo, id eſt ita demũ cõtra patrẽ dãda, ſi filiusfamilias in peculio nihil habeat vel habeat quidẽ non in ſolidũ tamen *l. 1. De in rem ver.* Ergo ſi filiusfamilias peculiũ caſtrenſe habeat, nulla cauſa eſt cur ſolus pater & in ſolidũ de eo quod in rem ſuã verſum eſt prior conueniatur, quãdiu ex patrimonio filij vel in ſolidum, vel pro parte eidem creditori ſicut & cęteris ſatisfieri poteſt. Nec quod in rem patris verſum ſit facere debet vt deterior ſit condicio huius creditoris quàm cęterorum in proſequendo iure ſuo contra filiũ tanquã contra proprium debitorem, ſi qua forte ex cauſa contra ipſum agere malit quàm contra patrẽ, quod euenire facilè poteſt quia plerũque & facti & iuris quęſtio incidit, An in rẽ patris verſum ſit necne, & onerator probatione creditor qui agere vult cõtra patrẽ, vt ex iis ferè omnib. legibus apparet quæ ſunt ſub *tit. De in rem ver.* Denique prępoſterũ eſt vt pater prior De in rem verſo cõueniatur, deinde filius ipſe qui contraxit quiq; principaliter eſt obligatus,

L. ſi creditores 5. D. de ſeparat.

§. item ſi quid d. l. & eod. tit. De ſeparat.

L. ſi quis cũ filiofamilias 44. D. de pecul. l. tã ex contractibus 57. D. de iudic.

L. filiusfamilias 39. De oblig. & action.

Edicti prætoris De peculio l. 1. ill. tit. De pecul. l. 1. De in rẽ verſ.

gatus,si fortè pater aut ſoluendo non ſit aut contra eā De in rē verſo actionē iuſta aliqua exceptione tueri ſe poſſit. Itaque vel vna hęc clauſula facere poſſet ne dubitare amplius quiſquā deberet quin tota hæc ſententia Triboniani ſit non Vlpiani. Adeò aliena eſt & à ratione iuris & à ſententia prętoris in edicto *De ſeparat.* rurſúmque parū elegās in illis verbis *ne caſtrenſe peculiū inquietet*, inepta etiā in illis ſequentibus *cum p ſint potiùs cū patre experiri.* Eſt enim omnino noua hæc forma excuſſionis faciendæ vt inuitus creditor contra eum qui nō niſi acceſſoriè & ſubſidiariè obligatus eſt cogatur priùs & potiùs experiri quàm contra debitorē principalē ſiue ſoluendo ille ſit ſiue nō. Illud ſanè conſtat ſi filius impubes patri heres extiterit, deinde impubes deceſſerit,& ſubſtituti bona venerāt qui impuberis hereditatē adierit, patris creditores ſeparationē impetrare poſſe,itémq; impuberis creditores aduerſus creditores ſubſtituti *d.l.1.§.itē videamus eo.tit.* Nihil enim refert an bona quę ſemel deſierūt eſſe patris facta ſint bona primi heredis,an etiā ſecūdi ſucceſſi uè &ex ordine cùm vtroq;caſu perinde deſierint eſſe defuncti,cœperintq; cō fuſa eſſe cum bonis heredis,quæ confuſio ſicut iure ciuili ſeparationem impedit,ita & ex æquitate prætorij edicti ſeparationis auxilio ſimiliter indiget vt paternis creditoribus quibus nihil imputari poteſt conſulatur. Imò & legatariis quoque poſt creditores tamen,& quatenus eorum gratia ex bonis ſeruari poteſt poſt dimiſſos creditores *l.creditoribus 4 §.1.l.quoties 6.eod.* Hereditariū enim actionum loco habentur & legata,quāuis non à defuncto cœperint,quo demū mortuo totū teſtamentum cōfirmatur,ſed ab herede, qui ea pręſtare primus ſolúſque obligatur *l.hereditariis 40.D de obli.& act.* Illa ſiquidē heres debet prorſus eodem iure quo cętera quæ defunctus debuit id eſt tāquā heres nō tāquā Titius & ex propria perſona *l.nemo poteſt 55. De lega. 3.§.1. De leg.inſt.* Ex ſuperioribus autē apparet vt totū hūc De ſeparationib' tractatū abſoluamus. Cur ſeparatio dāda nō ſit creditorib' hereditariis qui fidē heredis ſecuti sūt,ſiue nouādi animo ab iis ſtipulati fuerint,ſiue fideiuſſores, quāuis nō idoneos ab iis acceperint,quia ſibi debēt imputare cur ad iuris rationem quę iā iis obſtabat proprium conſenſum accōmodauerint,talémque debitorem taléſve debitoris fideiuſſores elegerint *d.l.1.§.illud ſciendū & ſeq.* quæ ipſa ratio demonſtrat non idem dicendum eſſe ſi perſonā heredis ſecuti ſint ex neceſſitate,puta ſi iudiciū ei dictauerint,id eſt contra eum hereditariā propoſuerint actionem *l.fin.eo.ti.* non enim ſolet nouatio illa nocere,quę neceſſariò fit in iudicio per litis conteſtationem *l.aliā 29.D. de nouat.* ibi ratio redditur quòd nemo actionē exercendo faciat condicionē ſuā deteriorē,ſed meliorē. Apparet itē cur ius petēdę ſeparationis nō ſit perpetuum,ſed quinquennio finiatur à tēpore additionis numerādo *d.l.1.§.quod dicitur*, Nimirum quia licèt auxiliū prætorium videatur fauorabile maximáq; ſubnixum æquitate,tamen eſt etiam aliquatenus odioſum ex qua parte tollit poteſtatē aut potiùs effectum iuris commune quo inducitur confuſio bonorum,ita vt bona defuncti facta ſint bona heredis. Sed & ſi medio tempore vendita ſit hereditas ab herede dummodo bona fide placet,non poſſe amplius peti ſeparationem, vt Papinianus ſcribit in *l.2.eod.* rationem illam adferens quòd ea quæ bona fide geſta ſunt per heredem medio tempore,id eſt ab additione ad ſeparationem vſque,rata haberi ſolēt, id eſt ob impetratam ex poſtfacto ſeparationem irrita non fiunt,puta ſi quid ex bonis hereditariis interim venditum, alitéve alienatum proponatur, vt & in *l.quoties 44.D.de acquir.*

l.1.§. itē videamus De ſeparat.

l. creditoribus 4.§.1. l. quoties 6.eo. l. hereditariū 40. D. de obli. & act.

l. nemo poteſt 55. de leg.1.

l.1.§. illud ſciendum & ſeq. D. de ſeparat. L.fin.eo. tit. l.aliam 29. D.de nouat.

l.1.§. quod dicitur D. de ſeparat.

l.2.eod. tit.

hered. Hoc ipſum verò cur ita? Nempe quia vtitur heres ſuo iure cùm poſt additionem diſponit bona fide de bonis hereditariis, neſcius an id animo agitent creditores hereditarij vt ſeparationē petere velint, quod cùm ex ſola ipſorū volūtate pēdeat, ignorari probabiliter poteſt. Sed tamē poſſit quis adhuc ſubobſcurā putare ſupradictā Papiniani rationem. Quid enim vetat etiā rata manēte hereditatis venditione impetrari ſeparationem ſiue contra ipſum heredē qui etiā poſt factam hereditatis venditionem nihilominùs heres manet, ſiue contra emptorē qui ex eo tempore incipit eſſe quodāmodo heredis loco. *arg. l. 20. §. cùm quis & paſſ.* D. *de hered. act. vendit.* Sed dicendū eſt heredem qui hereditatem vēdidit, perinde quidem manere heredē quod ad hoc vt ipſe non emptor creditoribus hereditariis teneatur *l.1.C. eod.* nec tamen contra eam peti poſſe ſeparationem quia dominium bonorū proculdubio trāſtulit in emptorem, neque rurſum contra emptorē, quia licèt bona omnia teneat quę defuncti fuerunt, non habet tanquā bona defuncti, ſed tanquā bona ſui venditoris, id eſt facta iā heredis. Denique hoc vult Papinianus fieri nullomodo poſſe, vt bona defuncti iā vendita per heredē, diſtrahātur iterū poſtulātibus creditoribus hereditariis & inuito emptore qui non ſolùm dominus eorum factus ſit, ſed etiā ita dominus vt creditoribus hereditariis non magis teneatur quàm creditoribus heredis *d. l. 2. C. de hered. vendit.* niſi eorum actiones vltrò ſuſcipere ſit paratus *l. 2. C. de pact.* Neque enim ambigitur æris alieni onus nō ſequi ſingularē ſucceſſorē, qualis eſt emptor hereditatis *l. æris alieni* 15. C. *de donat.* vt nec cæteras perſonales obligationes & actiones *l. vlt. §. 1.* D. *de cōt. empt. l. 1. §. ſi heres* D. *ad SC. Treb.* Eſt enim onus heredis ex poteſtate legis 12. tab. quæ de ſolis heredib⁹ locuta ad alios porrigi nullomodo poteſt *l. 1. C. ſi cert. pet.* nec ſi & heres & emptor hereditatis & creditores hereditarij conſentiāt *d. l. 2. C. de hered. vend.* Videbuntur fortaſſe iſta omnia quę diximus de ſententia illius Edicti De ſeparationibus, ab inſtituto tractatu aliena. Sed tamen non ita eſt. Pendet enim tota eius interpretatio ex eo Principio quod nunc in manibus habemus, & ex hoc vno quod bona defuncti per aditionē hereditatis fiūt bona heredis. Supererat explicāda elegās illa Papiniani diſputatio quę proponitur in *l. 3. eod. tit. De ſeparat.* At quoniam à nobis alio loco fuliſtimè nec inſubtiliter, vt arbitramur, tractata eſt, ſufficiet locum hîc indicaſſe. Is eſt *lib. 7. Comell. cap. 16.*

L. 2. §. cùm quis D. de hered. vel act. vendit. L. 2. C. eod.

L. 2. C. de pact. L. æris alieni 15. C. de donat. L. vlt. §. 1. de contrab. empt. l. 1. § ſi heres D. ad SC. Trebell. L. 3. C. ſi cert. pet.

L. 1. D. deſe parat.

ILLATIO IV.

De filio qui heredis iam defuncti tanquam abſentis bona adminiſtrauit.

QVartò ex eodem Principio fit quod Papinianus ſcribit in *d. l. vlt.* D. *ſi pars heredit. petat.* Heredis ex parte inſtituti filiū qui patrem ſuū ignorabat viuo teſtatore deceſſiſſe, ſi nomine patris vt abſentis hereditatem adminiſtrauerit & pecunias diſtractis rebus acceperit, negotiorū geſtorū actione ab heredibus patris, à quo fortè exheredatus fuerit cōueniri non poſſe, quaſi aut patris aut paternæ hereditatis negotia curauerit. Nā neq; fuerūt, inquit, negotia patris, qui iā eſſe deſierat, neq; paternę ſucceſſionis quę fuerūt alterius hereditatis. Quid ergo? Soli ſco heredibus patris ad quos paterna portio ſpectat tenebitur nō quidē petitione hereditatis, ſed negotiorū geſtorū, niſi probare velit patrem poſt aditam hereditatem deceſſiſſe, ſe verò patri heredem extitiſſe. Quo caſu conuenitur quidem interim petitione hereditatis tanquam iuris poſſeſſor quia ſibi cauſam poſſeſſionis mutare non potuit, ſed tamen ſi vtrumque quod adſeuerat probauerit, tādem obtinebit, quoniam bona defuncti

L. vlt. D. ſi pars hered. pet.

functi reperientur eo casu facta bona patris,& bona patris facta filij, vtrunque per agnitionem & acquisitionem vtriusque hereditatis.

ILLATIO V.

De *non dando substituto pupillari separationem bonorum patris.*

QVintò ex eodem Principio fit vt si filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis sit,& patri filius heres extiterit,nõ possit substitutus separare hereditates vt filij habeat,patris nõ habeat. Aut enim vtriusq; debet hereditatẽ habere aut neutrius *l.sed si plures* 10.*§.filio D.de vul. & pup.sub.* vbi rationẽ Vlp.reddit,quòd hereditas cœperit iuncta esse,id est,non quod hereditas patris cœperit esse hereditas filij eo adhuc viuo(neq; enim viuẽtis hominis hereditas vlla est,sed patrimoniũ *l.1.D.de hered.vel act.vẽd.*) sed quod bona patris per acquisitionẽ hereditatis paternæ facta sint bona filij,atq; ita effectum sit vt in eiusdẽ filij postea defuncti hereditate reperta fuerint vnita & confusa illa etiã bona quæ aliquando fuerant paternę hereditatis.Hereditatem enim vocat Vlp.ea bona quæ fuerunt aliquando hereditas,inspecta scilicet origine,licèt defierint hereditas esse ex quo facta sunt bona & patrimonium filij eiusdémque heredis.Idémque est vt Vlp.ibidem subiũgit, si pater heredem me ex parte scripserit,& filium ex parte,& ego patris hereditatem repudiauero.Nã neque filij hereditatẽ habere possum, qui scilicet patri suo heres extiterit,atque ita paterna bona sua fecerit, & paternã hereditatem in sua reliquerit iunctã & confusam. Alioquî si nec filius patri heres extitisset, alia ratio me à pupillari substitutione excluderet,illa nimirum quòd destituto patris testamento,hoc est,nemine ex eo herede existente substitutio pupillaris valere non possit.Id enim est quod sequitur apud Vlp. *si ex asse* heres institutus filio exheredato substitutus repudiauerit patris hereditatem, non posse filij adire.Nec enim valet,inquit, filij testamẽtum nisi patris hereditas adita fuerit,nec sufficit ad secundarum tabularum vim sic esse factum à patre testamentum vt ex eo adiri hereditas possit,si non etiam cum effectu adeatur: Cùm pupillaris substitutio sit pars & sequela paterni testamenti, quod cùm sit principale, neque in totum, neque ex parte confirmari ex pupillari potest *l.patris* 20.iunct.*l.ex pupillari* 44.*eod.tit.* Hinc etiam pendet interpretatio *l.paterfamilias* 28.*de reb.autor.iud possid.* de qua iam sæpius alibi scripsimus & scribemus aliquid *illat.*12.*infr.*

L.sed si plures 10.§.filio De vulg.& pupil.substi.

§.si ex asse eiusd. leg.

L.patris 20. l.ex pupillari 44. eod.l. paterfamilias 28. De reb.autor.iudic.possid.

ILLATIO VI.

De bonis etiam quæ aliunde obuenerunt substituto pupillari acquirendis.

SExtò ex eodem Principio fit quod Idem Vlp.tractat in *l.sed si plures §. ad substitutos eod.* ad substitutos pupillares illa etiam pertinere quæ postea pupillis obuenerint. Ratio enim hæc statim sequitur, quòd pater qui filio suo pupillariter substituit non bonis suis substituat, sed impuberis: Quæ ratio nullius erit sensus aut potestatis,nisi suppleas bona quæ filius ille exheredatus aliunde habuerit,puta,quòd à matre aliquóve ex agnatis aut cognatis vel etiam ab extraneo heres fuerit institutus, facta esse ipsius impuberis bona.. Nam & vix est vt impuberi quicquam acquiri aliter possit quàm per viam hereditatis, cùm sit ea ætas non solùm industriæ

ibi.sed si plures §. ad substitutos de vulgar & pupil.substit.

Digitized by Google

& consilij expers,sed etiam penè animi & voluntatis & sensus.

ILLAT. VII.

De filio qui fraternam hereditatem retinere vult ex substitutione, amissa paterna.

SEptimò ex eodem Principio petenda est ratio dubitandi ad elegans illud Papiniani responsum,quod extat in *l.si filius* 12.*eod.*vbi quærit Papin. an audiendus sit filius si posteaquàm patri primùm deinde fratri ex secundis tabulis heres extitit,hereditatem patris recuset,fraternam autem retinere malit.Videbatur enim id filio denegandũ,Non ratione illa quã diximus illat.5. quòd non possit filius impubes heredem aliquem habere , si pater nullum habeat(neque enim est sine herede pater qui suum heredem habet quamuis se abstinentem *l.cùm quasi* 30.*§ sed etsi suus De fideic.libert.*& qui sunt in potestate si instituti sint,statim sunt heredes ex testamento,nec quod se possunt abstinere quicquam facit *l.1.§.qui sunt in potestate D.si quis omiss.caus.testam.* idque est quod Pap.ait filium hunc qui nunc patris hereditatem recusat,patri iam heredem extitisse,Scilicet ipso iure tanquam suum & necessariũ heredem,non voluntariè per immixtionem,alioqui abstinere ampliùs nõ posset *l.necessariis* 57.D.*de acquir hered.*)Sed quia ex quo tempore bona patris cœperunt non modò iuncta esse,sed etiam confusa cum bonis filij tanquam sui & necessarij heredis,non videatur permittendum filio vt ex edicto prętoris, quod alioquin iure ordinario facere posset, abstineat bonis paternis, cùm vult ex eodem testamento fraterna retinere,non magis quàm vt patris iudicium pro parte probet,pro parte improbet *arg.l.si ita stipulatio* 39. §. 1. *De oper.libert.*inducátque diuisionem volũtatis *l.eum qui* 18.*§.vlt.D.de his quæ vt indign.*Hęc enim non tantùm abstentio dicenda esset, de qua si solùm quæreretur,nullus esset dubitandi locus,verùm etiam separatio , non quidem eo sensu quo suprà locuti sumus De separatione bonorum confusorũ, vt in edicto *De separat.*(ponendum namque est in illa Papin.specie impuberem exheredatum fuisse,solum autem institutum fratrem qui idem fratri fuerit substitutus,vt proinde bona defuncti patris nunquam potuerint fieri bona impuberis,nec cõsequenter separatio vlla induci possit)sed separatio bonorũ eodẽ testamento relictorum,quę ipsa nihil aliud nisi volũtatis vt diximus, diuisio est .Contrà tamen respondet Papinianus iustiùs facturũ prętorem si fratri separationẽ bonorũ patris cõcesserit,& à propriis & à fraternis,hoc est si non obstãte eo quod fraternã hereditatem hic filius retinere vult, perinde ipsi indulgeat beneficium abstentionis ne à paternis creditoribus conueniri possit,atque si fraterna quoque bona recusaret.Semper enim inspiciendum est quid prętori,quid alij cuilibet legislatori propositũ sit,vt in dubitationibus omnibus quę incurrunt id propositũ seruetur,quãtũ fieri potest *l.1.§.exceptionem* D.*quar.rer.act.non det.*Atqui prętori beneficium abstinẽdi suis heredibus vltro indulgenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare non inuitos ab hereditate remouere, Præsertim, quòd remotis secundis tabulis, vt idem Papinianus ait, frater hic substitutus legitimam haberet fratris hereditatem. Quæ certè magna æquitatis ratio est, propter quam longè facilius permitti debeat suo heredi quàm extraneo,vt recusata hereditate patris, nihilominùs hereditatem impuberis retinere possit,quia non posset extraneus impuberi succedere si non esset

L.si filius 12. *eod. cit. De vulg. & pupill substit.*

L.cùm quasi 30. *§. sed etsi suus de fideic.libert.*

L. necessariis 57. *D. de acquir. hered.*

De separatione indulta per beneficium abstentionis.

Propositum prætoris in beneficio abstentionis concedendo.

esset ei pupillariter substitutus: Sicut & iuris ratio magis obstat extraneo, si ex substitutione pupillari succedere velit non adita patris hereditate, aut si postquã ille ipse eã adierit (nec enim aliter quàm per aditionẽ heres fieri aut esse potest) velit repudiare, quod non licet *l. sicut* 4. C. *de repud. vel abst hered.* Denique apud Papinianum non tã ratio iuris quàm æquitatis obstabat filio eidémq; substituto ne fraternã hereditatẽ retinere posse videretur. Inspecta enim iuris ciuilis ratione dubitari non poterat, quin eã retinere non solùm posset, verùm etiã fratri necessarius heres esse deberet, quẽadmodũ & patri *d. l. sed si plures* 10. *§. quos possum l. 2. §. prius autem de vulg. & pup. substit.* Seu sicut inductũ à prętore beneficiũ abstẽtionis facit vt paternã hereditatem inuitus filius agnoscere non cogatur *d. l. necessariis*, ac proinde vt neque impuberis fratris heres sit si nolit, Ita è cõtrario volẽti filio hereditate patris abstinere, sũma æquitatis ratio videbatur obstare, ne fraternã retinere posset, sed vel vtrãq; retinere, vel ab vtraq; abstinere cogeretur, vt vel vtriusq; heres esset necessarius, vel neutrius volũtarius. Nã & vicissim volẽti filio fraternã hereditatem retinere illa etiã æquitatis nec leuior ratio aduersari videbatur, quòd ab eo abstinendi beneficio se vltrò ipse excluderet agnoscendo fraternã hereditatem ex eodem patris testamento, non secus acti aliquo modo paternę hereditati se immiscuisset. Quid enim referre videri potest patrísve iudicium & voluntatem, an verò hereditatem filius agnoscat? An non se immiscet qui quoquomodo agnoscit iudicium patris? Ratio tamen Papiniani quę tota nititur æquitate longè maiore ac fauorabiliore, totam hanc contrariæ æquitatis obiectionem facilè dissoluit. Fuit Papiniano familiare & responsa sua & quæstiones ad eos casus accommodare in quibus prima facie, minúsque subtiliter intuenti, regulę iuris communis aut etiam æquitatis aliam sententiã quàm quę tandẽ Papiniano placeat suadere viderẽtur, ídque vnũ sanè est quod Papiniani elegantię ac subtilitati tam vberem cãpum dedit, quod ad eos casus se restrinxit, Ne alioqui cogeretur facere quod cęteri omnes Iureconsulti Africano solò excepto fecerunt, vt multa dicerent quę vel nullam prorsus, vel saltẽ perexiguã apud prudẽtes viros haberẽt dubitationẽ. In proposito autẽ tres iuris tã ciuilis, quàm prętorij regulę aliũ quã Papinianũ in cõtrariam sententiã mouere fortasse potuissent. Prima illa, quòd vsque adeo hereditas impuberis testamẽtaria ex patris hereditate pendeat, vt quisquis patri heres necessarius est, idẽ & filio impuberi necessarius sit *d. l. 2. §. prius autẽ d. l. sed si plures §. quos possum eod. l. qui patri* 59. *De acquir. hered.* Secunda, quòd non agnita patris hereditate substitutio pupillaris corruat *d. l. sed si plures §. si ex asse l. apud Iulianum* 11. *§. idem Iulianus lata tamen* 27. *§. qui suspectam ad SC. Treb.* Tertia, quòd suo heredi qui se immiscuit, abstinendi beneficium etiam à prętore denegetur si non sit etiam impubes *d. l. necessariis*: faciléque credendus sit se immiscuisse filius, qui iam ipso iure heres est. *l. si is bonis* 91. *De acq. her. l. 2. C. de iur. delib.*

d. l. sed si plures §. quos possum, & l. 2. §. prius autem eod. ti. De vulg. & pupill. substit.

L. qui patri 59. *De acq. hered.*

L. si is qui bonis 91. *eod. l. 2. C. de iur. delib.*

ILLATIO VIII.

De hereditate semel adita numquam repudianda.

OCtauò ex eodem Principio fit quod proximè attigimus, vt hereditas semel adita repudiari non possit *d. l. sicut* 4. *De repud. vel abstin. hered. C.* Nam cùm hereditatem aditam & acquisitam esse, nihi aliud sit quàm

L. sicut 4. *C. de repud. vel abstin. hered.*

tus ad omne ęs alienũ quod defuncti fuit *l.1.C.si cer.pet.* exinde verò non possit exonerari quin à creditoribus ipsis condicio deferatur *l.enim hereditate* 55. *De acq.hered.* Sed ratio hæc quamuis vera sit, non tamẽ est germana, vt ex eo intelligi potest quod quamuis nulli essent creditores, perinde tamen verum esset hereditatem semel aditam repudiari non posse.

L.1.C.si cer. petas. l. cùm hereditate 55. *De acq. hered.*

ILLATIO IX.

De iungenda possessione heredis cum possessione defuncti.

NOnò ex eodem Principio fit vt possessio defuncti quasi iuncta transeat ad heredẽ, quomodo Paulus loquitur in *l.cùm miles* 30. *D.ex quib. caus.maior.* id est vt nos interpretati sumus ad Princip. 5. *sup. de iur natur gent. & ciuil. stat.* 3. *vers. pendet etiam*, vt tempora possessionis defuncti iungantur temporibus possessionis heredis, & adminiculo antiquioris possessionis vti heres possit ex persona defuncti *l. Pomponius* 13. §. 1. *D. de acquir. poss.* quia nimirum sicut inter cętera quæ in bonis nostris sunt possessio quoque annumeratur *l.1.C.per quas person.nob.acq.l.per procuratorem* 8. C. *de acq. poss.* ita & in possessione idẽ necessariò admittẽdũ est, quod in cęteris bonis, vt quæ defuncti fuit, per additionẽ facta sit heredis. Vnde etiã est quod heres sua ignoratione vitia possessionis defuncti nõ excludit *l.cùm heres* 11. *D. de diuer. tem. præscr.* Nõ enim ex scięntia vel ignorãtia eius, qui semel heres esse voluit, sed ex mera iuris ratione pẽdet, vt bona defuncti per viã hereditatis fiãt bona heredis. Nisi malis quod scriptũ est in *d.l.cùm miles*, de iure lõgę possessionis intelligere quę similis erat vsucapioni. Idque sanè probabilius est, vt post hæc iam scripta scripsimus in Rationalibus nostris ad illum locum.

L. cùm miles 30. *D. ex quib. caus. maior.*

L. Põponius 13. §. 1. *de ac. poss.*

L. cùm heres 11. *de diuers. temp. præscript.*

ILLATIO X.

De bonis paternis origine factis iam fraternis.

DEcimò ex eõdem Principio fit quod Vlp. scribit in *l.3.§. si is qui status De Carbon. edict.* Si is qui status controuersiam filio faciebat & solum sę filium dicebat, decesserit, & mater ei heres extiterit, si quidẽ eãdẽ controuersiã mater impuberi faciat qui se ex alia natum affirmat scilicet vt eũ filium neget, idcircóque totã hereditatẽ ad se ex persona filij sui defuncti pertinere contendat, in tẽpus pubertatis ex edicto illo rem differendam, quia nihil interest suo nomine an hereditario controuersiã faciat. Sed si mater concedat hũc quoque defuncti filium esse, & ideo partẽ hereditatis dimidiã solam sibi vindicet ex bonis paternis, non esse iudicium in tempus pubertatis differendũ. Non enim de paternis, inquit Vlp. sed de fraternis bonis impuberi fit cõtrouersia. Hoc ipsum verò cur ita? nisi quia quę primùm fuerãt paterna morięte patre, facta fuerãt fraterna per acquisitionẽ hereditatis in eius solius fratris persona qui status controuersiã impuberi faciebat. Quanquã vt verũ fatear, non possum intelligere quid sibi Vlpianus eo loco velit. Nã cùm mater defuncti, qui huic impuberi superstiti controuersiã status faciebat concedit aut saltẽ non negat (vtraque enim lectio bona & eiusdẽ sensus est) hũc quoq; defuncti patris filium esse, & ob eã causam non nisi partem dimidiam hereditatis petit ex bonis paternis, quæ nã obsecro superesse potest controuersia, de qua dubitari quæat an iudicium in tempus pubertatis sit differendum.

L.3.§. si is qui status D. de Carbon. edict.

Digitized by

Neque enim de ſtatu amplius quæritur ex quo filius hic eſſe non negatur, neque rurſum de bonis, cùm dimidia pars hereditatis huic impuberi tanquã filio relinquatur, quam ſolam ab initio & alio fratre viuo petere potuiſſet ſi ſtatus controuerſiam nullam paſſus vnquam fuiſſet. Nec dici poteſt fieri nũc impuberi controuerſiam de bonis fraternis non de paternis. Quænam enim controuerſia ſit ei cui extra iudicium tanta portio relinquitur, quãtam ex victoria ſperare vnquã poſſet? Præterea quid attinet tractari de bonis fraternis, in quibus nihil vnquã iuris impubes hic aut ſperauit, aut ſperare potuit? Ponimus enim ſuſceptum illũ ex alia matre, & conſequenter talẽ qui in fratris conſanguinei ſucceſſione matri eius præferri nullomodo debuerit, nec cum ea concurrere ſiue inſpecto iure vetere, ſiue nouo. Denique nihil aliud impubes petere poterat etiamſi ſtatus controuerſiam paſſus non eſſet, niſi dimidiam partẽ bonorum paternorum, ſiue viuo fratre, ſiue mortuo, fraternorum verò bonorum nullam prorſus portionem. Igitur non poteſt vera eſſe ratio illa, *Non enim de paternis, ſed de fraternis bonis impuberi fit controuerſia.* Neque poteſt Vlpianus defendi ea interpretatione quã attulimus, quòd bona patris hoc caſu bona filij facta eſſe videantur. Id enim ita demum verè diceretur ſi defunctus filius qui ſe ſolum filium contendebat, patri heres in ſolidum extitiſſet. At non potuit in ſolidum heres patri exiſtere filius, qui fratrem habuit æquè ac pro eadem portione futurum abſolutè heredem ſi controuerſiam ſtatus nullam pateretur, aut ſaltem pro filio & herede habendum interim quandiu de cauſa ſtatus cognitum & pronunciatum non fuit, inducto in eam rem Carbonianæ bonorum poſſeſſionis remedio, ne vel impuberi, vel ei qui controuerſiam faceret damnum inferretur. Nam & inter extraneos heredes inſtitutos conſtat ita ius eſſe vt quandiu coheres ſiue teſtamẽtarius, ſiue legitimus pro ſua parte heres fieri poteſt, interim tota hereditas alij portionem ſuam adeunti non acquiratur *l. 2. D. d. ſi pars hered. petat.* Quomodo ergo fieri poteſt, vt ex perſona ſolius filij qui non niſi pro parte heres poſſit exiſtere bona omnia paterna fiant fraterna? Id enim etiam cum principio noſtro pugnaret. Et certè quandocunque apparente filio illo cui ab initio cõtrouerſia ſtatus facta fuit, ſiue ex iudicis pronũciatione, ſiue ex aduerſarij cõfeſſione filius probetur, nemo negauerit iam inde ex eo ipſo inſtanti quo pater mortuus eſt extitiſſe illum ipſo iure patri heredẽ, quia etiã ignorãs & ſola legis poteſtate heres fieri potuiſſet *l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legit.* multò magis contendens iuſtè ſe & filium & heredẽ eſſe. Non enim probatio ſuperueniẽs facit eum filiũ, ſed qualis ſemper antea fuerit ex poſtfacto demonſtrat. Ergo pro illa parte, id eſt pro dimidia ſicut non potuit is filius de cuius ſtatu minimè dubitabatur heres exiſtere, ita nec paterna bona potuerunt fieri fraterna. Quod ſi ita eſt non malè meo iudicio quis dixerit locum hunc tot aliis adiiciẽdũ eſſe, quos diximus à Triboniano ſub prudẽtũ nomine imprudẽtiſſimè ſubiectos & ſuppoſitos fuiſſe. Nunquam enim mihi perſuadebo Vlpianũ quicquã ſcripſiſſe quod neq; bonum ſenſum, neque ratiõnẽ vllã habeat, Sed quid eſſe potuit quod fefellit Tribonianum. Nam & errorum quoque nobis ratio aliqua reddenda eſt, vt appareat, non ſine ratione Tribonianũ à nobis reprehendi. Puto virum bonum nec valde ſubtilem ex eo deceptũ fuiſſe quod Iulianus ſimpliciter ſcripſerat, aut etiam Vlpianus ex Iuliano, Controuerſiam quam impuberi faciebat defunctus frater qui ſe ſolum filium contẽdebat, ſi eadem fiat per matrem fratris quę ſola prę mortuo

filio

L. 2. D. ſi pars hered. pet.

L. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legit.

filio heres sit, perinde in tempus pubertatis differendam ac si vel frater viueret, vel mater eam litem & quæstionem proprio nomine inferret. Cuius rei & elegans & aperta ratio illa est, quòd vt textus habet, nihil interest, suo an hereditario nomine controuersiam impuberi quis faciat. Putauit autē Tribonian. prætermissam fuisse à Iuliano & Vlpiano aliam distinctionis partem, ex eo casu conficiendam, quo mater defuncti filii qui impuberi controuersiā statuis faciebat non neget impuberem quoque filium esse, sed partem dimidiam duntaxat sibi vindicet bonorum paternorum. Nec animaduertit nullā eo casu posse controuersiam supersesse, de qua vel statim decidenda, vel in pubertatis tempus differenda dubitari queat, vt probauimus. Tribonianum distinguere passim solitum etiam vbi necesse non est produnt verba illa ei familiarissima *si quidem* apta ad partem primam distinctionis constituendā. Quibus consequenter subiiciendum erat pro secunda distinctionis parte quomodo & idem Tribon. loqui solet *sin autem* vel *sin verò*, quod tamen factum non est vt tāto apertius Triboniani manus & inscitia proderetur. Pro illis enim verbis subiecit Tribon. *Planè si mater concedat*, ita relinquens imperfectam præcedentem clausulam quæ perficienda erat & suis numeris absoluenda: quod similiter aliis plerisque locis imprudenti ei accidere notissimum est.

ILLATIO XL.

De *renunciatione bonorum paternorum quæ postea facta sint fraterna.*

VNdecimò ex eodem Principio fit quod interpretes nostri tractant ad *l. 1. §. veteres D. de acquir. poss.* Renūciationem quantumuis generalem, & iuratam bonorum paternorum factam vt passim hodie fit per filiam nuptui traditam à patre, non obstare filiæ quominùs defuncto fratri intestato possit succedere in iis etiam bonis quæ à patre ad filium peruenerunt, tanquam quibus nullomodo renunciatum esse intelligatur, Ratione illa quòd paternis tantùm filia renunciauerit, hæc autem licèt aliquando paterna fuerint, tamen desierint esse talia factáque sint fraterna ex quo fratri acquisita sunt per additionem paternæ hereditatis. Textus est in hanc rem elegans in *l. per curatorem 90. §. 1. De acquir. hered.* vbi Paulus scribit si iussu aui nepos ex filio milite adierit hereditatem patris qui de castrensi peculio testamentum fecerat, acquisisse illum auo bona omnia de quibus pater potuerat testari, *quoniam*, inquit, *castrensia esse mutatione personæ desierunt.* Quid enim aliud est desisse esse castrensia, quàm desisse esse paterna & facta esse auita ex persona nepotis qui in aui potestate constitutus, nō magis hereditatē patris, quàm aliud quicquā sibi acquirere potuit? Quid aliud *mutatione personæ* nisi *mutatione domini*? Etsi differt ille casus à nostro in eo quòd bona illa paterna & castrensia quę per nepotē acquisita sunt auo, nunquā fieri potuerunt nepotis, sed per eius personam adeò confestim acquisita sunt auo, vt ne quidem vno tēporis momento potuerit acquisitio consistere in persona nepotis *l. placet. 79. eo tit.* Sed non eo minùs desinūt esse bona paterna & castrensia defuncto filio qui miles fuit, & ex cuius solius persona castrensia dicebantur. Illud certè constat huiusmodi renunciationes strictissimè accipiendas esse, neq; interpretatione vlla adiuuādas, quippe quę sunt odiosę *l. cum quidā 19. De l. & posth. l. hæc*

L. 1. §. veteres D. de acq. possess.

L. per curatorem 90. §. 1. D. de acq. hered.

Digitized by Google

Pactiones tã de succedendo quàm de non succedendo prohibitæ. l. pactum quod dotali 15.C.de pact. l. vlt D. de suis & legit. cap. quamuis pactum de pact. in 6.

modo 64.D*e condic.& demonstr.* Vtpote quæ sint alienæ à iuris ciuilis ratione, ex qua prohibentur valere pactiones omnes quæ fiunt de futura hereditate, siue fiant de succedendo *l.pactum quod dotali* 15.*C.de pact. l. stipulatio hoc modo* 61.D *de ver.obls l.*3.*C.de collat.l.ex eo* 4.*C.de inutil.stipul.sine de non succedendo l.vlt.*D.*de suis & legit.l.quod bonis* 15.§.1.*D.ad.leg.falci.*etiamsi iuratæ proponantur *l.non dubium* 5.*C de legib.*nec nisi iuris pontificij autoritate propter iurisiurandi religionem defendantur ex *cap.quamuis pactum De pact. in* 6. Ex scilicet quæ sunt de non succedendo , non etiam illæ quæ sunt de succedendo, Vt scripsimus *Decad.*14.*de error.pragmat.* & alibi dicemus commodiùs. Nulla igitur ratio est cur renunciatio quæ ad paterna bona fuit restricta, protrahatur etiam ad fraterna, quod vtique fieri non posset citra extensionem, quæ nec facilè vnquam fit in stipulationibus *l quicquid* 99.*De verb.obligat.*præsertim verò à persona ad personam non expressam *l. si ita stipulatus* 126.§.*Chrysogonus in fin.eod.*Interdum tamen placet bonorum originem primámque condicionem spectandam esse potiùs quàm eam quæ superuenerit ex mutatione personæ, Vt in specie *Auth.ex testamento* C. *de secund.nupt.*vbi scriptum est ex Iustin.*Nouell.*2.*De non elig.secund. nub. mulier. cap.*3.matrem quæ ad secundas nuptias conuolauit, vocari quidẽ ad intestati filij successionem, siue ante, siue post mortẽ filij secũdas ineat nuptias, sed ita tamen vt eorum solum vsumfructum percipiat quæ ex paterna substantia ad filium peruenerunt, cęterorum verò etiam proprietatem. Sed ñon pugnat ea res cũ Principio nostro, quia non tã ex iuris ratione, quàm ex merą Iustiniani voluntate & constitutione proficiscitur. Certè nõ semel euenit vt ea ipsa bona quæ reuera facta sunt fraterna per aditionem paternæ hereditatis à fratre factam, retineant nihilominus nomen paternorum, scilicet quoties eorum mentio fit siue in lege, siue in testamento, siue in contractu, siue in sententia iudicis ad differentiam aliorum bonorum fraternorum quæ frater aliunde quàm à communi patre habuerit. Non enim aut aliter aut meliùs distingui possint quàm si paterna dicãtur, ad eorum exclusionem quæ sic fraterna sunt, vt nunquam fuerint paterna. Potéstque ad hanc speciem nõ malè accommodari, quod in alia Papin. scribit in *l.cum filius* 76.§.*heres meus De legat.*2.nõ in totum falsum id videri, quod veritatis primordio adiuuaretur. Nã & plerũque pinguiùs eadem corpora bonorum appellamus quorum substantia mutata non est, licèt mutationem acceperint in pristina qualitate aut quantitate *l.& an eadem* 14.*in princi.*D.*de except.rei indic.* Vide tamen *l.si is qui* 6.D.*de vulg. & pupill.subst.*

Origo bonorum à quâ ospectatur.

L. cùm filius 76.§. heres meus de leg. 2.

ILLATIO XII.

De eo qui substitutus est pupillo absenti.

L. paterfamilias 28.de reb. autor. iudic.possid. aliàs 13. De priuileg.credit.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod Iauolenus scribit in *l. paterfamilias* 28.*De reb.autor.indic.possid.aliàs l.*13.*De priuileg.credit.* vt in substitutum pupillarem danda sit actio creditoribus paternis tum etiam cùm filius paterna hereditate se abstinuit, quia cùm non eo minùs verum sit filium esse ac manere patris heredem, vt in superioribus disputauimus ex *l. cùm quasi* 30.§. *sed etsi sus De fideic.libert.* fatendum est eodem filio postea quandocunque defuncto non nisi vnam esse patris & filij hereditatem vt lex ait , Et quamuis filio detur beneficium abstentionis, vt ipsius pudori par-

parcatur,ne bonorum suorum venditionem pati cogatur propter onera patris non sponte suscepta *d.l.si filius* 12. *De vulg. & pup.substit.* non idem tamen substituto tribui potest,cuius scilicet factum & spontanea voluntas interuenit,non in eo quidē vt hereditas patris cū hereditate filij vna sit(solius enim iuris potestate illud fit non hominis voluntate)sed in eo vt hereditatem pupilli sibi acquirat,quam sciat aut scire debeat cum patris hereditate coniunctam fuisse ipso iure,nil obstante pupilli abstentione *l.1.§.qui sunt in potestate D.si quis omiss.caus.test.* Sed de tota illius loci sententia, lectione,& emendatione videnda sunt quæ scripsimus non insubtiliter fortasse *lib.2.Coniect.ca.2.* & in posteriore parte Hemischiliadis nostræ *De error.pragmat.* Est enim locus sanè vt perelegans ita perobscurus, nec ante nos nisi fallimur ab vllo ex interpretibus bene intellectus, quique nostra omnino indigebat emendatione.

l.si filius 12. de vulg. & pup. substit.

Denique ad hoc Principium alia pleraque ne dicam innumera referenda sunt quæ inter legendum passim occurrunt , quorum non alia aut certior aut promptior ratio adferri possit, quàm quòd bona testatoris per aditionem hereditatis fiant bona defuncti.

PRINCIPIVM VI.

Eum qui liber non sit heredem instituí & fieri nullomodo posse.

QVi liber non est,heres institui & fieri nullomodo potest,vt Iustin. scribit in *§.idémque iuris hoc tit.post Vlp.in frag tit.*22.§.7.& 11. Ratio est quia testamenti factio tam actiua quàm passiua tota iuris ciuilis est, vt scripsimus ad Princip.5.*illat.*1. *De iur.natur.gent.& ciuil.* iure autem ciuili serui pro nullis habentur *l.quod attinet* 32. *De regul.iur.* Adieci autem *& fieri*, vt eum casum excludam quo seruus alienus fuerit institutus.Is enim nō heres,fit sed heredem facit dominum *§.item vobis infr.Per quas person.nob.adquir.* ita vt ne momento quidem temporis adquisitio consistat in persona serui *l.placet* 79. *De acquir.hered.* Idcóque placuit seruum alienum siue solum,siue pro parte sine libertate heredem institui posse *l.3.in princip.* vbi *solus* legendum est non *totus* D.*de hered.instit.* Nam testamenti factio cum seruis ex persona dominorum introducta est *l.nō minus* 31.*eod.* idque vtilitatis causa,vt tāto plus cōmodi dominis per seruos acquireretur,cùm ueniret plerūque vt quis proprio erga seruum alienum adfectu eum instituere heredem, qui tamen dominum ipsius non æquè forsitan fuisset instituturus,tametsi domino hereditatem per seruum adquisitam iri sciret,vellétque,Nimirum vt tāto charior domino suo fieret seruus ille,tātóque citiùs & faciliùs ab eo libertatem mereretur,veluti in prę mium, & remunerationem hereditatis forsitan opulentissimæ quā non modò per seruum,sed etiam propter seruum sibi relictam & acquisitā esse videret.Potest etiam alia huius Principij ratio reddi, quòd seruus qui in aliena potestate ipse est,nihil habere possit in sua potestate nec quod suum sit,vt loquitur Iustin.in *d.§.item vobis.* Sed non tam huius Principij propria & germana ratio illa est,quàm generalis.Pertinet enim

§. idémque iuris hoc tit.

§. item vobis infr. per quas person. L.placet 79. de acq. hered. L.3.in princ. D.de hered. instit. l.non minus 31.eod.

non tantùm ad causam successionis testamentariæ, sed etiam ad cæteras omnes acquisitionis species generaliter, nec minùs ad filiosfamilias quàm ad seruos, vt ad eum tit. dicemus.

ILLATIO I.

De seruo herede instituto sine libertate.

d. §. idémque iuris. EX hoc Principio illud primùm fit quod Iustin. in *d. §. idémque iuris*, testatur ita receptum olim fuisse, vt seruus non nisi inutiliter sine libertate heres instituteretur, pręterquàm si ab eo domino qui soluendo non esset, institutio facta proponeretur. Etsi enim ex iis quæ expressa sunt, pleraque solent tacitè inferri in necessarium antecedens *l. 2. D. de iurisd. l. ad rem mobilem* 56. *l. ad legatum* 62. D. *de procurat. l. Titia Seio* 87. *§. Seia libertis* De *legat.* 2. In proposito tamen non poterat illud induci, vt seruus heres institutus hoc ipso liber scriptus videretur, quia tãti momenti libertas erat, vt non posset censeri quid accessorium hereditatis, sed tãquã principalior priùs dari expressim & nominatim deberet, quàm hereditas dari posset, ne alioqui principale ex accessorio vires capere dici posset *arg. l. ex pupillari* 44. De *vulg. & pup. subst. l. quod per manus* 10. *De inr. codicill.* Excipiebatur tamen is seruus qui heres institutus esset à domino moriente non soluendo. Hic enim hoc ipso liber fiebat, licèt eodem testamento libertas ei data non fuisset, quia cùm eius institutio tãquã in fraudem creditorũ facta per legem Æliã Sẽtiã rescindi debuisset, nisi casum hunc eadem lex excepisset, lex autem non alia de causa huiusmodi institutionem admitteret, valeréque pateretur, quàm vt ciuis romanus heredem haberet necessarium sub cuius nomine bona publicè venderẽtur, fieri non poterat quin eadem lex eum pro libero haberet quem vel inuitum cogeret esse necessarium heredem. Quisquis enim necessarius heres est, eum priùs & necessariò talem esse necesse est, qualis si non esset, heres esse nullomodo posset. Idque non tã *heredis* nomen, quàm illa *necessarij* adiectio & qualitas facit, iuncta scilicet cum legis potestate: quæ si non cõcurreret, aliud proculdubio foret, quamuis qui à diuite domino heres institutus est, non minùs necessarius ei heres sit quàm si dominus non soluendo decessisset.

ILLATIO II.

De Iustiniani constitutione quæ seruum proprium institutum facit hoc ipso liberum.

d. §. idémque iuris. SEcundò ex eodem Principio fit quod Iustinianus contra iuris veteris rationem à se constitutũ fuisse testatur, vt generaliter quisquis seruus à domino suo heres institutus fuit, siue dominus soluendo decesserit, siue nõ soluendo, hoc ipso liber quoque scriptus esse intelligatur. Nempe tãquã in necessarium antecedens non solùm iuris, sed etiã voluntatis, quòd sicuti heres esse non potest, qui non est liber, ita non sit verisimile testatorem qui seruũ sibi heredem elegerit, si libertatis dationem prætermiserit, seruum illum remanere voluisse, neminémque sibi heredem fore. Hæc enim ratio est quã Iustin. ipse adfert, quæ tamen si ex iure magis quàm ex imperatoris autoritate æstimetur, non est bona. Alioqui fatendum esset ius vetus quod ante Iustinia-

ſtinianum obtinuit in contrarium, à ratione abhorruiſſe. Cur autem non ſit bona, diximus Illat. præcedenti, quia cùm libertas ſit quid longè maius & principalius hereditate, debuit nominatim, expreſſimque dari non ſub nomine & in conſequentiam hereditatis, præſertim quia potuit etiam fieri vt libertas vtiliter data eſſet non etiam hereditas, puta ſi libertas non niſi per fideicommiſſum data fuiſſet, hereditas autem directò: Quo caſu dici non poſſet ad validandam hereditatis dationem libertatem quoque directam videri datam debere, obſtantibus nimirum verbis ex quibus apparet datam fuiſſe fideicommiſſariam. Non eſt igitur bona conſecutio ſi quis cum Iuſtiniano dicat. *Fuit Stichus heres ſcriptus, Ergo & liber*, quia poſſet liber ſcriptus eſſe, & ita tamen vt non valeret datio hereditatis, nempe ſi fideicõmiſſariã duntaxat libertatem accepiſſet, aut ſi libertatem ſub condicione, hereditatem verò purè vt in *l. qui filio* 38. *§. 1. De her. inſt.* Et hoc exemplum malo, quia non propriè ſcribitur liber is cui non niſi fideicommiſſaria hereditas à teſtatore datur. Noua autem Iuſtiniani conſtitutio quam dicimus illa eſt quæ extat in *l. quidam* 5. C. *de neceſſ. hered. inſtit.* vbi fatetur ille in hoc nouo iure conſtituendo maiorem ſe voluntatis defuncti quàm iuris rationem habuiſſe, *quia*, inquit, *voluntatis ſemper ſequimur veſtigia teſtatorum.* Etſi adfert ille aliam qua motus etiam fuerit rationem. Illam videlicet, quòd etiã olim ita ius eſſet, vt ſi quis ſeruum ſuũ tutorem liberis ſuis relinqueret, quãuis ſine libertate, ex ipſa tamen tutelæ datione libertas quoque data intelligeretur *l. ſi hereditas* 10. *§. vlt. l. quaro* 32. *§. vlt. D. de teſt. tutel.* & quidem directa, vt dicemus ad *§. 1. infr. qui teſt. tut. dar. poſſ.* Sed non eſt recta ratiocinatio. Nã in tutela ita comparatum ius erat, fauore non ſolius libertatis ſed etiã pupillorũ, quorum ætas miſeráque condicio alia pleraque ab inuita, vt ita dicam, iuriſprudentia extorſit, neque id Iuſtinianus ipſe negat. At in hereditate ſolius libertatis fauor verſatur, niſi qui forte velit dicere verſari quoque fauorem teſtamenti qui ſemper apud prudẽtes illos veteres maximus fuit *l. 1. §. pars* 10. *D. de inof. teſt.* Sed cùm teſtamẽti fauõr ille totus ad teſtatoris fauorẽ referatur *l. vel negare* 6. *D. teſt. quemad. aper.* nullus hic tali fauori locus relinquitur cùm poſſit imputari teſtatori qui ſeruum ſuum ſine libertate ſcripſit, cur non ſecundũ leges teſtatus ſit, id eſt cur nõ eidem adſcripſerit libertatem, ſine qua ſciuit aut ſcire debuit futurum eſſe ex iuris ratione, vt ſeruus heres eſſe nullomodo poſſet. Vnde illud etiam fortaſſe eſt quod iam diximus aliam fuiſſe olim rationem teſtatoris qui moriturus non ſoluendo ſeruum ſibi heredem neceſſarium ſine libertate inſtituiſſet. Nam neque videri poterat hic teſtator non ſecundum leges teſtatus qui legis Æliæ Sentiæ beneficio vſus fuerat, neque ſolius teſtatoris fauor in eo verſabatur, vt ſeruus heres eſſet, quamuis ſine libertate inſtitutus, ſed præſertim reipublicæ, cuius maximè intererat neciuis romani exiſtimatio etiã poſt mortem per auctiõnis publicæ infamiam læderetur. Itaque libertatis fauor cum reipub. fauore mixtus, facilè hanc ſententiam inducere potuit eo caſu, non etiam in cæteris, in quibus, alius quàm libertatis fauor nullus eſſet de quo tractari poſſet. Quòd ſi ea voluntatis ratio quæ ſola Iuſtinianum mouit, quia non ſit credendus teſtator fruſtra teſtari, ſeruúmque heredem ſcribere voluiſſe, recta eſſet, quidni eadem ratione motus ille conſtituit, vt ſi quis ſeruo proprio legatum aliquod vel fideicommiſſum ſine libertate reliquerit, hoc ipſo etiam libertatem vel

L. quidã 5. C. de neceſſ. hered. inſtit.

L. ſi hereditas 10. §. vl. l. quaro 32. §. vlt. D. de teſtam. tut.

Digitized by Google

directam vel fideicommissariam reliquisse intelligatur? Nam & alioquin perinde hoc casu eueniet vt legatum vel fideicommissum inutiliter relictum fuerit, vtpote quod neque seruo in seruitute manenti possit acquiri, neque per seruum heredi, cùm per seruum hereditarium nihil acquiri possit quod eiusdem sit hereditatis *l. heres per seruum* 43. *De acquir. hered. l.1. §. veteres D. de acquir. poss.* Et tamen non ausus est Iustin. quantumcunque egregius libertatis fautor adeò alienam à iuris veteris ratione opinionem inducere. Quin è contrario constituit vt seruus proprius cui legatum vel fideicommissum sine libertate relictum sit, maneat in seruitute *d.l.5. §. illo videlicet obseruando*, Vbi tamen addit, quod ab antiquis legibus non minùs abhorret, Non ita impios esse heredes debere vt libertatem testatoris & seruiles labores debita remuneratione defraudare conentur, sed quod iis relictum est, etiam seruis constitutis donandum esse, nisi id restringas ad legatum vel fideicommissum cibariorum vestiariorum & aliorum huiusmodi quorum capaces sunt serui, quoniam ad personam ipsam magis quàm ad personæ ius respiciunt *l. seruos* 17. *D. de alim. & cib. leg.* quomodo etiam diximus cætera omnia quæ facti sunt non transire ad dominum *l. qui heredi* 44. *D. de condic. & demonstr.* Alioqui certè constat seruo proprio sine libertate prorsus inutiliter legari, ita vt neque de vrbanitate, vt loquuntur, quicquam ex eo legato debeatur *l. seruus* 76. *De hered. instit.* quia huiusmodi legatum nullomodo consistit *l. planè* 34. *§. si coniunctim De legat. 1.* Et ratio est, quoniam legari solis iis potest cum quibus testamenti factio est *§. legari infr. De legat. l. si seruo* 101. *§. 1. de leg. 1.* Eadem enim lex duodecim tabularum iisdem prorsus verbis, & heredis instituendi & legata relinquendi potestatem iúsque patrifamilias dedit *l. verbis legis* 120. *De verb. sign.* Iam autem diximus cum seruis testamenti factionem nullam esse ex propria ipsorum persona, cùm ne quidem cum aliis liberis hominibus sit nisi qui sint etiam ciues romani *l. 1. C. de hered. instit.*

L. heres per seruum 43. De acquir. hered. l. 1. §. veteres D. de acq. poss. D l. 1. §. illo videlicet obseruando C. de necess. he red. instit.

L. seruos 17. De alim. & cibar. legat. L. qui heredi 44. D. de condict. & demonstr. L. seruus 76. de hered. instit. l. planè 34. §. si coniunctim. de legat. 1. L. si seruo 101. § 1. eod. L verbis legis 120. de verb. sign. L. 1. C. de hered. instit.

ILLATIO III.

De instituto ex parte quem testator liberum scripsit in codicillis.

d. l. 5. C. de necess. hered. instit.

TErtiò ex eodem Principio fit quod eadem constitutione Iustinianus refert olim obtinuisse, vt si quis seruum suum in testamento quidem heredem ex parte sine libertate scripsisset, in codicillis verò libertatem ei reliquisset, institutio tamẽ nõ valeret, neque ex ea heres fieri posset, seruus quãuis liber esset. Nam cùm hereditas neque sine libertate in testamento dari posset, neque cum libertate in codicillis secundum vulgares regulas iuris ciuilis, non poterat libertas codicillis relicta confirmare hereditatem testamẽto datam. Ne alioqui testamentum quod principale est, & ex quo tanquam confirmãte vires accipiunt codicilli qui sunt accessorij per codicillos ipsos confirmari videretur, Quæ perelegãs Papiniani ratio est in *l. quod per manus* 10. D. *de iur. codicill.* Iustinianus tamen eadem illa sua constitutione hoc quoque emẽdauit, voluítque vt hoc etiã casu seruus & liber, & heres fiat. Ratione illa quòd si tunc etiam cùm libertas neque testamento, neque codicillis data est, hereditatem solam seruo relictam esse sufficit, vt libertas quoque tacitè

L. quod per manus 10. D. de iur. codicill.

tacitè adscripta videatur, multò magis hoc casu pro libertate & hereditate respondendum est, cùm vtraque expressim relicta fuerit, licèt altera in testamento, altera in codicillis. Egregia sanè ratio si prior constitutionis pars rationem aliquam haberet. Sed cùm nullam satis bonam habeat vt probauimus, non video quid pro Iustiniani tuenda innouatione vsurpari aliud possit, quàm Ciceronianum illud, Eum qui semel verecundiæ fines transierit bene ac gnauiter impudentem esse oportere. Est enim hac parte tantò absurdior & iniquior noua constitutio quanto plures violat regulas iuris antiqui, inter quas semper illa fuit, quæ iuris etiam noui est, quòd hereditas in codicillis dari non potest. Item illa, quòd per codicillos testamentum confirmari nequit. Itaque multò futurum erat tolerabilius vt Iustinianus priore constitutionis suæ parte contentus libertatem hoc casu in codicillis supernacuò datam fuisse diceret, sufficiente scilicet hereditate, tametsi sola, in testamento relicta, quàm vt ad institutionem defendēdam quæ sine libertatis datione facta esset, ex eo moueretur, quod libertas quoque in codicillis adscripta esset. Maximè cùm nec quicquam vetet deberi ex codicillis libertatem etiamsi ex testamento hereditas non debeatur *d. l. qui filio 38. §. 1. D. de hered. instit.* *l. qui filio 38. §. 1. D. de hered. inst.*

ILLATIO V.

De seruo sine libertate substituto qui alij fuerat legatus.

QVartò ex eodē Principio fiebat olim vt si quis seruum suū legasset eundem postea impuberi substituendo sine libertate, non tam libertatem ipsi seruo pupillariter substituto, quàm pupilli hereditatem legatario eidém que huius serui domino detulisse videretur. Cùm non posset plus iuris habere seruus pupillo substitutus in hereditate pupilli, quàm institutus in hereditate ipsius testatoris, & vtroque casu eadem ratio locum haberet, facerétque ne hereditas sine libertate vllomodo competere posset. Ita namque comparatum fuisse ius vetus innuit eadem constitutio Iustiniani in *d. l. 5. §. vlt. C. de necess. hered. instit.* vbi addit Iustin. quid è contrario iuris fuerit, si seruus hic impuberi substitutus fuisset cum libertate. Id nimirum vt prævaleret libertas, quamuis non nisi sub condicione data, & pendēte cōdicione pupillaris substitutionis pro statulibero interim seruus haberetur, nec priùs in legatarij dominium transiret quàm libertatis id est substitutionis condicio defecisset. In quo tamen posset quis putare fortassis, quòd vir quidam doctus aliquando Iustinianum Tribonianúmque defendebat, deceptos esse iuris veteris ignoratione. Etsi enim verum est quotiescunque idem seruus & legatus fuisset & libertatem eodem testamento accepisset prævaluisse semper eam scripturam quæ nouissima esset siue pro libertate faceret, siue pro legato, in obscura verò voluntate prævaluisse libertatem *l. si seruus legatus 50. D. de fideic. libert.* Id tamen tunc verè dicebatur, cùm fieri non posset vt valeret vtrunque libertas scilicet & legatum, quod eueniebat si vtrunque purè relictum esset. Sed legato purè relicto, libertate verò sub condicione quæ posset existere, posset etiam non existere, videbatur nihil causæ fuisse cur vsque adeò libertas prævalere deberet, vt pendente quoque libertatis condicione legatum irritum constitueretur. Quid enim prohibebat valere interim legatum, sed tamen euanescere postea existente quandocunque

d. l. 5. §. vlt. C. de necess. hered. instit.

L. si seruus legatus 50. D. de fideic. libert.

stit. Hic autem seruus de quo agimus esset prorsus alienus propter legatum Titio factum, eique omnimodo pupillarem hereditatem acquireret existente pupillaris substitutionis condicione si non esset ipse statuliber propter adscriptam ei sub pupillaris substitutionis condicione libertatem. Igitur adiecta sunt verba illa *cum libertate*, vt casus qui dubitabilior esset tractaretur. Videbatur enim absurdum vt testator libertatem daret ei seruo quem iam alteri legasset, dilata præsertim libertate in id tempus quo seruus ille ex legato puro iam factus esset alienus. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium est, Nihil interesse an substitutus sit pupillo cum libertate, an in ipsius testatoris hereditate institutus, idem qui fuerit eodem testamento anteà legatus. Vtroque siquidem casu præualet nouissima scriptura libertatis non hactenus vt ab initio legatum non valeat & impediatur per dationem libertatis cuius condicio potest deficere. Sed vt pendente libertatis condicione legatum sit in suspenso, tanquam condicionale. Itémque vt perimatur legatum & euanescat existente substitutionis condicione, non etiam vt finiatur, quomodo finitur aliis casibus in quibus legatur is qui iam statuliber est. Non enim minùs statuliber est cui libertas sub condicione data fuit eo ipso testamento quo idem alij legatus fuit, quàm si nulli legatus esset, quandoquidem non efficit legatum quin maneat seruus in domini sui eiusdémq; testatoris potestate, satisque est quod non minùs statulibertas per legem duodecim tabularũ quàm legatũ confirmatur, licèt priùs cedat dies legati, quàm libertatis etiã purè nedum condicionaliter relictæ. Cedit enim ille statim ex die mortis, hic non nisi ab adita hereditate *l. vnic. §. in nouissimo & §. libertatibus C. de cadu. toll. lend.* nisi cùm necessarius aliquis heres est, quo casu in vnum concurrit vt & heres existat & dies legatorum omnium cedat *d. l. si post mortem §. 1.* Ex quibus apparet quam rationem habeat quod Iustin. constituit in *d. l. 5. §. vlt C. d. necess. hered. instit.* vt si seruus Titio legatus idem impuberi substitutus sit sine libertate, non modò liberfiat seruus & heres ex pupillari substitutione, quotiescunque condicio euenerit, sed etiam legatum ipsum interim sit in suspenso, nec priùs acquiratur legatario quàm certum esse cœperit substitutionis condicionẽ existere amplius nunquã posse. Etsi potuerat Iustiniano satis esse vt iuberet haberi libertatẽ pro tacitè adscripta in eũ ipsũ casum quo data pupilli hereditas fuisset, Non etiã addito eo vt legatum interim suspenderetur, cùm manente in cæteris salua iuris veteris ratione futurũ esset vt existẽte substitutionis cõdicione legatũ euanesceret, atq; interim tãquã condicionale legatario acquiri prohiberetur. Adeò vt si libertatis cõdicionẽ vel diẽ omnimodo vẽturã esse certũ esset, legatũ omnimodo quoque & ab initio inutile cẽseri deberẽt, secũdũ Iuliani sẽtẽtiã in *d. l. si post mortẽ §. vl.* quãuis in eo diſsẽserit à Iuliano Papinianus in *d. l. peculiũ 65. §. si Titio de leg. 2.* tã apertè vt cõciliãdis iis frustra Bartol. post Accursiũ cęteriq; interpretes hucusq; laborauerint, Papinianũ intelligẽtes de fideicõmissaria libertate, qui tamẽ, quod nec Bart. dissimulare potest, nõ loquitur nisi de directa. Alia lõgéq; diuersa species est quã Iulian⁹ tractat in *L. qui filio 38. in prin. De hered. inst.* vbi scribit seruum filio exheredato legatum posse eũdem post mortem filij heredem ex parte institui, eodem prorsus modo, inquit, quo seruus Sempronio legatus idẽ post mortem Sẽpronij heres ex parte institui potest. Loquitur enim eo loco Iulian⁹ de seruo nõ

d. si post mortem §. 1. d. l. 5. §. vlt. C. de necess. hered. instit.

d. si post mortem §. vl. & l. peculiũ 65. §. si Titio de leg. 2.

L. qui filio 38. in princ. de hered. instit.

Digitized by Google

pupillariter ſubſtituto ſed inſtituto , vt ex eo apparet non ſolùm quòd loquitur de inſtitutione,non de ſubſtitutione,ſed quòd etiam ponit ſeruum non niſi ex parte inſtitutum heredem.Siquidem nihil vetat cum ſeruum qui ſine filio exheredato ſiue alij cuilibet legatus ſit poſt legatarij mortẽ ſubſtitui pupillariter ſolũ & ex toto aſſe. At vt ſolus inſtituatur poſt mortem filij exheredati,cui fuerit legatus(de illo namque Iulianus tractat) fieri non poteſt, quia vt exheredatio valeat neceſſe eſt aliquem eſſe patris heredem viuo filio,ne alioqui filius poſt mortem ſuã exheredatus fuiſſe videatur *l. ſuus quoque 4.§.vlt.eod.tit.l.ſi ita ſcriptum 13.§.vlt.De liber.& poſt.* Exheredatione autẽ non valente,totum teſtamentum corruit, & conſequenter legatum quoque filio exheredato relictum. Nihil porrò intereſt an ſeruus hic fuerit inſtitutus cum libertate an ſine libertate,quod ad hoc vt inſtitutio ipſius defendatur,de quo tantùm Iulianus diſputat. Intereſt ſanè hactenus quod ſi cum libertate inſtitutus ſit,heres ipſe fit proprio nomine.Si ſine libertate,facit heredem dominum,id eſt eum quem filius exheredatus cui fuerat legatus heredem ſuum aut teſtamentarium,aut legitimum reliquerit, Vt proinde non poſſim videre cur Iulianus quæſtionem conceperit de filio impubere, cùm neque de pupillari ſubſtitutione tractet,vt diximus,neq; aliud ſit in filio pubere. Facilèque mihi perſuadeo ex interpretis alicuius gloſſemate dictionem illam irrepſiſſe. Decepti,vt credibile eſt ex *d.l.ſi ſeruus 18.§.1. De vulg. & pup.ſubſt.* quaſi vtriuſque loci eadem ſpecies ac ſententia eſſet, Quod non ita eſt.Ibi enim tractat Vlp.expreſſim de pupillari ſubſtitutione, quam conſtat non alij quàm impuberi filio fieri poſſe. Hîc verò Iulianus de inſtitutione facta in teſtatoris hereditate, à qua prorſus alienum eſt quærere an filius pubes ſit, an impubes. Idem eſt vt Iulianus ait & in alia ſpecie, cùm ſeruus Sempronio legatus idẽ poſt mortem Sempronij ex parte heres inſtitutus fuit. Nam & legatum valet propter adiectionem coheredis,quem ideo Iulianus ponit datum eſſe,Ne alioqui legatum Sempronio factũ, quod rẽ niſi adita hereditate valere poteſt,in id tempus collatum videretur,quo Sempronius iam defunctus eſſet,Et nihil intereſt an inſtitutus ſit ſeruus cum libertate,an ſine libertate,cùm pro parte duntaxat inſtitutus fuit.Nam priore caſu heres erit proprio nomine, Poſteriore verò hereditatem acquiret ei quem Sempronius reliquerit heredem.Addidi *cùm ex parte duntaxat inſtitutus fuit.* Quia ſi ſolus & ex aſſe inſtitutus proponeretur,neque legatum valeret propter eam rationem quam attigi, neque conſequenter inſtitutio quæ facta eſſet ſine libertate , ſecundùm tempora Iuliani. Quod non ſatis bene videtur animaduertiſſe Bartolus qui duas illas à Iuliano propoſitas ſpecies ſic diſtinguit,vt cùm fateatur exheredationem filij quæ duntaxat poſt ipſius mortem confirmetur, non valere,non tamen abſurdum putet, vt alicui poſt mortem ſuam legetur , inſpecto etiam eo iure, quod Iuliani temporibus obtinebat.Contra quàm ſcriptum ſit ab Vlpiano in *Fragmen. tit. 24.§.poſt mortem & à Paulo lib. 3.Sentent.tit.6.§. poſt mortem,* teſtatúmque à Iuſtiniano noſtro in *§. poſt mortem infr. De legat.* vbi de eo latiùs dicemus.

L. ſuus quoque 4.§.vlt. eod. l. ſi ita ſcriptum 13. §.vlt.de lib. & poſthum.

L. ſi ſeruus 18. §. 1. De vulg. & pupill. ſubſtit.

§. poſt mortẽ infr.de lega.

ILLA-

Digitized by Google

ILLATIO V.

De ſeruo ſcripto libero ſub condicione, herede verò purè, & interim vendito.

QVintò ex hôc eodem Principio fit quod Iulianus ſcribit in *d. l. qui filio 38. §. ſi quis De hered. inſtit.* Si quis ſeruum ſuum liberum ſub cõdicione, heredem verò purè ſcripſiſſet, cúmque vendidiſſet pendente condicione, ſeruum iuſſu emptoris adire hereditatem poſſe, quia & conſtitit inſtitutio ab initio, & eſt nunc qui ius imperandi habet, Sed ſi poſt defectã libertatis condicionem alienatus fuiſſet, aliud dicendum fore, quia ad emptorem peruenifſet eo tempore quo iam extincta inſtitutio & inutilis facta eſſet, id eſt, quo hereditas ſeruo proprio ſine libertate data reperiretur. Nihil enim aliud erat, quod inſtitutionem huiuſmodi ab initio vtilem faceret, niſi quod quamuis hereditas eſſet relicta purè, libertas autem ſub condicione, non poſſet tamen dici hereditatem ſine libertate datam eſſe, quandiu libertas in eo erat vt competere poſſet ſimul cum hereditate, nimirum ſi viuo teſtatore libertatis condicio extitiſſet. Ponendum enim adſcriptam fuiſſe libertati cõdicionem ex earum genere quę viuo etiam teſtatore impleri poſſunt, de quibus in *l. 2. De cond. & demonſtr.* quales ſunt caſuales omnes non etiam quę dicuntur promiſcuę id eſt poteſtatiuæ *l. ſi iam facta 11. eod.*

L. qui filio 38. §. ſi quis D. de hered. inſtit.

l. 2. l. ſi iã facta 11. De cõdic. & demonſtr.

ILLAT. VI.

De ſeruo alieno libero & herede ſcripto, poſteáque teſtatori acquiſito.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruum alienum liberum & heredem eſſe iuſſero, & is poſtea meus effectus ſit, neutrum valeat, neque libertas quæ inutiliter ſeruo alieno data fuit, neque hereditas quæ inutili facta libertatis datione, ſine libertate data reperitur *l. ſi alienum 49. in princip. D. de hered. inſtit.* Diuerſum eſt ſi ſeruum meum heredem inſtitutum cum libertate viuus vendidero, adeóque ſi voles ei cum quo teſtamenti factio non eſt, illúmque poſtea redemero. Nam perinde mihi heres eſſe poterit ex teſtamento, quia medium tempus non vitiat inſtitutionem, ſufficitque meum fuiſſe vtroque tempore & teſtamenti & mortis *l. ſeruum meum 50. iunct. §. in extraneis d. l. ſi alienum eod.*

l. ſi alienum 49. in princ. D. de cond. & demonſt.

l. ſeruum meũ 50. & §. in extraneis d. l. ſi alienum.

PRINCIPIVM VII.

De ſolennitate manumiſſionis faciendæ per minorem cum manumittus vindicta.

EX lege Ælia Sentia domino minori annis viginti non aliter manumittere permittitur, quàm ſi vindicta apud conſilium iuſta manumittendi cauſa adprobata, manumiſſionis ſollennitas peragatur. *§. eadem lege hoc tit. l. 1. D. de manumiſſ. l. ſi minor 11. & tot. tit. De de manum. vindict. & C. eod.* Ratio huius Principij eſt, vt Iuſtin. ſcribit in *§. vlt. huius tit.* quòd libertas ſicut fauorabiliſſima eſt ita ſit etiam inæſtimabilis *l. libertas 106. De reg. iur.*

§. eadẽ lege hoc tit. l. 1. D. de manum. l. ſi minor 11. D. de man. vindict. §. vlt. hoc ti. l. libertas 106.

Digitized by Google

L. non est singulis 176. §. 1. De regul. iur.
Lex in Princ. & § 1. D. de minor.

id est infinitæ æstimationis l. non est singulis 176. §. 1. eod. ac proinde quam non sine magna iustáque causa dari oporteat, cuius causę liberum arbitrium non fuit permittendum minori annis viginti, cùm ea ætas quæ in minoribus quoque rebus administrandis alieno curatoris consilio regi solet & debet, vix boni consilij capax sit, ne quidem ante vicesimunquintum annum *l. 1. in prin. & §. 1. D. de minor.* Satisque in eo libertati indultū videtur quod vicesimo, nō quinto post vicesimum annum lex Ælia Sentia manumittendi prohibitionem cō clusit. Fuit tamen ea lex necessaria, quoniam alioqui manumissiō etiā à minore facta & nulla quoque iusta causa interueniente nihilominùs valuisset, tanquam à domino facta cui nulla vnquam lege interdicta fuit alienatio rerum suarum mobiliū, inter quas adnumerari seruos certum est *l. 3. §. Nerua filius D. de acquir. poss.* Oratio namque Seueri & senatusconsultum ad eā factū de quo in *l. 1. & tot. tit. De reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt sine decre. non alien.* non ad res mobiles pertinet, sed tantùm ad immobiles, id est ad prædia *l. 1. & tot. tit. C. de pred. minor.* Potest quidem minor qui de re mobili malè id est damno suo contraxerit ita vt se lęsum probare possit restitutionem in integrum postulare *l. nam posteaquàm 9. §. si minor. D. de iureiur. & tot. tit. C. de in integr. rest. minor. cum seqq.* Sed causa libertatis semel datæ extra periculum restitutionis semper fuit, quia cōtra libertatem dari restitutionem impossibile est, vt ait *l. si ex causa 9. §. vlt. D. de minor. & tot tit. C. si aduers. libert.* Itaque vt minoribus aduersus hanc tanti damni occasionem prouideretur, necesse fuit ferri legem quæ huiusmodi libertatibus obuiam iret, eáque dari prohiberet, ne dubitari posset quin competere non possent ex ea manumissione quæ contra legem facta reperiretur. Quicquid enim contra legem fit, ipso iure irritum est nulliúsque momenti *l. non dubium 5. C. de legib.* Denique fauor libertatis qui facit vt libertas semel competens reuocari & retractari nunquā possit causam dedit legi Æliæ Sentiæ quę faceret, vt ab initio libertas impediretur, vt scripsimus ad Princip. *illat. 2. sup. eod.* Iustæ porrò manumissionis causæ plures sunt ex tempore futuro, ex præterito autem pene infinitæ quia multa merita incidere possunt propter quæ honestum sit libertatem cū decreto præstare, quas æstimare debebit is apud quem ea de re agitur, inquit Paulus in *l. etiam 15. De manum. vindict.* Illud verò in causis probandis magistratum meminisse oportet, vt non ex luxuria, sed ex iusto adfectu descendētes causas probet. Neque enim deliciis, sed iustis adfectionibus legem Ælią Sentią dedisse iustā libertatē credendū est *l. illud 16. eod.* Pleraque ex iustis iis causis enumerantur in *l. iusta 9. l. si minor 11. & quatuor seqq. eod.* & à Iustin. in *hoc tit.* De quibus nihil dicimus, quia nullam habent difficultatem, nisi quod Iustinian. inter cæteras hanc ponit si quis seruum manumiserit procuratoris habendi gratia exigitq;, vt non minor decē & septē annis sit is qui ex ea causa manumittitur. Vlpianus verò in *l. si collactaneus 13. De manum. vind.* exigit vt non minor sit annis decem & octo. Sed vterque locus coniungendus est vt decimumseptimum annum prorsus impletum esse necesse sit, at decimumoctauum cœptum esse sufficiat. Reliqua quæ ad hanc manumittendi causam pertinent posteà dicemus.

L. non dubiū 5. C. de legi.
L. etiam 15. D. de manu. vindict.
L. illud 16. eod.
L. iusta 9. l. si minor. 11. cum quat. seqq. eod.
L. si collactaneus 13. D. eod.

ILLA-

ILLATIO I.

De minore qui manumittit vltimo die anni vicesimi.

EX hoc Principio illud primùm fit vt qui Cal.Ianuariis natus est, post sextam noctis prid.Cal.quasi annum vicesimum cõpleuerit, manumittit possit *l.*1 D.*de manum.*vbi rationem Vlpian.reddit quòd non maiori annis viginti lex permittit manumittere, sed minorem manumittere vetat.Iam autem minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi. Aliud siquidem est Maiorem esse, Aliud non esse minorem. Sicut & contra aliud Esse minorem,& non esse maiorem.

L. 1. *D. de manumiss.*

ILLATIO II.

De seruo communi manumisso per minorem viginti annis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt minor viginti annis dominus, neĉ communem quidem seruum sine consilio rectè manumittat *l. si pater* 4. *§. minor. D.de manum.vindict.* Quod enim commune est vtriusque est, sed pro parte non in totum *l.serui electione* 5.*§.*1.*& vlt.*De *legat* 1.*l.duo fratres* 78. *D.de acquir.hered.* Vnde est quod nec olim poterat vnus ex dominis inuito socio seruum communem manumittere,vt supra sæpius à nobis dictum est ex Vlpiano in Fragment.& ex Iustiniano in *l.*1.C.*de commun.seru manum.*Extra eum casum quem Marcellus tractat in *l.domino* 16.*D.de SC.Silan.* vbi ait domino à familia occiso si seruus communis necem eius detexerit liberum quidem eum fieri debere fauore libertatis, sed tamen socium precij partem sibi contingentem consequi oportere. Fuit etiam illud priuilegium fisci vt communem seruum inuito socio manumittere posset,vt & aliam rem communẽ quãlibet alienare in solidũ *l.*2.*C.de cõmun.rer.alien.l.vnic.*C.*de ven.rer. fisc.al.cum priuat.commun.lib.*10.*tit.*4.Fuit item militum vt præfefert Iustiniani constitutio in *d.l.*1.C.*de commun.seru.man.*quæ idem ius fauore libertatis ad paganos,omnes protraxit,inducta certa sollennitate æstimandæ partis quam in eo seruo socius habeat,& æstimationis obsignandæ si solutionem accipere socius nolit.Obseruandum tamen est iam olim ita ius fuisse,vt communis seruus à dominis minoribus viginti annis posset apud consilium manumitti, quamuis vnus ex sociis causam non adprobauerit. Sic enim addita negatione legendum puto in *l.seruus communis* 6.*D. de manum.vindict.* Quasi iusta manumissionis causa ex parte socij qui nullam habet illa sit quòd socius habet iustã,Concurrente scilicet vtriusque domini in manumittẽdo voluntate. Alioqui non potuit socius qui manumittendi causam quantumuis iustam haberet manumittere seruum communem socio inuito,ne quidem si socius ille maior esset annis viginti.Multò igitur minùs,si minor. Et fanè nõ fuit iniquũ ita ius constitui eo saltẽ casu quo vtriusque voluntas concurreret, cùm sit verũ,cõmunem seruum eius esse qui iustã manumittendi causãm habet licèt alterius quoq; sit,qui nudã manumittẽdi volũtatẽ sine causa habet. *l.illud* 46.D.*de rit.nupt.l.pupillus* 239.*§.vlt.*De *verb.significe l.si seruus communis* 61.*in fine prin. D.de fur.*Præsertim cùm fieri possit vt quę iusta manumissionis causa est in vno ex sociis,aliã quãlibet causã etiã in alterius socij persona excludat.Puta si quis matrimonij causa ancillã manumittat. Nã sicut ancilla vna pluribꝰ eodẽ tẽpore nubere nõ potest,cùm matrimonium nihil aliud sit quàm

L.§ pater 4. *§.minor. D. de manum. vindict.*

*L.*1 *C.de cõmun.ser.manum.*

*L.*2. *domino* 16.*de SC.Silan.*

*L.*2. *de commun.rer. alien.l. vnic. C.de vend. rer.fisc.al.cũ priuat.commun.*

L.seruus communis 6. *D. de manum. vindict. emendate.*

L. illud 46. *D. de rit. nupt.l pupillus* 239. *§. vlt. de ver. signific.*

cõiũctio maris & fœminę individuã vitæ societatẽ continens vt cũ Iust. dicemus ad 1. *De patr. potest. infr.* ita si duo domini matrimonij causa manumittere velint, recipi causa nõ debet *l. etiã* 15. *§. si duo De man. vind.* quia inuicẽ sibi obstãt, nisi cõsentiãt cui ex iis ancilla nuptura sit post manumissionẽ. Deniq; volũtas socij nullam manumittendi causam iustam neque propriam, neque communem habentis, adeóque manumissio ab ipso facta quidni saltem nabeatur pro consensu per eũ præstito manumissioni iustæ, quam alius socius facere potuerit & debuerit? Ius enim vtiq; facit qui manumittit ipse quàm qui manumissioni simpliciter consentit. Atqui lex Ælia Sentia quæ vetat ne minor annis viginti seruum manumittat, non tamen prohibet ne manumittenti alij consentire possit, vt mox dicemus.

L. etiam 15. §. si duo D. de manum. vindict.

ILLATIO III.

De minore viginti annis consentiente manumissioni serui sibi obligati.

L. 4. §. vlt. eod.

TErtiò ex eodem Principio fit quod ad Iulianum Paulus notat in *d. l. 4. §. vlt. eod. in. de manum. vindict.* Si pignori obligatum sibi seruum minor viginti annis manumitti patiatur, rectè fieri manumissionem, quia non tam manumittere is ipse, quàm non impedire manumittentem intelligitur. In qua ratiocinatione vt bona sit, necessariò supplendum est, quod proximè diximus, lege Ælia Sentia prohiberi duntaxat minorem annis viginti ne manumittat, non etiam ne manumittenti consentiat. Lex enim & à iuris communis ratione & à libertatum fauore aliena, non fuit adiuuanda interpretatione vt ad consentientem quoque porrigeretur. Indéque etiam est, quod modò dicebamus, seruum communem à dominis minoribus viginti annis posse apud consilium manumitti, quamuis vnus ex sociis causam non adprobauerit *d. l. seruus communis 6. eod.* quia cùm partes quas socij habent in seruo communi iuris intellectu magis quàm re ipsa constituantur, aut corporis diuisione vt de rebus omnibus pro indiuiso communibus scribit Papin. *in l. Manius 66. §. duorũ de legat. 2.* communisque seruus non solùm apud vnumquemque dominorũ partim sit proprius, partim alienus, vt Iustin. ait in *l. 2. C. de commun. seru. manum.* sed etiam duorum quodammodò seruorum personam sustineat, ideóque ipsius persona talis cõdicionis sit vt in eo quod alter ex dominis acquirere potest, alter non potest perinde habeatur acsi solius eius esset cui adquirendi facultatem habet *l. 1. §. communis seruus D. de stipulat. seruo* Non est dubitandum quin communis seruus ab altero duntaxat ex dominis manumissus, à vero proprióque domino, perinde manumissus intelligatur acsi solum illum dominum haberet, Proinde nihil est quod impedire possit quominus ex eiusmodi manumissione plenam iustámque libertatem consequatur, nisi quod cùm alter socius tantundem in eo seruo iuris habeat, non est huic permittendum vt seruum communẽ manumittat, aut de qualibet alia re cõmuni pro arbitrio disponat inuito socio vel ignorãte. In iure nãque pari placet meliorem esse causam prohibentis *l. Sabinus 28. D. commun. diuid.* Quæ ratio cessat quoties adest socij cõsensus qualiscunque, dummodo legitimus id est cui legis autoritas non resistat. Porrò neque lex Ælia Sentia neque alia vlla impedit consensum minoris viginti annis, nisi

l. seruus cõmunis 6 eo. L. Manius 66. §. duorũ de legat. 2. L. 2. C. de cõmun. seruo manum.

l. 1. §. cõmunis seruus D. de stipul. seruor.

propo-

proponas pupillum, cuius ætas non patitur vt consentire possit citra tutoris autoritatem *l. in fraudem 27. §. pignori D. qui & à quib. manum.*

L. in fraudē 27. §. pignori D. qui & à quib. manu.

ILLATIO IV.

De minore consentiente manumissioni eius serui in quo habet vsumfructum.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quamuis seruus in quo vsusfructus alienus est, manumitti à domino non possit nisi fructuario consentiente, quia non minùs iuris habere potest fructuarius quàm creditor cui seruus ille pignori specialiter obligatus sit, si tamen fructuarius minor sit annis viginti, consentire libertati possit, & consentiendo ad libertatem perducere *l. 2. D. de manum. vindict.* Nam neque de hoc minore lex Ælia Sentia locuta est, cùm nō ipse manumittat, sed tantùm manumittenti cōsentiat, nec libertatem det ipse, sed tantummodo perducat ad libertatem, id est struat viam libertati, tollátque obstaculum quod alioqui facturum esset ne seruus, quamuis à domino suo manumissus, ad libertatem peruenire vnquam posset.

L. 2. D. de manu. vin.

ILLATIO V.

De minore viginti annis manumittente ex causa fideicommissi.

QVintò ex eodem Principio fit, vt si minor viginti annis legatū sibi seruū manumittere per fideicommissum rogatus sit, incunctanter debeat ei permitti *l. si rogatus 20. eod.* id est nulla alia exacta iustiore manumissionis causa. Nec enim minori magis quàm maiori permissum est accepti legati onus reiicere, defunctique voluntatem circumuenire, in ea præsertim re ex qua dānum nullum timere, contrà verò lucrum aliquod sperare possit: quod hîc euenit. Quid enim damni possit minor incurrere manumittendo seruum quem alius sub eo fideicommisso ipsi reliquerit, non alias relicturus? An non potiùs lucrum sentit qui propter eiusmodi manumissionem fit patronus, sibique libertum acquirit? Et verò conitat legem Æliam Sentiam hac parte prospicere duntaxat voluisse ne minoris patrimonium per libertates sine causa datas iacturam & diminutionem pateretur, quod verendū non est, cùm non nisi fidei commissaria libertas præstatur ei quem ex causa lucratiua minor in hāc ipsam rem ab alio acceperit. Nec est contrarium quod Papin. scribit in *l. causam 20. ver. non idem D. de manumis.* in fideicommissaria quoque libertate id iuris esse vt eius causam minor probare debeat, in eóque durioré esse condicionem libertatis fideicōmissariæ quàm eius quæ debeatur à minore viginti annis qui seruum sibi donatum manumittendi gratia acceperit, quem non nisi ex abundanti manumissionis causa probare placuit. Sensus enim est, Non esse permittendū minori annis viginti vt fideicommissariam libertatem det vltrò & propria autoritate, sed permittendum id ei esse à prætore causa apud consiliū probata. Vel ob hoc ipsum vt sciatur an fideicommissaria libertas data sit & à quo, Itē an propriū an alienū seruū manumittere per fideicōmissum hic minor sit rogatus, propter eam rationem quam mox proferemus. Cęterū nō aliā iustiorē manumittēdi causam exigere prætor debet, quàm hāc, quod fideicōmissaria libertas debeatur. Dices, Et in eo quoque minore annis viginti, qui seruū

L. causam 20. ver. non idem D. de manumiss.

Digitized by Google

sibi donatum manumittendi gratia acceperit necessarium esse ad validandam manumissionem, vt appareat hanc donationi legem adscriptam fuisse, Verùm sunt ista differentia, Causam adesse & probari. Adesse ac subesse necesse est, vt seruus qui ea lege donatus dicitur peruenire possit ad libertatem, siue per manumissionem, siue ex sola potestate constitutionis Diui Marci ad Aufidium Victorinum. Sed probari non est necesse ad hoc vt libertas competere possit, Cùm nullo etiam facto donatarij intercueniente sola potestas iuris det libertatem, Jus aùtem nulla facti probatione indiget cùm de iis omnibus quæ vel iam facta sunt, vel in præsenti fiunt lex non minùs certa sit, quàm natura *l. cùm ad præsens 37. & seqq. De reb. credit.* Planè si apud prætorem negetur ex ea causa competere libertatem, probanda erit proculdubio lex donationis, sed ea probatio nõ eò pertinet vt libertas in futurũ competere possit, sed potiùs vt appareat & pronuncietur iam ex eo tempore quo lex impleri debuit, libertatem sine manumissione ac ipso iure competiisse, aut si manumittendi tempus nondum præterierit, minùs cunctandum habeat prætor in permittenda manumissione *l. illud 16. §. 1. De manum. vindict.* At in fideicommissaria libertate aliud est, quia is etiam cui in præstanda fideicommissaria libertate mora facta est non idcirco fit ipso iure liber, sed per sententiam prætoris, & euocato priùs eo qui libertatem præstare debuit *l. cùm verò 26. § subuentum D. de fideic. libert.* Itaque causam semper prætor inquirit, eiúsque probationem exigit, priùs quàm eum qui libertatem sibi ex fideicommisso debitam esse contendit ad libertatem venire patiatur, idque est quod Papinianus ait in *d. l. causam*, *Nã libertas nisi ita manumisso non competit.* Cæterum vbi constat prætori datam esse per fideicommissum libertatem licèt ab eo præstandam, qui viginti annis minor sit, incunctanter ei debet permittere vt libertatem præstet, quẽadmodum loquitur Vlp. in *d. l. si rogatus.* Nempe si alienum seruum manumittere rogatus sit, Nam si proprium, potest iustus fieri cunctationi locus. Conferenda siquidem erit quantitas emolumenti, quæ ad eum peruenit ex iudicio eius qui rogauit, cum precio eorum quos manumittere rogatus est *d. l. si rogatus.* Non enim legati aut fideicommissi nomine potest quis vnquam in plus onerari, quàm ad eum ex testatoris iudicio & liberalitate peruenerit *l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum de leg. 1. l. 1. §. si is qui quadringenta l. ex facto 17. §. non tantum D. ad SC. Trebell.* (Id enim tunc verum est, cùm quantitas cum quantitate conferatur, non etiam cùm pecunia accepta rogatus quis est rem propriam, quæ maioris precij sit restituere *l. Imperator 70. § si centum De legat. 2.*) Sed quia permittendum non sit minori vt se in plus oneret quàm accipere possit ex testamento quandoquidem ex ea causa restitui posset in integrum si de ea re quæ restitutionis auxilium admitteret, non de libertate iam ex fideicommisso data tractaretur, aduersus quam vt suprà dixi, restitutio dari non potest *l. 1. & tot. tit. C. si aduers. libert.* Dixi *de libertate ex fideicommisso data*: quoniam si non data, sed tantùm debita esset, vtique posset minor aduersus legati agnitionem restitui ne libertatem præstare deberet, scilicet reddendo legatum, cuius perceptio eum ad libertatem præstandam obligasset *l. ait prætor 7. §. Pomponius alias l. etsi fine in princ. D. de minor.* Quãquam videtur ius hoc non minorum esse proprium, sed commune omnium qui ex legati percepti causa obligantur, vt reddendo legatum possint assequi ne rem propriam quæ preciosior sit restituere

l. cùm ad præsens 37. & seqq. D. de reb. cred.

L. illud 16. §. 1. D. de manu. vindict.

L. cùm verò 26. § subuentum D. de fideic. libert.

d. l. si rogatus 20. De manu. vindict.

l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum de leg. 1. l. 1. §. si is qui quadringenta l. ex facto 17. §. non tantum D. ad SC. Trebell.

l. imperator 70. §. si centum de lega. 2. Tit. C. si aduers. libert.

L. ait prætor 7. §. Pomponius alias l. etsi fine, in princip. D. de minor.

tuere compellantur *d.§.si centum*,si nobiscum emendes Papinianũ in illis verbis *si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat* & pro *si*, legas *nisi*,quomodo legendum esse probabimus ad §.1.*infr.De singul.reb. per fideic. relict.* & iã scripsimus *lib.*17.*Coniect. cap.*7.Idémque admittendum puto si condicionis implendæ causa manumittere minor velit, Puta si heres institutus sit sub hac condicione,si seruum ad libertatem perduxerit,Nimirum vt quod generaliter Paulus scribit in *d.l.etiam* 15.*in princip.De manum. vindict.* minori viginti annis permittendum esse vt ex hac causa manumittat,cum supradicta distinctione accipiatur,si quantitas emolumenti quod ex hereditate iudicióque testatoris ad minorem peruentura est, æquet,aut superet precium serui manumittendi.

d.§.si centũ emendatur.

L.etiam 15. *in prin. De mann. vindict.*

ILLAT. VI.

De manumisso per minorem seruo quem acceperat ex donatione, ea lege vt manumitteret.

SExtò ex eodẽ Principio fit,vt multò magis permittendum sit seruo minori annis viginti,vt possit seruum manumittere quem ex donatione acceperit hac lege vt eum manumitteret ne constitutio Diui Marci superueniens cũctationem consulis dirimat, inquit,*l.si rogatus* 20.§.1.*eod.* id est ne alioqui citra factum vllum minoris & sola constitutionis potestate post tempus elapsum intra quod manumitti seruus debuit reperiatur factus liber ipso iure, ita vt nullus deliberationi locus amplius relinquatur an possit aut debeat serus hic à minore manumitti qui iã sit liber. Vnde illud est quod proxima illatione dicebamus ex Papiniano in *d.l.causam* 20.*D.de manumiss.*causam huius manumissionis non nisi ex abundanti & inquiri & probari,cùm nec manumissio ipsa necessaria sit ad hoc vt seruus hic perueniat ad libertatem. Prolatio sanè conuentionis & legis donationi dictæ necessaria est siue tractetur de libertate danda,siue de ea quæ dari debuerit intra certum tempus,nec data sit,ipso iure competente *l.illud* 16.§.1.*De manum.vindict.*

d.§ si rogatus 20.§.1.*eod.*

l. causam 20.*D.de manumiss.*

l.illud 16.§.1.*D. de manum. vind*

SEptimò ex eodem Principio fit vt si consentiente patre filius minor annis viginti seruum eius manumiserit, competat libertas ex ea manumissione, nec obstet lex Ælia Sentia,etiamsi manumissionis causa nulla probata sit.Cessat enim hoc casu ratio legis suspectum habentis iudicium minoris,cùm præstitus patris cõsensus faciat vt pater ipse potiùs quàm filius manumittere videatur,Adeò vt nec filij manumittentis libertus hic fiat sed patris *l.si consentiente* 16.*D.de manum.*Nam nec filius ante manumissionem dominus fuit, sed pater. Quemadmodũ autem eius solius est libertatem dare,qui dominus fuit, Ita & euenire necesse est vt is qui manumissus est eius libertus fiat,cuius anteà fuit seruus.Multò magis idem probandum est in specie *l.pater* 22. *D.de manum.vindict.* Id est si pater ex prouincia ad filium suum minorem annis viginti Romæ agentem epistolam fecerit, eique permiserit, vt quem vellet ex seruis suis quos in ministerio secum habebat, vindicta liberaret. Nam si filius posteaStichum manumiserit apud prætorẽ etiã causa nulla probata,nõ eo minùs liber erit Stichus,quia quod filio à patre cõcessa electio est, nõ faci quin pater ipse manumisisse videatur,acsi nominatim de eo ipso Sticho manu-

L.si consentiente 16.*D. de manum.*

l.pater 22. *D de manu vindict.*

mittendo pater per epistolam sensisset *arg.l.vnum ex familia 67.§.1.De legat.2.*

l.vnum ex familia 67. §.1. de lega. 2.

ILLATIO VIII.

De manumissione facta consilio quidem adhibito, sed apud alterius prouinciæ præsidem.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt hi qui in Italia vel in alia prouincia domicilium habent, apud alterius prouinciæ præsidem consilio adhibito manumittere possint *d.l.etiam 15.§.vlt.De man.vind.* nempe quia legis Æliæ Sentiæ huiusmodi manumissiones prohibentis non aliud propositum est, quàm ne solo minoris iudicio quod, vt dixi, nimis suspectum habet ad tantam rem dandam quanta libertas est, manumissio expediatur, quod nõ euenit cùm prouinciæ licèt alterius præses adhibito consilio suam cognitionem interponit. Idémque ferè iuris est & in cæteris omnibus quæ sunt voluntarię nõ contentiosæ iurisdictionis, cuiusmodi sunt manumissiones omnes, adoptiones, emancipationes, insinuationes, & alia si qua sunt huius generis, vt & quocũque loco & apud quemcũque magistratũ expediri possit *l.emancipari 36.in prin.& §.1.D.de adopt.l.data 27.l.in hac 30.in fin.C.de donat.* Quãquã nõ de omnibus magistratibus intelligendũ illud est, sed de iis tantùm qui talẽ habuerunt iurisdictionem, id est apud quos fuit legis actio. Non enim apud omnes fuit, sed apud eos tantùm quibus propter vim imperij cõpetebat, vt cõsulibus & prætoribus in vrbe, præsidibus verò & proconsulibus in prouincijs adeóque ex quo vrbẽ egressi essent *l.apud proconsulem 27.in prin.De manu.vind.* non etiã proconsulũ legatis *l.2.§.vlt.& l.3.De offic.procons.* nisi mandatã à proconsule iurisdictionẽ legatus habuisset, ad quem casum omnino coarctandũ est quod scribit Paulus in *d.l.apud proconsulem* §.1. etiã apud legatum procõsulis manumissionem peragi posse, ne alioqui Cuiacij emendatio recipienda sit qui *lib.1. Obser.1.ca.1.* malè prórsus, & improbabiliter addidit eo loco negationẽ, quomodo & quod scriptum est in *l.pen.de offic.procons.* legatos procõsulis tutores dare posse, Nec enim proprium quicquam habuerunt legati, nisi mandata iis per proconsulem iurisdictione *l.legati 13.cum præced.eo.* Apud alios fuit etiam legis actio, sed speciali concessione ex constitutionibus, quomodo scribit Modestinus de præfecto Ægypti in *l.apud præfectum 21.De manumiss. vindict.* apud præfectum Ægypti posse fieri manumissionem ex Diui Augusti constitutione.

lem & cipari 36. in princip. & §.1. D.de adopt. l. data 27. l.in hac 30. in fin.C. de donat.

l.apud Proconsulem 17. in princ. D. de manum. vindict.

l.2.§.vlt & l.3. De offic. procons.

Expen.l.legati 13.eũ præced.

l.apud præfectũ 21. D. de manum. vindict.

ILLATIO IX.

De pupillo manumittente apud prætorem eundémque tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit vt apud prætorem eundémque tutorem possit pupillus manumittere ipso tutore *l.1.D.eo.* Perinde nãque hoc casu satisfit legi quę tutoris autoritatẽ hac in re exigit, ac si alius quàm tutor ipse prętura fungeretur, nec minùs vno quàm alio casu cõsultũ pupillo intelligitur ne malè ac sine causa manumittat. Illud vtique omnino exigimus vt pupillus hic non sit infans, sed infantiam egressus, id est vt sit maior septennio *l.pupillus 14. eod.* iunct. *l.si infanti 18. C.de iur.delib.* Cùm enim non tutor ipse sit qui

l.1. eod. tit.

l.pupillus 14. eod.iunct. l. si infanti 18. C.de iur.delib.

sit qui manumittit,quia nec manumittendi ius habet qui ipse dominus non est *l.nec fideicommissariam 6.C.qui manum.non poss.*siquidē manumissio non est in patrimonij administratione *l. seruus furiosi* 13.D.*de manum.*cogimur fateri seruum pupilli vel nullomodo velà pupillo ipso manumitti debere. Atqui manumitti non potest ab infante , quia non fit manumissio sine verbis sollennibus à manumittente ipso proferendis,si primam manumissionum formulā & sollennitatem attendamus,Infans porrò vt vel ipsum nomen demonstrat fari non potest,nec proinde verba illa sollennia & necessaria proferre. Nec est contrarium quod Hermog.scribit in *l.manumissio* 23.D*e manum.vindict.*manumissionem hodie per lictores etiā domino tacente expediri solere.Id enim non illā rationem habet,quòd ea verborum sollēnitas quæ primis temporibus necessaria fuit,hodie sublata sit , sed quoniam vt eadem lex ait verba sollennia licèt non dicantur,tamen vt dicta accipiuntur. Quomodo autem possunt accipi pro dictis ab eo qui etiāsi maximè velis dicere tamen nihil possit?Inde etiā fuit olim quod pupillus delatā sibi hereditatem tutore autore ita poterat si non esset infans,quoniā hereditatis aditio fiebat prolatis iis verbis sollennibus , *Hanc Titi hereditatem adeo cernóque l.pupillus 9.D.de acq.hered.*iunct.*l.cretionum* 17.C.*de iur.delib.Vlp.in fragment. tit.* 22.§.27.*& seqq.*Ideóque fuit necessarium auxiliū constitutionis Iustinianeæ in *d.l.si infans.* Videtur tamen ius hoc , vt possit pupillus maior infante manumittere tutore autore,ad legem Æliā Sentiā de qua nunc agimus nil pertinere.Nā quemadmodum non ex lege Ælia Sentia fit , sed ex iure communi, vt pupillus etiā qui infantiæ annos excesserit sine tutoris autoritate manumittere non possit,vt nec aliud agere quicquā eorum omnium quæ consiliū & iudicium requirunt *d.l.pupillus* 9.iunct.*§.vlt.l.præ. De acquir.hered.* Ita ex eodē iure fit vt interueniēte tutoris autoritate valeat manumissio ex eáq;libertascōpetat quáuis iusta manumissionis causa nulla allegatavel probata sit, quia licetpupillus minor sit 20.annis,cùm tamē eū tutorē habeat quē necesse sit maiorem esse vigintiquinque,frustra inquireretur causa manumissionis prętextu pupillaris ętatis,quādoquidē hac parte nō tā à pupillo quàm à tutore fieri manumissio intelligitur,quæ scilicet nō pupilli sed tutoris solius iudicio expeditur.Sed tamen nō eo minùs accōmodata est illatio hæc ad Principiū quod nūc tractamus.Etenim quę ratio causam dedit legi Ælię Sentię ne tā fragili & lubrico minoris ętatis cōsilio& iudicio tātę rei quāta libertas est donatio cōmitteretur,eadē facere debuit ne lex illa impediret libertates à pupillo datas tutore autore,tāquā in quibus verēdū nō sit,ne per iudicij &cō silij imbecillitatem potiùs quàm certa aliqua ratione datæ videātur. Quæ enim ex cessante legis ratione inferuntur , perinde ex ipsa lege inferri dicuntur,atque illa quæ rectà ex eiusdem legis siue verbis siue ratione deducūtur.

l.nec fideicommissariā 6. C.qui man. non poss.

L.seruus furiosi 13.D.de manum.

L.manumissio 23. D. de manu. vin.

l.pupillus 9. de. acquir. hered.l.cretionum 17. de iur delib. d.l.si infans eod.

d.l. pupillus iunct.§. vlt. l.præced.D. de ac.hered.

ILLATIO X.

De *filio minore viginti annis apud patrem suum eundémque magistratum manumittente.*

DEcimò ex eodē Principio fit vt filius quoque licèt minor viginti annis apud patrem suum qui magistratum gerat,manumittere possit *l.Apud filiūfamilias* 18.*§.filius* D.*de manū.vind.*Neque enim credendum est patrem vt filius fortasse miles , & minor annis viginti seruum suum

l.apud filiūfamilias 18. §.filius D.de man. vin.

manumittat sine causa. Etsi verba illa Pauli *voluntate patris* ostendunt tractari eo loco de eo seruo manumittẽdo, qui nõ filij sit, sed patris, quoniã plerumq; eueniebat vt aliquem ex paternis seruis, siue quẽ pater, siue quẽ filius vellet manumittere filius à patre iubereturquo casu iam diximus illat. 7. legẽ Æliã Sentiã habere locum non potuisse, sed alia ratione quàm quæ ad propositam illationem accõmodari possit. Illa videlicet quòd eo casu manumissio nõ tã à filio quã à patre ipso facta intelligebatur. At si ponas seruũ qui à filio manumissus est, ipsius filij propriũ fuisse, ex ea nimirum causa ex qua filius propriũ aliquid habere potest, puta ex causa castrẽsis peculij vel quasi, licèt pater ei manumissioni voluntatẽ suam vel etiã autoritatẽ accõmodauerit, nõ ideo tamen dici potest à patre factam videri manumissionẽ, quippe cuius nec voluntas, nec autoritas necessaria sit in ea re peragenda in qua filiusfamilias ex cõstitutionibus patrisfamilias iure censeatur *l. 2. D. de SC. Maced.* Quid ergo erit quod validam facere possit manumissionem si à minore viginti annis ex voluntate patris & apud patrem facta sit? Hoc vnum quòd patris præsentia & autoritas nõ patiatur vt videri manumissio debeat facta esse sine causa. Ne alioqui tutoris presentię & autoritati plus quàm paternæ tribuatur, quod tamen nõ nisi absurdè dicere quis possit, cùm pater plus quàm tutor sit, siue adfectus siue ius potestatis consideretur, siquidem neque adfectus vllus vincit aut æquat paternum, si excipias maternum, neque tutoris potestas in pupillum, quicquã aliud quàm patrię potestatis participatio, cáq; minima est, vt dicemus ad *tit. De tut.* Ex quo illud etiam fit, vt filio habenti patrem in cuius potestate sit, dari tutor numquam possit, vt scripsimus in *Decadib. De error. pragmatic.*

l. 2. D. de SC. Maced.

ILLATIO XI.

De Consule minore viginti annis seruum suum apud se manumittente.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt si eueniat Consulẽ apud quẽ huiusmodi manumissiones fieri solent, minorem esse annis viginti, non possit ipse apud se manumittere, quia ipse est qui ex senatusconsulto cõsilij causam adprobare debet *l. vnic. §. vlt. de offic. co.* nõ potest autẽ ille idẽ & manumissionis causam adferre & examinare. Ne alioqui in causa sua ius dicere videatur, cõtra *l. qui iurisdictioni* 10. D. *de iurisd. & to. ti. C. ne quis in causa sua iudic. vel iusdic.* Planè si causam manumissionis apud collegã suũ probauerit, nihil prohibebit quominùs etiam apud se manumittere possit *d. §. vlt.* vbi rectè Bart. monet ponẽdam esse virgulã post dictionẽ *probata*, atque ita accipiendũ quod idẽ Vlp. scribit in *l. si rogatus* 20. *§. vlt. De manu. vind.* Licèt apud collegam ipsum manumittere non possit *l. apud filiũfamilias* 18. *§.* 1. *eo.* idcirco fortasse quia collegę neque maior, neque alia est quàm Consulis manumittentis autoritas, iudicium verò in causa manumissionis probanda aliud esse potest, vtpote quod integrũ sit, nedũ minus suspectum. Nec est cõtrariũ, quod placuit, apud se manumittere posse illum quoque, qui cõsilium præbeat *l. an apud se* 5. *eo. ti.* Aliud enim est manumittere apud cõsilium, quod fiebat quoties vindicta manumissio pro tribunali peragebatur, vt ostendit *l. vlt. & ult. C. de vind. & apud concil. manu.* iun. *l. non est* 7. *eo.* Vnde & cõsilium prębere dicitur, nõ qui interrogat manumissurum an velit manumittere, quasi recõcilians mutuas volũtates vt ridicule tradit hic Bart. post glos. sed qui iuridicundo pro tribunali pręest. Denique apud cõsilium vt puto nihil aliud est quàm apud consulem vel prætorem aliúmve magistratũ sedentẽ in loco maiorũ qui cõsilij, & iuris dicũdi locus est.

l. vnic. §. vl. de offic. Consul.
l. qui iurisdictioni 10. D. de iurisdict.
Tit. C. Ne quis in sua caus. iudic. vel iusdic.
L. si rogatus 20. §. vl. De manu. vindict.
L. apud filiũ familias 18. §. 1. eod.
l. an apud se eod tit.
L. vl. & tit. C. de vind. & apud consil. manu.

Aliud

Aliud probata & examinata manumissionis causa, cuius scilicet neque allegatio, neque probatio necessaria erat extra illum casum quo fieret manumissio à minore viginti annis.

ILLATIO XII.

De manumissione ancillæ communis à duobus dominis causa matrimonij.

DVodecimò ex eodem principio fit vt si duo domini ancillam communē matrimonij causa manumittere velint, recipi causa nō debeat *l. etiã* 15. *§. si duo eo.* nō quòd matrimonij iusta causa nō sit, siquidē vna est ex iis quæ iustiores existimãtur, exacto priùs iureiurãdo, vt intra sex mẽses vxorē eã duci oporteat *l. si collactaneus* 13. *in fin. l. si minor* 19. *eod. cum l. seq. §. matrimonij*, sed quia nō potest ea causa in vtriusque domini persona esse vera, quia alter alterũ impediat, quãdo fieri nequeat vt eodē tẽpore vtriq. domino ancilla nubat. Nec tamē impedietur manumissio, ne per consequẽtias impediatur matrimoniũ si inuicē cõsentiant vt eorũ alteruter eã ancillã vxorē ducat, sufficiétque ab illo solo allegari & probari causam, licèt alter socius qui similiter manumittit nullã habeat probétve causam manumittendi, quia satis est vt manumissioni quam socius ex iusta causa & suo iure facit, ipse cõsentiat, vt suprà diximus *ill. 2. ex l. seruus communis* 6. *eod. tit.* Sic dicimus castratum matrimonij causa manumittere non posse, spadonem posse, quia hic nuptias contrahere potest ille non potest *l. alumnos* 14. *§. vlt. eod. l. si serua* 39. *§. vlt. D. de iur. dot.*

L. etiam 15. §. si duo D. eod.

L. si collactaneus 13. in fi. l. si minor 19. cum l. seq. §. matrimonij eod.

l. seruus communis 6. eod. tit.

L. alumnos 14. §. vlt. eo. l. si serua 39. §. vlt. D. de iur. dot.

ILLATIO XIII.

De prægnante manumissa matrimonij causa.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit vt si minor viginti annis apud concilium matrimonij causa prægnantẽ manumiserit, eáque interim peperit, id est post manumissionem quidẽ, sed ante matrimoniũ, in pẽdenti sit seruúsne an liber futurus sit quẽ ea peperit *d. l. si minor* 19 *eo. tit. De manum. vind.* quoniã vt valeat huiusmodi manumissio nec libertas per legẽ Æliã Sentiã impediatur, non solùm iustã manumissionis causam allegari probaríque necesse est, sed illud etiã requiritur vt sequatur causa vel potiùs causæ effectus, quoties ad futurũ tẽpus causa relata est. Ideóq; iusiurandũ vt proximè diximus exigi solebat, de hac ancilla quæ matrimonij causa manumissa fuisset, intra sex menses vxore ducenda *d. l. si collactaneus in fin. eo.* Et in eo melior erat condicio seruorum qui ex causa ad præteritũ tempus relata manumittebantur, quàm eorum qui ex causa ad futurũ tẽpus respiciẽte. Illis enim libertas statim competebat, nec ratio vlla suberat quę facere deberet vt maneret in suspenso. His verò non priùs cõpetere poterat quàm causa impleta & secuta esset, quãuis in cæteris causis dominij trãslatio quoties aliquã ob causam res alienatur & traditur, minimè suspẽdatur in tempus vsque secuti implemẽti *l. 1. 2. 3. & tot. tit. C. de cond. ob caus. dator.* In cęteris enim consulitur indemnitati eius qui dederat ob causam quę secuta non fuit, scilicèt remedio condictionis *d. tot. tit. C. de condict. ob caus. dat. & D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* At in libertatibus inauditum est locum esse condictioni, quoniam vt in superioribus à nobis sæpius dictum est libertas semel competens nunquam reuocatur. Ex eóque rursum intelligimus quàm verum sit quod alio loco monuimus, manumissionem ex qua libertas competere possit, non tantùm

L. si collactaneus in fin. eod.

At manumissio ex qua libertas competit non tãtùm facti, sed etiam iuris est.

facti esse,sed etiã iuris,hoc est non aliter effectum illum habere posse,vt conferat libertatem , quàm si iuris auxilio & potestate adiuuetur, Multò minùs igitur effectum habere poterit,quãdiu in eo res erit vt lex siue Ælia Sẽtia,siue alia quælibet aut prohibeat manumissionem,aut prohibere possit , quod euenit quandiu lex quæ libertatem impedit , locum habere potest. Legis enim potestatem saluam & integram manere conuenit,quod non esset,si manumissio interim effectum suum haberet. Neque enim lex competentem iam libertatem adimere ac reuocare posset , quæ in id duntaxat lata fuit vt impediat dandam & competituram.

ILLATIO XIIII.

De manumissione facta per minorem 20.annis procuratoris habendi gratia.

DEcimo quartò ex eodem Principio fit,vt quãuis procurator ad negotia constitui possit ętatis cuiuscunque etiã pupillaris,quoniã imputare sibi debet qui talem elegit *l.cum mandatu* 23. *D.de minor.l.1.§. quòd si impuberem* D.*de acq.poss.l.quamuis* 40.*§.vlt.& l.seqq.* D.*ad SC. Treb.* non aliter tamen permittatur minori viginti annis seruum manumittere procuratoris habendi gratia quàm si decimumseptimum ętatis annum seruus impleuerit,& decimumoctauum attigerit.*d.l.si collactaneus.* Nẽpe quia hoc ipsum vt ea sit iusta causa manumissionis,non nisi propter minoris vtilitatem constitutũ est, cuius certè interest vt & ęterorum omnium habere procuratorem per quẽ negotia sua expedire possit,liberum autem potius quàm seruum,quia cũ homine libero faciliùs quisque contrahit quàm cum seruo, licèt seruũ quoque procuratorẽ ad negotia constitui vulgo credatur ex *l seruum quoque* 33.*D.de procurat.* qui tamen locus non est de seruo procuratore constituto,sed de seruo procuratorem constituente in rebus ad causam peculiarem pertinẽribus, quod longè diuersum est.At vix fieri potest vt ex minoris vtilitate sit eũ habere procuratorem qui decimumseptimum ętatis annum non impleuerit, cùm ante eam ętatem tam infirmum sit adolescentis consilium & iudicium, vt omnino impar sit rebus bene gerendis.Cuius rationis ignoratione plerique errarunt,existimantes non posse quemquam procuratorem constitui, ne ad negotia quidem , qui minor sit decem & septem annis , quod falsum sanè est vt diximus. Procuratoris ad iudicia constituti alia ratio est. Hunc enim maiorem viginticquinque annis esse oportet,vt iudicium adeò validum sit ne subiaceat periculo restitutionis *l.minor* 51.D.*de procura.l.exigendi* 12.*C. eod.cap.qui generaliter §.fin.De procur.in* 6.Sed &non malè meo iudicio quis dixerit,minori viginti annis ita demum esse permittendum vt procuratoris habendi causa seruum maiorem decimoseptimo anno possit manumittere, si dominus ipse maior sit pupillo , Non etiam si pupillus sit , Exemplo eius, quod Caius scribit in *l.vlt.eod.tit.De manum.vind.* Si tutoris habendi gratia pupillus manumittat probationis causam iustam non esse , Quòd absurdum sit,inquit, in eligẽdo tutore firmum videri iudicium pupilli,cuius in omnibus rebus vt infirmum iudicium tutore autore regitur.Neque enim minùs firmum iudicium requiritur in eligendo procuratore ,quàm in eligendo tutore , prorsusque inauditum est vt pupillus sine tutoris autoritate constituat

F. d.l. si collactaneus.

2. seruum quoque 33. de procurat.

3. minor 51. D.de procurat.l.exigẽdi 12.C.eod.

4.vlt. D.de manum.vind.

ſtituat procuratorem: Quia porrò accedente nullus dubitationi locus relinquitur quin manumittere pupillus poſſit quem ex ſeruis ſuis velit, etiam ſine cauſa, *vt diximus illat.* 9.

De probanda cauſa manumiſſionis etiam per procuratorem.

OBſeruandum tamen eſt, quamuis minor viginti annis manumittere non poſſit, niſi cauſa manumiſſionis probata, aliam nihilominùs eſſe manumiſſionis, aliam probandæ cauſæ rationem. Nam abſens quoque cauſam probare per procuratorem poteſt *l. etiam* 15. *§. abſens de man. vindict.* At per procuratorem manumittere nemo poteſt, at ne quidem vxor per maritum *l. nec mulierem* 3. *C. eod.* Niſi ponas ſeruum dotalem qui hoc ipſo quod dotalis eſt, cùm ſit mariti, poteſt ab eo manumitti tanquam à domino licèt non niſi accedente vxoris voluntate *l. ſi verò* 46. *D. ſolut. matrim.* Ratio differentiæ eſt, quia iuris regula eſt neminem poſſe lege agere nomine alieno *l. poſt mortem* 25. *§.* 1. D. *de adopt. l. nemo alieno* 165. *de reg. iur.* vt Cuiac. tractat. *lib.* 7. *obſer. cap.* 17. Manumiſſio autem legis actio eſt, non etiam manumittendi cauſa probatio. Legis enim actiones eæ dicuntur non quæ ciuiles, & ſollennes ſunt, vt nimis generaliter vult Hotomanus, nec quæ à iuris quacunque parte deſcendunt vt Dinus putabat, aut vt Zaſius loquitur, quæ per legem inuentæ ſunt, Nec quę mero iure radicantur, vt alibi loquitur idem Zaſius, nec quæ iure finiuntur, aut quæ ſunt ex vſu ſollenni iuris, quomodo idem Cuiacius ſcribit *lib.* 15. *obſer. cap.* 36. *in fin.* ſed quæ legis modo, & vt ita dicam imperatiuè fiunt, id eſt quæ pendent ex ſolius facientis voluntate & poteſtate, dummodò ei lex non reſiſtat, aut quæ ſaltem inter volentes expediuntur, vt videre eſt in manumiſſione, aliiſque exemplis à Papiniano poſitis in *Actus legitimi* 77. *De regul. iur.* Etſi enim lex illa eſt de actibus legitimis, tamen non puto inter actus legitimos & legis actiones quicquam intereſſe, in eóque cum Cuiacio aduerſus Hotomanum libenter ſentio. Porrò lex nihil agit per procuratorẽ ſed ipſa per ſe iubet, imperat, vetat, punit, in quibus omnibus tota legis virtus conſiſtit *l. legis virtus* 6. *D. de legib.* cùm ſit illa, vt ſæpius diximus, & hominum & rerum omnium domina & regina *l.* 1. *&* 2. *eod.* Sic legatum appellatum eſt id omne, quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt ſupra monuimus non ſemel ex *Vlp. in fragment.* In manumiſſione ſola manumittentis voluntas inſpicitur, nec ea res iure contentioſo expeditur. In probanda cauſa manumiſſionis aliud eſt, quoniam habet implicitam & facti & iuris quæſtionem. Denique non tam legis & iuris quàm iuriſdictionis ea actio eſt, vt *Pap. loquitur in l. inter tutores* 36. *de admin. tut.* & apud Scæuolam Claudius *in l. filia* 88. *de ſolut.*

L. etiam 15. *§. abſens eo. tit.*

L. nec mulierem 13. *C. eod.*

L. ſi verò 46. *D. ſolut. matr.*

Legis actiones quænam ſint, & cur ſic dictæ.

Legatũ quid ſit & vnde dictum.

Aliud eſt Ius vtrisquid eſſe, Aliud eſſe iuriſdictionis.

ILLATIO XV.

De prohibita ſerui qui ſolus ſit per minorem 20. annis manumiſſione.

DEcimoquintò & vltimò ex eodem principio fit vt minori annis viginti qui vnum duntaxat ſeruum habeat non ſit permittendum vt cum manumittat, quantumuis alioqui iuſta manumittendi cauſa ſubeſſe proponatur. *d. l. ſi collactaneus* 13. *verſ. præterea*, & illud exigitur vt non vtique ſeruum vnum habeat qui manumittit *D. de manum. vindict.* vbi verba illa *non vtiq. vnum* hunc proculdubio ſenſum habent *non tantùm vnum*. Non enim tam iuſta poteſt eſſe cauſa manumittendi ſerui, qui vnus & ſolus eſt in patrimonio minoris,

L. ſi collactaneus verſ. præterea.

itized by Google

quin multò iuſtior ſit eiuſdem in ſeruitute retinendi , vt minoris non modò vtilitati, ſed etiam quod præcipuum eſt famæ, & exiſtimationi conſulatur , ad hoc vt ex eadem lege Aelia Sentia poſſit habere neceſſarium heredem , ſi fortè non ſoluendo eum decedere continget, quod non improbabiliter de illo ſuſpicari quis poſſit , qui manumiſſionis tempore adeo inops eſt , vt non, niſi vnum ſeruum habeat in patrimonio. Quamquam nec aliud admittendum arbitror , etiamſi talis minor ſit qui aliunde locupletiſſimus probetur , cùm plerumque hominum vel prudentiſſimorum miſera condicio illa ſit , multò magis verò minorum qui ad res ſuas bene gerendas regendáſque minus conſilij habent , vt qui aliquando locupletiſſimus fuit, tandem pauperrimus & non ſoluendo moriatur *l. ſi ab arbitro* 10. §. 1. *D. qui ſatisd. cogant. l.* 1. §. *ſi magiſtratus & l. quod ad heredem* 6. *D. de magiſtr. comun.* Pertinet enim hoc non tantùm ad domini vtilitatem , ſed etiam ad fauorem reipublicæ qui libertatis fauore cæteriſque rebus omnibus ſemper potior eſt , vt ciuis romanus non decedat ſine herede , ſub cuius nomine per creditores hereditarios poſſideri bona vendique poſſint, vt pluribus ſcripſimus ad Princip. 3. & 4. *ſupr. eod.*

Fauor reipublica potior eſt fauore libertatis.

PRINCIPIVM VIII.

De prohibita per legem Aeliam Sentiam minori 20. annis etiam teſtamentaria manumiſſione.

§. cùm ergo hoc sit.

LEx Aelia Sentia quæ à minore viginti annis ſeruum manumitti prohibebat non minùs ad teſtamentarias manumiſſiones quàm ad eas quæ inter viuos fierent pertinebat , vt Iuſtinian. ſcribit *in §. cùm ergo hoc tuul.* vbi innuit hoc ius ex eo profectum fuiſſe quòd lex Aelia Sentia generaliter locuta fuerat de minoribus viginti annis , iiſque certum manumittendi modum conſtituerat , quem prætergredi nullomodo poſſent , Non adhibita ea diſtinctione , An inter viuos, an in teſtamento facta manumiſſio proponeretur. Vt proinde neque induci , neque admitti deberet ea diſtinctio quam lex non feciſſet *vulg. l. de precio* 8. D. *de public. in rem act. leg. in fraudem* 15. §. *vltim. D. de teſtament. milit.* Ex quo tamen illud eueniebat incommodi & abſurdi , vt qui moriebatur poſt annum decimumquartum ante viceſimum , quamuis teſtamentum facere poſſet: atque ita de rebus ſuis omnibus pro arbitrio diſponere ſeruus tamen ſuis libertatem dare nullomodo poſſet , etiamſi maximè veller, Neque libertatis fauor quantumlibet maximus contrariam ſententiam poterat

Nullus eſt fauor liber.

Digitized by Google

poterat extorquere , propter autoritatem legis , quæ quanquam duriſſima , tamen vtrſcripta , ita ſeruanda erat *leg. proſpexit* 12. *D. qui & à quibus manumit.* Et ſanè cùm non alia fuerit ratio legis Aeliæ Sentiæ in libertatibus impediendis quas minor viginti annis dare vellet , quàm quod res tanti momenti ſummo conſilio & iudicio indigere videretur, nihil autem omnino ſit in quo maior iudicij vis elucere debeat quàm in condendo teſtamento , per quod ſcilicet diſponit homo de ſuis fortunis omnibus in id tempus quo liberum amplius non erit reformandæ in melius voluntatis arbitrium *leg.* 1. *Codice de ſacroſanct. eccleſ.* quis non miretur prohibitas minori annis viginti manumiſſiones teſtamentarias , cui totam ſeruorum ſuorum familiam , non ſolùm cui velit heredi relinquere , ſed etiam legando , vel fideicommittendo ex hereditate ſua delibare ſi mallet permitteretur ? An non ita ſit vt fauorabiliùs agatur cum legato quàm cum libertate? contra *leg. ſi ita ſcriptum* 6. D. *de manumittend. teſtamen.* Primus Iuſtinianus fuit qui primus huic malo mederi auſus eſt , ſed adhibito temperamento potiùs quàm plena iuris veteris abrogatione. Is enim mediam , vt ait & gloriatur viam eligens conſtituit , vt minoribus quidem liceat teſtamento ſuo dare libertatem , ſed ita demum ſi decimum ſeptimum ætatis annum impleuerit , & decimumoctauum attigerit. Motus non illa ſolùm ratione quòd ferendum non eſſet vt cui totorum ſuorum bonorum in teſtamento diſpoſitio data erat , ei non ſimiliter de ſeruis ſuis ſaltem in vltima voluntate , quemadmodum , vellet diſponere non permitteretur , Sed hac etiam , quòd antiquitas huiuſmodi ætati & pro aliis poſtulare conceſſerit *leg.* 1. §. *initium* D. *de poſtuland.* Cur non enim , inquit ille , etiam iudicii ſui ſtabilitas huius ætatis minores ita adiuare credatur , vt ad libertatem ſeruis ſuis dandam poſſint peruenire ? Sed tamen poſt hanc quoque Iuſtiniani conſtitutionem illud abſurdi remanet quod ante decimum ſeptimum annum completum neminem ex ſeruis ſuis , ne quidem teſtamento manumittere poteſt is qui tamen ab anno decimoquarto impleto de cæteris bonis ſuis omnibus liberè ac pro arbitrio teſtari poteſt. Niſi quis abſurdum id eſſe neget propter eam ipſam rationem qua lex Aelia Sentia nitebatur , quòd cùm libertas inæſtimabilis res ſit , non tam facilè permittendum fuerit , vt eam donare minor poſſet : Nec ſolùm ſi de directa libertate ageretur , ſed etiam ſi de fideicommiſſaria *leg. minor annis* 5. *Codice de fideicommiſſ. libertatib.* vbi tamen exceptio ſubiicitur , *niſi his quorum cauſam probare poteſt.* Quæ iudicio meo ſic intelligi debet vt his ſolis fideicommiſſariam libertatem minor dare poſſit , non quibus eam ex fideicommiſſo debeat [neque enim ad eas libertates quas minor ex alieno fideicommiſſo deberet lex Aelia Sentia pertinere potuit , niſi hactenus, vt eas deberi probandum eſſet *leg. cauſam* 20. *D. de manumiſſ. leg. ſi rogatus* 20. D. *de manumiſſ. vindict.* quam probationem etiam defuncto minore fieri nihil vetat , vt libertas quæ aliunde fuit debita conſeruetur , &

tatis contra autoritatē legis.

Melior eſt cauſa libertatis quàm legati.

L. ſi ita ſcriptum 16. D. de manumteſtam.

Ratio legis Aeliæ Sentiæ.

L. minor annis 5. C. de fideic. libert.

L. cauſam 20. D. de manumiſſ. l. ſi rogatus 20. D. de manvind.

Digitized by Google

aliud eſt libertatem ex fideicommiſſo debitam dare, quod etiam directò fieri poteſt, aliud verò libertatem per fideicommiſſum relinquere, vt loquitur *d.l. minor*] ſed quos directo ipſe & inter viuos manumittere cauſa probata poſſet, Ne alioquin eueniat, quod fuerit multò abſurdius, vt nec eos teſtamento manumittere minor poſſit, quos per legem Aeliam Sentiam inter viuos manumittere liceret. Ex qua tamen ratione ſi recta eſt, poſſit quis non abs re mirari, quidni directam quoque libertatem teſtamento dare minori liceat, eo ſaltē caſu quo inter viuos dare poſſet, id eſt ſubſiſtente iuſta cauſa manumiſſionis. Sed dicendum eſt elegantem id habere rationem. Hanc nimirum, quòd directæ libertates valent duntaxat eatenus quatenus legis duodecim tabularum poteſtate confirmantur, ex qua parte eadem lex confirmat ſupremam defuncti ciuis romani voluntatem, vt ſæpius monuimus ex *Vlp. in Fragment. tit. 1. De libert. l. teſtamento* 23. D. *de manum. teſtam. l. verbis legis* 120. *De verb. ſignific.* Lex autem confirmat eas libertates non quidem ex die mortis vt teſtamentum, ſed ex quo agnita eſt hereditas manumiſſoris *d. l. teſtamento l. vnic. §. libertamb. C. de cadu. tollend.* Itaque ex eo inſtanti dicitur competere libertas quæ tamen vbi ſemel competiit retractari & reuocari nunquam poteſt, nec ſi eius concedendæ iuſta cauſa ex poſtfacto nulla vel allegetur vel probetur. Proinde ne id eueniat vt contra legem Aeliam Sentiam libertas aliquando reperiatur data ab eo qui dandæ ipſius cauſam iuſtam nullam habuit, neceſſe eſt priùs probari cauſam iuſtam manumittendi, quàm illud admitti vt directa libertas competere poſſit ex teſtamento: Et conſequenter dationem ipſam libertatis directæ per legem Aeliam Sentiam impediri, ne per legem duodecim tabularum confirmari quandoque poſſit. Quod tamen de fideicommiſſariis libertatibus non ſimiliter tractari poteſt: quæ ſcilicet cùm non confirmentur per legem duodecim tabularum, ſed pendeant ex facto heredis, facilè ſuſpēdi & differri poſſunt in id vſque tempus quo manumiſſionis cauſa probata ſit licèt poſt mortem minoris, vt ea cauſa probata poſſit fideicommiſſaria libertas præſtari, quam directo dare teſtator potuiſſet, ſi legis aut duodecim tabularum aut Aeliæ Sentiæ poteſtatem vel tantiſper in ſuſpenſo manere poſſibile eſſet. Igitur verba illa *niſi hic quorum cauſam probare poteſt* hunc omnino ſenſum habent, vt eos ſolos teſtamento per fideicommiſſum manumittere poſſit, quos directò inter viuos manumittere poſſet, vt intelligamus vtroque caſu iuſtam manumiſſionis cauſam probandam eſſe, vtroque quidem caſu à minore ipſo ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate allegandam, ſed tamen priore caſu probandam à viuo minore, poſteriore verò à minoris herede & à ſeruo ipſo, vt non contra legem Aeliam Sentiam libertas fideicommiſſaria data videatur.

Cur non poſſit minor directam libertatem teſtamento dare quam inter viuos dare poſſet. L. teſtamento 23. D. de manum. teſtam.

Fideicommiſſaria libertas ſuſpendi poteſt non directa.

PRINCIPIVM IX.

De ſequenda ſententia media.

MEdia ſententia ſequenda eſt, quoties in neutram partem extremorum propendêre poſſumus, quin aliquod abſurdum incurramus. Sic enim Iuſtinianus à ſe factum teſtatur in abroganda lege Aelia Sentia ex ea parte qua prohibebat ne minor annis viginti libertatem directam teſtamento dare poſſet,

posset,at ne quidem fideicommissariam nisi cuius causa probari posset,vt proximo Principio diximus & explicauimus.Nam cùm absurdum videretur non esse liberam manumittendi potestatem ei cuius in cæteris rebus omnibus liberum est quoquomodo velit disponendi arbitrium, nec tamen minus absurdū esset vt libertas res inæstimabilis tam facilè ac sine causa dari posset ab eo qui non satis firmo per ætatem iudicio præditus esse crederetur,mediam viam elegit Iustinianus , vt in dandis à minore testamentariis libertatibus,neque id tempus spectetur quo testamentum facere potest,neque vicesimus annus expectetur,sed decimumseptimum impletum esse sufficiat, qui medius est inter decimumquartum & vicesimum Hunúsque Principij ratio etiam ex moralis philosophiæ præceptis peti potest. Solent enim extrema virtutum omnium viciosa esse,virtutes autem omnes in medio,& vt loquuntur , in mediocritate consistere.Etsi autem in quæstionibus iuris non perinde semper euenit,vt viciosa sit ea sententia quæ media non est , cùm tamen id euenit & eo demum casu non alio vllo,dicimus mediam sententiam esse sequendam. Id enim ferè est quod habet regula iuris, Quoties nihil sine captione inuestigari potest eligendū esse id quod minimū habeat iniquitatis *l. quoties nihil* 200. *De reg.iur.* Vnde & inter Iureconsultos illos veteres quos diuersæ sectæ fuisse legimus, quosdam scilicet Proculianos,alios Sabinianos in plerisque iuris partibus inuicem dissidentes,fuerunt etiam qui vt aliis prudentiores & æquiores viderentur in controuersiis illis dirimendis medias sententias inducerent, ob eámque causam Erciscundi appellarentur,vt in specie *l.adeò 7.§.cùm quis ex aliena D. de acquir.rer.domin.l.vlt. D.de iur.fisc.* Fuit autem hoc Iustiniano potissimùm id est Triboniano familiare , vt mediam sententiam sequeretur , tùm etiam cùm ratio iuris parum id suaderet,vt in casu *l.filio 7. D.vt legat. nomin. caueat,* cuius verba illa vltima *sed melius est per mediocrium causam dirimere vt cautioni tantùm cum hypotheca rerum suarum committantur.* Triboniani esse non Pauli docuimus & probauimus in libris Coniectur.Eodem referi potest Iustiniani constitutio quæ extat in *l.si quis argentum 35.§.1.& 2.C.de donat.*

L.quoties nihil 200. De regul.iur.

Iureconsul. Erciscendi. L.adeò 7.§. cùm quis ex aliena De acq.rer.domin.l.vlt. De iur.fisc. L.filio 7 vt leg.nom.caueas. L.si quis argentum 35.§. 1.& 2.C.de donat.

ILLATIO I.

De mediocri seruo dando ei cui seruus in genere legatus est.

AD hoc Principium referri posse videtur licèt minùs propriè quod scriptum est in *l.legato* 37.*De legat.*1.legato generaliter relicto veluti hominis id esse obseruandum ne optimus petatur,vel pessimus offeratur , quoniam ad hoc tenetur heres vt non pessimum det *l.si heres* 110.*eod.* nisi cùm duo tantùm sint eiusdem speciei,quo casu quia medium nihil est quod sequi possimus, cogimur fauore heredis dicere liberari cùm si offerat hominem vel fundum qui ex duobus minoris sit æstimationis *l.cùm seruus* 39. *alias l. apud Iulianum §.scio eod.tit.*

L.legato 37. de legat.1. L.si heres 110. eod. L. cùm seruus 39. aliàs l. apud Iulianum §. scio eod.

ILLATIO II.

De temperamentis ad opiniones alioquin pugnantes conciliandas adhibendis.

ITem ad hoc Principium referri possunt omnes eæ Iurisconsultorum vel interpretum sententiæ,quæ pugnantes aliorū opiniones distinctionis alicuius

æquitate ac temperamento conciliant, quæ ſicut mediæ ſunt, ita vt plurimum quamquam non ſemper æquiores & probabiliores exiſtimantur. Nam cũ omnis definitio, id eſt propoſitio, concluſio & regula iuris periculoſa ſit, quia vix fieri queat vt non aliquo ſaltẽ caſu ſubuertatur, quemadmodũ ex Iauoleno ſcriptũ eſt in *l omnis definitio* 202. *De regul iur.* conſequens eſt, vt boni Iureconſulti prudẽtia & iudicium in eo maximè debeat elucere, vt pro caſuum varietate propriiſque circũſtantijs aliter atque aliter diſtinguat, nec ſemper ea ſequatur quæ vulgaribus iuris regulis conuenientiora videantur, in quo ſicuti præcipuo quodã iure mirus fuit Papinianus, ita in caſibus illis inueſtigandis & decidẽdis qui vulgares regulas ratione aliqua recondita admittere non poſſent præcipuã operã ſuam & induſtriã collocãdã exiſtimauit, vt nos iã monuimus alio loco.

L omnis definitio 202. de reg. iur.

CONFVT. I.

De iudicio ruſticorum.

AButũtur verò perniciosiſſimè hoc Principio plerique ſiue iudices, ſiue arbitri qui mera iuris ignoratione dubij & pẽdẽtes animi an pro actore habeãt pronũciandum an pro reo, diuidunt petitionẽ, & ei qui vel nullo prorſus vel certo & optimo iure centũ petat, adiudicant quinquaginta. Id enim ruſticorum verè iudicium eſt vt Accurſ. noſter loquitur, non virorum prudentum. Et vulgaris illa multorúmque ſermonibus trita vox *nec tibi nec mihi ſed diuidatur* vix aliorũ vnquã eſt quã eorũ qui ſe nihil omnino iuris habere intelligant.

Vulgare verbum, nec tibi nec mihi, ſed diuidatur.

TIT. VI.

De leg. Fuſia Canin. tollend.

PRINCIPIVM I.

De prohibendis per legem ſtrictiùs ijs quæ contra legis voluntatem poſſent fieri facilius.

QVo faciliùs quid fieri poteſt quod lex fieri nolit ſine cauſa iuſta, eo diſtrictius lex id prohibet ne fiat. Cùm enim vnus ille ſit ex legis effectibus vt prohibeat ne fiat id, quod ſi factum eſſet reſcindi legis vel magiſtratus beneficio deberet, non poſſit legiſlator prudentius facere quàm ſi id priùs ſtrictiúſque prohibeat, quod ſi prohibitum non eſſet, faciliùs factum iri videretur. Eſt autem multò melius & cautius intacta hominum iura ſeruari, quàm poſt vulneratam cauſam remedia quæri *l. 2. l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. neceſſ. non eſt* iun. *l. non dubium 5. C. de legib. l. legis virtus* 6. *eod.*

L. 2. l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in integ. neceſſ non eſt.

ILLATIO I.

De lege Fuſia Caninia.

EX hoc Principio illud fiebat, quòd lex Fuſia Caninia induxerat vt teſtatoribus omnibus etiam qui maiores eſſent annis viginti adeóque viginti quinque, non liceret quot vellent ex ſeruis ſuis teſtamento manumittere, ſed ad certum vſque modum, in eam rem ea ipſa lege conſtitutum, vt in hoc tit. refert Iuſtinianus poſt Vlpianum & Caium in Inſtitut. Cùm tamen

inter

Digitized by Google

inter viuos liceret cuilibet patrifamilias totam familiam ſuam libertate donare,dum ne lex Aelia Sentia eſſet impedimento,id eſt dum ne manumiſſor viginti annis minor eſſe proponeretur. Nimirùm quia longè facilius erat id euenire vt paterfamilias teſtamento familiam ſuam totam manumitteret etiam ſine cauſa quàm vt inter viuos, ſiue quòd vel auariſſimus quiſque tunc ſaltem cùm moritur procliuior ſit ad liberalitatem exercendam cuius effectus in tempus ſecutæ mortis conferatur,tanquam qui deſinat vereri futurum vt eo tempore laborare poſſit egeſtate,quíque præterea de alienis magis quã de propriis bonis diſpo ere ſibi videatur, ſiue quia quod dici ſolet,plerumque homines etiam ſagaciores de facultatibus ſuis amplius ſperare quàm in iis reuera ſit *l.in fraudem* 10.D.*qui & à quib.manumiſſ.* etſi ad eos quoque non rarò pertinet qui de rebus ſuis inter viuos diſponunt, multò tamen veriùs & ſæpius iis conuenit qui teſtãtur,præſertim ſi quod plerumque fit,teſtentur in ipſo ferè ſi non articulo,certè procinctu mortis, Quo tempore vix eſt vt vel ocij vel ingenij & iudicij tantum habeant quanto opus eſſet ad patrimonij vires bene exactéque explorandas.Itaque viſum eſt coarctandas certo numero teſtamentarias manumiſſiones,non etiam illas, quæ fierent inter viuos, cùm multò difficiliùs ſit vt tot ſeruos manumittere quis velit ſine cauſa, quibus ſciat egere ſe poſſe ad patrimonium augendum,tuendámque fortaſſis ampliſſimæ familiæ ſuæ dignitatem. Hoc tamen Iuſtinianus etiam correxit, fauore ſcilicet libertatis, legémque Fuſiam Caniniam penitus ſublatam voluit,inhumanum exiſtimans,vt ipſe loquitur, Viuos quidem licentiam habere totam ſuam familiam libertate donare,morientes verò idipſum facere prohiberi.

Ratio legis Fuſia Caninia.

ILLATIO II.

De *prohibita fundi dotalis oppignoratione etiam conſentiente muliere.*

SEcundò ex eodem Principio fit vt lex Iulia de fundo dotali prohibeat oppignorationem fundi dotalis etiam conſentiente muliere, alienationem verò eadem conſentiente permittat: *§.1.inſc.quib.alien.lic.vel non l.vnic.§.& cùm lex Iulia C.de rei vxor.act.* Erat enim verendum ne facilius conſentiret mulier oppignorationi quàm alienationi rerum dotalium,propterea quòd oppignoratio longè minoris præiudicij ſit,idcóque fuit tanto ſtrictius id prohibendum.

§.1.Quib.alie.licet vel non L.vnic. §.& cùm lex Iulia C. de rei vxor. act.

ILLATIO III.

De *data patri poteſtate occidendæ filiæ adulteræ,non marito.*

TErtiò ex eodem Principio fit vt lex Iulia de adulteriis patri dederit ius occidendi filiam domi ſuæ aut in domo generi deprehenſam in adulterio,& cum filia adulterum quemlibet,marito autem non niſi adulterum, nec eum quemlibet, ſed tantummodo eum qui fuerit eius conditionis quæ legis Iuliæ verbis notata eſt *l.patri* 20.*l.marito* 24.D.*ad leg.Iul.de adult.l.* 4.C.*eod.* Nempe quia plerumque pietas paterni nominis conſilium pro liberis capit, At mariti facilè decernentis & fæuientis calor ac impetus fuit refrænandus,vt elegantèr *Papin.ait in l.nec in ea* 22.*in fin.D.eod.*

L.patri 20. l.marito 24. ad leg. Iul. de adult. l. 4.C.eod. L.nec in ea 22.in fin.D. eod.

Digitized by Google

TIT. VII.

De his qui sui vel alien. iur. sunt.

PRINCIPIVM I.

Personarum alia sui iuris sunt, alia alieni.

L. 1. D. hoc tit.

ALIA de iure personarum diuisio illa est, quod quædam personæ sui iuris sunt, quædam alieni, vt Iustinianus *in hoc tit.* scribit post Caium *in l. 1. D. eod.* sui iuris esse dicuntur, quæ in sua sunt potestate, Alieni eæ quæ in aliena. Itaque *ius* hic pro potestate vsurpamus, quomodo & apud Iurisconsultos nostros, & apud probos quosque latinitatis autores, suo iure facere dicitur quisquis facit id quod facere potest *l. 1. C. de pact. pignor. & alibi pass.* Sui iuris sunt personæ liberæ, sed eæ tamen non omnes, at patresfamilias duntaxat. Alieni iuris sunt omnes serui, & ex liberis quoque ij qui in parentum potestate sunt, quos filiosfam. appellamus. Est autem diuisio hæc perfecta quoniam constat ex duabus partibus nõ tam contrariis, quàm contradictoriis, acsi diceremus, Omnes personas aut sui iuris esse aut non sui. Quid enim aliud est dicere *alieni* quàm *non sui*? Quisquis autem sui iuris non est, is vt nõ sui iuris sit necesse est, & alieni. Sic in *l. nec manifestum 8. D. de furt.* Cùm igitur alieni iuris esse dicantur, qui in aliena sunt potestate, duplex verò tantùm sit potestas, Vna dominorũ quæ & dominica, patrũ alia quæ patria appellatur, cõsequens est vt non alij ad hãc diuisionis partẽ pertineant, quàm qui vel filijfamilias sunt vel serui, hoc est qui in potestate sunt, vel parentũ vel dominorũ. Est quidem alia quodãmodo tertia species potestatis, tutorũ scilicet in pupillos, cùm pupillus qui sine patre est, non magis filiusfamilias dici possit quàm seruus. Sed tamen potest hæc quoque species potestatis sub patrię contineri, cùm sit illa participatio quædam patriæ potestatis, vt dicemus *ad tit. De tutelis.*

L. 1. C. de pact. pignor.

Diuisio perfecta quæ cõstat exmembris contradictoryis.

Potestas aut dominica aut patria sub qua & tutoria continetur.

PRINCIPIVM II.

De argumento ab enumeratione partium omnium perfectæ diuisionis.

Valet argumentum à partiũ enumeratione cùm diuisio perfecta est & absoluta.

CVm perfecta & absoluta diuisio est constans ex omnibus suis partibus, valet argumentum à partium enumeratione, vt quod ad vnam diuisionis partem non pertinet, vel ad alias omnimodo pertineat, vel ad genus illud de cuius diuisione agitur pertinere nullomodo possit. Nam cùm species quælibet sit sub suo genere, & genus quodlibet hoc proprium habeat vt suis omnibus speciebus insit communiter, & de iis prædicetur, vt logici loquuntur, fieri certè nequit, vt quod nulli ex speciebus conuenit, conueniat generi, aut vt quæ res in neutram speciem cadit sub specierum genere comprehendatur. Nimirum quoties perfecta & absoluta diuisio est, vt Principium nostrum habet, Alioqui esset captiosum argumentum, tanquã quod ex non sufficienti partiũ enumeratione deduceretur, solẽt nostri hoc Principiũ probare ex *§. actionũ infr. De action.* vbi enumerantur actiones omnes quæ sunt bonæ fidei, Ex quo

§. actionum De action.

infe-

inferũt illi nec malè cęteras omnes quę ibi enumeratę nõ sunt, vel strictas esse vel arbitrarias. Sed meliùs & apertiùs idẽ probatur ex Caio in *l.1.D.hoc tit.* ex qua hic Iustiniani locus sumptus est. Videamus, inquit, de his personis quæ alieno iuri subiectæ sunt. Nã si cognouerimus quænã istæ personæ sint, simul intelligemus, quænam sui iuris sint, Omnes illæ scilicet, quę non sunt alieni, siquidem diuisio ista de iure personarum vt aliæ sint sui iuris, alię alieni perfecta est & absoluta, quemadmodum superiore Principio probauimus.

L.1.D. hoc tit.

PRINCIPIVM III.

De potestate dominorum in seruos ex iure gentium.

SErui ex constitutione iuris gentium sunt in potestate dominorum, id est in eorum dominio *l.1.D.hoc tit.* Nam cùm de seruis agimus, potestatis appellatione dominium significamus *l. potestatis* 215. *De verb. significe.* Pendet autem hoc Principium ex eo quod diximus ad *tit. De iur. nat. gent. ex civil.* ex iure gentiũ introductas fuisse captiuitates & seruitutes postquàm ex eodẽ iure dominiorũ distinctio introducta fuit, & cõsequẽter bella *l. ex hoc iure 5. De iust. & iur.* Quid enim aliud est iure gentiũ introductas esse captiuitates & seruitutes, quàm inductum fuisse vt qui seruus alterius fieret, hoc ipso naturalem amitteret libertatem? Quomodo autem fieri posset vt naturalem illam libertatem quisquam amitteret, nisi qui in alterius dominium transiret?

L.1.D. hoc tit. *L. potestatis 215. de verb. signific.* *L. ex hoc iure 5. D. de iust. & iur.*

ILLATIO I.

De potestate vitæ & necis in seruos.

EX hoc Principio illud primum fit, vt primis illis temporibus & ad ætatem vsque posteriorum Imperatorum libera fuerit apud omnes gentes dominorum in seruos vitæ necisque potestas *d.l.1. hoc tit.* Cùm enim suę quisque rei moderator sit & arbiter *vulg. l in re mandata* 21. *C. mandat.* & seruus sit in domini potestate ac dominio, consequens est vt nõ minùs liceat domino seruum suum pro arbitrio quàm quadrupedem occidere. Nam & hac de causa serui quadrupedibus comparantur in *l.2. D. ad leg Aquil.* Dices eãdem olim fuisse patrum quoque in filiosfamilias potestatem *l. in suis 11. in fin. De liber. & posthum. l. vlt. C. de patr. potest.* & tamen nec fuisse filiosfamilias in dominio patrum *d.l. potestatis* 215. *De verb. signific.* Respondeo eandem fuisse hac parte dominorum & parentum in seruos & filiosfamilias potestatem, sed non eodem iure, neque ex eadem ratione. Nam quod ad dominos nihil fuit quod tantam iis in seruos potestatem dare potuerit, nisi quod seruos in dominio suo, perinde ac aliam rem quamlibet vilissimam haberent. Quod ad patres verò, fuit ius patriæ potestatis, cuius tanta vis & autoritas esse debere visa est, vt nec prohiberentur patres vitam adimere iis quibus dedissent, Vnde illud etiã erat, quod non poterant adimere libertatem *d.l. vlt. C. de patr. potest.* quippe quam non tã à patre filiusfamilias haberet quàm à natura. Emancipatis verò etsi nõ minùs quàm in potestate retentis vitam à patre datam fuisse verum erat, vitam tamen adimere patres non poterant, quia sublato per emancipationem iure patriæ potestatis, emancipati hac parte ne pro liberis quidem habebantur, sed potiùs pro extraneis, vt dicemus ad *tit. seq. De patr. potest.*

d.l.1. D. hoc tit. *L. vlt. C. de patr. potest.*

Digitized by Google

ILLATIO II.

De *acquisitione qua fit dominis per seruos.*

SEcundò ex eodem Principio fit vt quicquid seruus acquirit domino, acquirat non solùm ignoranti, sed etiam inuito *l. etiam inuitis* 32. *D. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante* 62. *De verb. obligat.* Nam qui in alterius non solùm potestate, sed etiam dominio est, nihil suum & propriũ habere potest, vt Iustin. scribit in *§. item vobis* 3. *infr. per quas person. nob. ac.* Nec est cõtrariũ, quod seruus potest habere peculiũ, tãquã propriũ patrimoniũ *l. hinc quaritur* 19. *§. 1. l. quoties* 47. *§. vl. & pass. D. de pecu.* Habet enim quia dominus vult, & quãdiu dominus vult, cùm ad domini nutũ adimi possit *l. peculium nascitur* 40. *eod.* & tunc etiam cùm habet, magis tamen domini peculium est quàm serui, vt de filiisfamilias peculio, quod maiorem dubitationem habere videbatur, scriptum est in *l. 3. § sed vtrum vers. nec eo mouemur l. patri* 27. *D. de minor.* Nam non posset dominus facere, etiãli maximè vellet, vt seruo manenti seruo, siue peculiũ, siue aliud quidpiam iure dominij acquireretur, propter implicitam contradictionem quæ subesset si quid suum habere posset, qui suus ipse non esset *d. §. item vobis*, vbi de hoc latiùs diceimus.

L. etiam inuitis 32. De acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. De ver. oblig.

L. hinc quaritur 19 §. 1. l. quoties 47. §. vl. De pecul.

l. peculium nascitur. 40. eod.

L. 3. §. sed vtrum l. patri 27. D. de minor.

§. item vobis Per quas person. nob. ac.

ILLATIO III.

De hereditate per seruum acquirenda domino, sed volenti tantùm.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt quoties id quod acquiritur tale est, quod aliqua ratione obliget acquirentem cuiusmodi est hereditas, non possit acquiri per seruum, nisi volenti domino & iubenti *l. qui in aliena* 6. *l. si quis mihi* 25. *§. iussum* D. *de acquir. hered.* quia cùm dominorum gratia ius illud inductum sit, vt in dominio habeãt seruos, sicut & patrum vt habeãt filiosfamilias in patria potestate, Non debet ea res fraudi esse domino patrive, quod tamen eueniret si ille per seruum, hic per filium, aut ignorãs, aut inuitus obligaretur. Est enim generale & perpetuum, vt melior nostra condicio fieri per alium possit, deterior nunquam possit *l. soluendo* 39. *D. de negot. gest. l. melior* 133. *de reg. iur.*

L. qui in aliena 6 l. si quis mihi 25 §. iussum de acquir. hered.

ILLATIO IV.

De noxali actione contra dominum ex delicto serui danda.

QVartò ex eodem Principio fit, vt si seruus deliquerit domino ignorante, nulla in dominum ex ea causa nisi noxalis actio detur, per quam dominus aut seruum ipsum noxæ dedere, aut si non dedat, litis æstimationem, id est quanti ea res est quæ in iudicium deducta fuit inferre compellatur *l. 1. & tit. De noxal. act. l. miles* 6. *§. decem* D. *de re iudic.* Non quòd ipso iure, id est ex iuris communis ratione dominus in solidum non teneatur, quia cùm nulla possit actio dari contra seruum *l. cum seruo* 107. *De regul. iur.* alterutrum euenire omnino necesse est, vel vt impunitum sit delictum serui, vel vt dominus eo nomine conueniri possit, saltem vsque ad litis æstimationem præstandam, Sed quia facultatem noxæ dedendæ accipit dominus ex lege, vt ait Vlp. in *d. §. decem*, Idque oprima æquitatis ratione, quoniam iniquum fanè erat nequitiam seruorum vltra ipsorum corpora dominis suis damnosam esse,

L. 1. De noxal. act. l. miles 6. §. decem D. de re iudic.

Digitized by Google

esse,vt Iustin.ratiocinatur in §.*summa autem 2.infr. De noxal. act.*post eundem Vlp.in *l.2.in princip.*D.*eod.*

§. *summa autem 2. De noxal. act.*

ILLATIO V.

De seruo excusando in delictis iubente domino admissis.

QVintò ex eodem Principio fit,vt plerisque ignoscatur seruo si deliquerit domino ignorante in iis scilicet quæ facinoris atrocitatem non habent *l.qui in puteum 11.§.an ignoscitur D.quod vi aut clam.l.seruus 20. D. de oblig.& act.* Quænam enim culpa eius est qui parêre habuit necesse *l. liberorum 11. §. vlt. cum l. seq. De his qui not. infam. l. is damnum dat 169.De reg.iur. l.liber homo 37.D.ad leg.Aquil.* quique periturus fuit si non paruisset, vt ait *l.2.§.1.D.de noxal.act.*

l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur D. quod vi aut clam l. seruus 20. De oblig & act.

CONFVT. I.

Seruos acquisitionis incapaces esse ex iure gentium.

COntra hoc Principium peccant qui scribunt, esse ex iure ciuili vt serui sint acquisitionis incapaces, & vt per eos dominis acquiratur. Non enim ex iure ciuili, sed ex iure gentium id proficiscitur, vt diximus & explicauimus, Cùm iure ciuili vsque adeò incogniti sint serui & pro nullis habiti *l.quod attinet 32.De reg.iur.*vt in iis etiam quæ pro seruis fauorabiliter constituta tandem fuerunt, maiorem dominorum quàm seruorum rationem à legislatore haberi fuerit necesse, vt ex iis quæ mox dicemus intelligetur. Alia ratio est eius quod dicimus, filiosfamilias esse in patrum potestate, nec minùs per filios patribus acquiri ex quacunque causa quàm dominis per seruos: Id enim cùm non alio iure fiat quàm patriæ potestatis, necessariò iuri ciuili acceptum ferendum est,ex quo & patria potestas descendit,vt dicemus ad *tit.seq.*

PRINCIPIVM IV.

De *domino abutente rebus suis.*

EXpedit interéstque reipublicæ ne quis re sua malè vtatur,vt Iustin. in hoc tit.scribit, vbi ad hoc Principium refert quod ab Imp.Antonino constitutum est, vt qui sine causa seruum suum occideret,non minùs puniri iubebatur,quàm si alienum occidisset,id est vt precium cogatur inferre non domino qui alius nullus est,sed fisco,propterea quòd reipublicæ iniuria facta sit(neque enim lege Cornelia de sicariis teneri potest qui seruũ occidit siue propriũ, siue alienũ,quomodo si liberũ occidisset) Vtque si intolerabilis videatur læuitia dominorũ, cogantur illi seruos vendere bonis condicionibus, & quidem ita vt seruus venditus in pristini domini sui potestatem nunquam reuertatur. Cuius etiam constitutionis meminit Vlp.in *l.2. D.hoc tit.* ex qua hic institutionum locus sumptus est, Vbi etiam addit Vlpianus Imperatorẽ Hadrianum Vmbriciam quandam matronam in quinquennium relegasse, quòd ex leuissimis causis ancillas suas pessimè ac atrocissimè tractasset. Itaque non est quod quis obiiciat nullam seruo iniuriam fieri posse, ne quidem alieno §.*seruis autem ipsis infr.De iniur.*proprio autem multò minus. Nam quod

l.2. D. hoc tit.

§. seruis autem ipsis De iniur.

nimia dominorum in seruos atrocitas hodie punitur, vetere illo vitæ necisque arbitrio antiquato, non fit propter seruos & tanquam ad vindicandam iniuriam quæ ipsis inferatur, sed fauore reipublicæ cuius interest ne quis re sua malè vtatur. Non quia seruorum salus curæ sit aut esse debeat reipub. in qua scilicet ne quidem caput habere seruus intelligitur *l.3.in fin.& l.4.D.de capit. minut.* sed quia non magis permittendum sit ciui romano vt seruo suo quàm vt alia qualibet re vel vilissima abutatur. Item quoniam ad salutem quoque & vtilitatem dominorum id pertinet, vt paulò post dicemus. Huius verò Principij ratio illa est quod salus & vtilitas publica quæ bono legislatori cuilibet suprema lex semper est & esse debet, ex singulorum cõmodis & vtilitatibus constituatur. Inde namque fit vt periclitari eam, præcipitémque ruere omnino necesse esset si singulis re sua abuti permitteretur. Quod enim vnus faceret, cur alij quoque facere non possent? & quod vni aut alteri liceret, quidni omnibus quoque licere deberet? Ita omnibus tandem aut saltem permultis patrimonio suo abutentibus, respublica paullatim maximam in egestatem dilaberetur, & si non viris, saltem viribus, quæ & patrimonij cuiusque amplitudine æstimandæ sunt, destitueretur.

Seruus non habet caput in republica.

Salus populi suprema lex est.

ILLATIO I.

De Antonini constitutione contra dominorum sauitiam lata.

EX hoc Principio illud primum fit quod Antonini constitutione inductũ diximus ad nimiam illam nimísque sæuientem dominorũ in seruos suos potestatem moderandam. Neque enim dubitandum est quin ea potestate domini passim abuterentur, vt naturaliter euenire solet in iis, quorum liberum arbitrium habet qui sibi nesciat imperare. Quid namque difficilius, quàm vt velit quantum possit is qui possit quantum velit? Eximia in eam rem magnitudine animi opus est. Nam vt Plinius in Panegyrico ad Traianum dicebat, Sicut summæ felicitatis est posse quantùm velis, ita magnitudinis velle quantùm possis.

ILLATIO II.

De pœnis constitutis aduersus abutentes rebus suis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt plerique olim leges latæ fuerint pœnæque constitutæ aduersus eos qui rebus suis abuterentur, siue fundos suos minùs diligenter colerent, siue alias res suas incuriosius administrarent, vt Aulus Gellius testatur.

ILLATIO III.

Non esse malitiis indulgendum.

TErtiò ex eodem Principio fit quod generaliter scriptum est in *l.in fundo* 38.D.*de rei vindic.* malitiis non esse indulgendum, siue in suam, siue in alterius perniciem velit quis abuti, aut re sua, aut suo iure quod in aliena re habeat. Facit *l.si cui simplicius* 9.*D.de seruit.*

l. in fundo 38. De rei vindic.

L. si cui simplicius 9. D. de seruit.

Hoc tamen paulò latiùs & simplicius est accipiendum. Alioqui puniendus esset, qui patrimonij sui reditus malè cõsumpsisset, aut qui ex patrimonio suo aliquid donasset cùm donare sit perdere *l.filiusfamilias* 7.*D. de donat.* quod

Donare perdere est.

tamen

Digitized by Google

tamen non ita est *l. sed etsi lege 25. §. consuluit D. de petit. hered.* in illis verbis *dum re sua se abuti putat. l. donari 29. D. de donat.*

ILLATIO IV.

De *interdicenda prodigo bonorum suorum administratione.*

QVartò ex eodem Principio fit vt prodigis, id est qui neque modum, neque finem expensarum habent interdicatur bonorum suorum administratione per legem duodecim tabularum, & consequenter curatorem iis dari oporteat *l. 1. D. de curat. furios. l. is cui bonis 6. D. de verb. obligat.* sicut & minoribus vigintiquinque annis qui propter ætatis & consilij imbecillitatem rebus suis bene prudentérque administrandis sufficere non possunt *l. 1. D. de minor.* facit *l. is qui 12. §. fin. De tutor. dat.*

L. 1. D. de curat. furios. l. is cui bonis 6. De verb. oblig.

L. 1. D. de minor. l. his qui 18. §. fin. D. de tutor. & curat. dat. ab his.

ILLATIO V.

Neminem abuti debere potestate sibi concessa, siue ab homine, siue à lege.

QVintò ex eodē Princ. fit, vt ea potestate quā quis siue à iure, siue ab homine habet, abuti non debeat, quoniā qui potestate sibi in rebus alienis aut potius in res alienas data abutitur, is & aliena re & sua abutitur. Est enim cuiusque potestas proprium quid eius cuius potestas est. Hinc dicimus filiumfamilias cui peculij administratio quantumuis libera generaliter permissa est, donare tamen non posse, quia cùm donare sit perdere non potest fieri vt donet quin data sibi potestate abutatur. *d. l. filiusfamilias 7. D. de donat.* vbi hanc ipsam ob causam addit Vlp. aliud esse si iustā donandi causam habuerit, quia iam non abutitur, qui facit ex iusta causa. Idémque probandum si eius dignitatis sit filius, vt non debuerit vereri pater concedens ei liberam peculij administrationem ne quandoque malè donando ea potestate & administratione abuteretur. Hinc etiam est, quod mandato generali placet, non contineri trāsactionem interpositam decidendi causa *l. mandato 60. D. de procurat.* quia cùm transactio fieri non possit, nisi aliquo dato, vel remisso ad redimendum litis, siue præsentis, siue futuræ dubium euentum *l. 1. D. de transact. l. transactio 38. C. eo.* Videtur abuti potestate sibi concessa procurator qui ex bonis alienis dat aliquid, aut remittit domino ignorante. Vt proinde nil necesse sit cum Iacobo Cuiacio emendare textum *d. l. mandato*, & pro *decidendi* reponere *diminendi*. Neque enim potest fieri transactio quin aliqua in re diminuatur patrimonium eius cuius nomine transigitur, ne tum quidem cùm per transactionem res de qua transigitur ad eum peruenit. Siquidem hoc ipsum non aliter fieri potest, quàm si ex ea causa, vt diximus, aliquid vicissim detur aut remittatur. Dices non diminui, sed augeri patrimonium eius cui ex transactione acquiratur per procuratorem fundus dignus quingentis, licet procurator eo nomine dederit centum. Id verò negandum est, quia iam ante transactionē fundum in bonis habuisse intelligitur qui actionem habuit ad eum persequendū tametsi ab alio fundus ille possideretur. *l. rē in bonis 52. De acquir. domin. l. id apud se 43. De verb. signific. l. is qui actionem 15. De regul. iur.* Eáque distinctio, An per transactionem fundus alienetur aut retineatur tunc tantùm habet locum quando tractatur de fundo pupilli aut minoris, quoniam neque pupillis, neq; minoribus, neque eorum tutoribus aut curatoribus prohibitum est tran-

L. filiusfamilias 7. D. de donat.

L. mandato 60. D. de procurat.

L. 1. D. de transact. l. transactio 38. C. eod.

L.non ſolùm 4.C.de præ. minor.

figere bona fide de dubia lite , niſi cùm per tranſactionem fundus alienatur *l.non ſolùm 4.C.de præd.minor.* Aut cùm de euictione ex cauſa tranſactionis præſtanda diſputatur , quia non ſolet præſtari euictio eius rei quam quis per tranſactionem remiſerit, & penes aduerſarium reliquerit, ſed illius tantùm quam alienauerit *l. ſi pro fundo 33.C.de tranſact.* Hinc denique eſt,quod eleganter Iulianus ſcribit in *l.qui fundum 7.§.ſi tutor* D. *pro emptor.*Si tutor rẽ pupilli ſubripuerit & vendiderit, non poſſe vſucapionem contingere,priuſquàm redeat res in poteſtatem pupilli, Quoniam , inquit , tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelã adminiſtrat, non cùm pupillum ſpoliat. Quò etiam pertinet quod ex Vlp. ſcriptum eſt in *l.3. in princip. D.de contr.tutel.& vtil.actions.* Si tutor in pupillum plus impenderit quàm eſſet in facultatibus pupilli , ita demum permittendum ei eſſe vt contrario iudicio id conſequatur ſi expedierit pupillo ita tutelam adminiſtrari. Sed ſi non expedierit abſolui pupillum oportere , Neque enim , inquit , in hoc adminiſtrantur tutelę,vt pupilli mergantur.Et ſanè abutitur poteſtate ſua tutor,quoties adminiſtrationis ſuæ artes & rationes omnes ad pupilli commodum & vtilitatem non refert , Ideóque id vnum incumbit officio iudicis qui de contrario tutelæ iudicio cognoſcit,vt pupilli vtilitatem ſpectet , & an tutor ſumptus ex officio fecerit *d.l.3.*

L.ſi pro fundo 33.C. de tranſact.

L. qui fundum 7. §. ſi tutor.D.pro emptor.

L. 3. in prin. de contr.tutel.& vtil. act.

PRINCIPIVM V.

De auxilio ſeruis contra dominorum ſæuitiam dando.

NOn ſolùm reipublicæ,ſed etiam dominorum intereſt ne auxilium contra ſæuitiam vel famem , vel intolerabilem iniuriam denegetur ſeruis qui iuſtè deprecantur.Verba ſunt reſcripti ab Imp. Antonino emiſſi ad Ælium Marcianum,quæ Iuſtin.refert in hoc *tit poſt Vlp. in d.l. 2.* D.*eod.* Ratio huius Principij eſt,quòd cùm ſerui naturaliter perinde homines ſint atque ſi eſſent liberi(eſt enim hominum diuiſio illa , vt ex iis quidam ſint liberi , quidam ſerui,quemadmodum diximus ad *tit. De iur. perſon.*) & ita naturaliter comparatum ſit , vt illatam ſibi iniuriam vix patienter ferre quiſquam poſſit, præſertim qui de ea , vel repellenda vel vindicanda audeat cogitare , adeóque vel patientiſſimi cuiuſque læſa ſæpius patientia facillimè degeneret in furorẽ, non eſt dubitandum quin ſeruus à domino atrociter & impiè tractatus , ſiue nullam,ſiue leuiſſimã duntaxat offenſionis cauſam domino præbuerit , ſtatim aliquid in eius necem ac perniciem auſurus ſit ,& de vindicta cogitaturus ſi nullum ſibi in legibus & magiſtratibus relictum eſſe ſciat auxilium. Nihil enim eſt quod naturalem illã nimiſque propenſam hominum ad vltiones & vindictas facilitatem tantopere teneat , & remoretur , quantopere parata legum autoritas,& obuia ſpes vindictæ publicæ , cui priuatam cedere æquum ſanè eſt. Nam & inde fit quod habet iuris regula vt ſingulis concedendum nõ ſit,quod per Magiſtratum publicè fieri poſſit & debeat,ne occaſio ſit maioris tumultus faciendi *l.non eſt ſingulis 176.De regul.iur.* Et verò ſicut vetus illud verbum eſt ita & longo vſu comprobatum , *Quot ſerui tot hoſtes* , nec vlla maior nequitia quàm ſeruilis ingenij , vt Impp.loquuntur in *l.pen.C. de liberti*

L.2.D. hoc tit.

L.non eſt ſingulis 176.de reg.iur.

L.pen. C.de liber.& ſeru. liber.

libert. & eor liber. §. summa autem infr. De nexal. action. Quæ etiam res causam dedit senatusconsulto Silaniano De torquendis seruis omnibus qui fuerunt sub eodem tecto cùm occisus dominus fuit. Quia nimirum quandiu nescitur quis dominum occiderit, credibile est aut ab aliquo ex propriis seruis, aut iis saltem vel omnibus, vel maiori ex parte consciis occisum illum fuisse *l. 1. & tot. tit. D. de SC. Silan.* Hinc etiam celeberrimum illud senatusconsultum apud Cornelium Tacitum de quingentis seruis ad mortem damnatis pro vnius Senatoris vnico ictu perfossi nece vindicanda. Dominorum igitur non parum interest vt legum & magistratuum auxilia etiam seruis patẽãt, vt quandiu hoc sibi remedium aduersus dominorum iniurias & sæuitias oblatum vident, de dominis ipsis occidendis non habeant cogitandum. Id verò dignum est obseruatione, Imperatorem Antoninum cùm seruis aduersus dominos prouidere voluit, sic tamen egisse vt nullam seruorum rationẽ habere velle videretur, sed tantùm dominorum, propter eam rationem quam modò diximus, & reipublicæ, cuius quippe interest, ne quis re sua malè vtatur, vt superiore Principio dicebamus. Ad fauorem seruorum nullomodo respexit, at ne quidem ad id quod homines sunt (quãquam Papinianus de seruis exportandis tractãs in *l. si venditor 6. §. 1. ill. tit. De seru. export.* nõ minùs piè quàm eleganter scripsit hominem beneficio affici interesse hominis) Nempe ne rationem iuris violare videretur, quæ seruos penitus pro nullis habet, Itémque iura dominorum, quorum potestatem in seruos illibatam esse oportere, nec cuiquam hominum ius suum detrahendum esse, rescripti verba præfantur.

l. 1. De SC. Silan.

L. si venditor 6. §. 1. De seru. export.

Interesse militum quoque ne contra ius & æquitatem faueatur passim militibus.

SImile est quod Traianus Imp. à militibus rogatus, vt voluntatem eius militis qui in colloquio familiari dixerat commilitoni *Ego te heredem facio* iure testamenti militaris ex priuilegio valere pateretur, cùm neque id concedere vellet quod iniquum erat, neque militum suorum animos abalienare, rescripsit Catilio Seuero, Nullorum magis interesse quàm ipsorum militum, quibus pro arbitrio testandi priuilegium datum est, id exemplum non admitti ne alioqui facilè eueniat vt post eius militis mortem qui intestatus decedere voluerit, reperiãtur testes qui adfirment audisse se militem supradictis verbis testatum *l. Diuus Traianus 24. D. de test. mili.* Sic Impp. Dioclet. & Maxim. ad milites qui volebant sibi licere, venditiones à se ritè factas ex priuilegio militari rescindere possent, rescripserunt, interesse militum quoque ratas eas manere, ne quando possent & ipsi eadem lege conueniri quam sibi tribui postulassent *l. ratas 7. C. de rescind. vendit.* Sic denique dicimus minorum annis viginti quinque maximè interesse, vt non fiãt irrita omnia quę cum iis geruntur, Ne alioqui magno incommodo afficiantur eius ætatis homines nemine cum iis contrahere volente *l. quòd si minor 24. §. non semper D. de minor.*

L. Diuus Traianus 24. D. de test. milit.

L. ratas 7. C. de rescin. vendit.

l. quòd si minor 24. §. nẽ semper D. de minor.

TIT. VIII.

De patr. poteſt.

PRINCIPIVM I.

De origine patriæ poteſtatis ex iure ciuili.

§. *ius autem hoc tit. l. 3. D. de his qui ſui vel al. en. iur. ſunt.*

L. *patr. furioſo 8. D. eod.*

Ratio inducendi in veris patriæ poteſtatis.

IVS patrię in liberos poteſtatis proprium eſt ciuium romanorum, ac proinde iuris ciuilis eſt vt Iuſt. ſcribit in §. *ius autē hoc ti. poſt Caium in l. 3. De his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Non quod legibus duodecim tabularum aut qua alia romanorum lege inducta ſit, ſed quia moribus populi receptum eſt vt Vlp. loquitur in *l. patre furioſo 8. n prin. eod. tit.* ſicut & ſubſtitutio pupillaris *l. 2. De vulg. & pupill. ſubſt.* & alia plerąque huiuſmodi, quæ licèt nullius legis autoritate inducta ſint, non eo minùs tamen iuris ciuilis eſſe dicuntur, quia ius ciuile partim conſtat ex ſcripto, partim ex nō ſcripto vt diximus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* Cuius autem moribus populi romani ius hoc, ſiue inductum, ſiue receptum ſit, ſi quis quærat ratio illa adferri poteſt, quòd eius populi præter & ſupra cęteros omnes pręcipuum ſtudium illud ſemper fuerit, vt familiarum amplitudini conſuleret ac dignitati, vtpote ex qua totius quoque reipublicæ amplitudo & dignitas metienda ſit & æſtimanda. Idque apparere ex eo poteſt quod quamuis lex 12. tab. à Græcis ſumpta nullā inter maſculos & fœminas quod ad cauſam ſucceſſioni, ſiue teſtamētarię, ſiue legitin ę differētiā induxiſſet, media tamen iuriſprudēria quæ floruit eo tempore quo aucta iam republica nihil niſi de amplificanda ea cogitandum videbatur, maſculos fœminis prælatos voluit in ſucceſſione inteſtati, facto verò teſtamento difficiliùs exheredari maſculos quàm fœminas, Nō alia ratione quàm quòd per maſculos tātùm non etiā per fœminas familiarū dignitas conſeruetur *l. maximū vicium 4. C. delibér. prætor. l. lege 14. C. de leg. hered.* iunct. *l. 1. §. ſed etſi ſeruus D. de inſpic. vent.* in illis verbis *vt ordinū dignitas familiarúmq; ſalua ſit.* Nemo enim neſcit familiarū dignitatē ex carū præſertim antiquitate latiſſimáque propagatione æſtimari ſolere & debere, itémque ex ampliſſimis patrimonij facultatibus bene partis, quod niſi lōgo tē poris tractu productáq; per multos deſcendētiū gradus linea fieri nō poteſt. Atqui per fœminas nihil penitus iſtorū omniū poteſt cōtingere, cùm fœmina quęlibet familię ſuę & caput, & finis ſit *l. pronunciatio 195. §. vlt. De verb. ſign.* Hoc ipſum autē ideò, quòd vt ſubiicitur in *l. ſeq.* qui ex fœminis in iuſto & legitimo matrimonio naſcuntur, patris nō matris condicionē ſequūtur, quod & ſcriptum eſt in *l. cum legitima 19. D. de ſtat. homin.* Indéque nimirum eſt, quod ciuiū romanorū ſumma diuiſio illa ſemper fuit, vt vel patresfamilias eſsēt, vel matresfam. vel filiifamilias aut filięfamiliarūm *l. nā ciuiū 4. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* facta ſemper & in cuiuſlibet perſona mentione familiæ, vt appareret ciuē romanum dici non poſſe qui vel propriam familiam non haberet, vel ad familiam alienam non ſic pertineret vt propriam quoque tandē habere poſſet.

L. maximū vicium 4. C. de liber. prætor.

L. pronūciatio 195. § vl. & l. ſeq. De verb. ſignifi.

L. nanciniū 4. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

posset. Propter quam causam seruos licèt ad domini familiam pertinentes nemo vnquam ex prudentibus seruos familias appellauit, quia ad alienam familiam sic pertinent, vt propriam constituere ac patresfamilias fieri nunquam possint, quin potiùs serui esse desinant, Longéque alio sensu familiæ appellatione continentur in edicto illo prætoris, de quo in *tit. Si famil. furt. feciss. dicet.* vt Vlpianus monet in *d.l. pronunciatio §. seruitutium De verb. signific. & in l. vlt. C. de verb. signific.* Nos enim familiæ appellatione hîc intelligimus plures personas quæ sint sub vnius potestate siue natura siue iure subiectæ *d.l. pronunciatio §. familiæ.* Natura vt sunt liberi cuiuscunque sexus ex legitimo matrimonio procreati, quos filiosfamilias & filiasfamilias appellamus. Iure vt liberi adoptiui, qui & perinde filiifam. dicuntur, itémque vxor quæ in viri manum conuenit vt olim fieri solebat, quam idcirco matremfam. appellamus. Eadem familiæ appellatione continentur, qui filiorum & filiarumfamilias vicem sequuntur vt puta nepotes & neptes & deinceps, id est pronepotes & proneptes, abnepotes & abneptes. Pater autem familias appellatur non qui in ea domo & familia filium habet, sed qui dominium ita vt rectè hoc nomine appelletur quamuis filium non habeat. Non enim solam eius personam, inquit Vlp. sed & ius demonstramus, ob idque & pupillum patremfamilias vocamus. Quãdo namque paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerant singulas familias incipiunt habere, singulique patrumfamiliarum nomen subeunt, Quotquot, inquam capita ei subiecta fuerant, scilicet ciuium romanorum, vt seruos qui morte patrisfamilias non magis patresfamilias quàm ciues romani fieri possunt, excludamus. Ergo vt ad propositum redeamus, cùm id vnum præcipuo quodam studio populus romanus curaret, vt singulas ciuium suorum familias, quanta posset, & hominum & facultatum propagatione in futurum extenderet, necesse fuit aut certè quàm maximè conueniens, vt ad iustas nuptias contrahendas ciues romani præmio aliquo proposito inuitarentur, & è contrario orbis & cœlibibus pœnæ irrogarentur, Id enim solo nuptiarũ beneficio assequimur, vt liberos iustos habere possimus, ex quorum prole diuturnitatis memoriam in æuum relinquamus, quemadmodum Callistratus ratiocinatur in *l. liberorum* 220. *§. vlt. De verb. signific.* vbi addit non nisi hoc animo & voto à pijs parentibus & vxores duci & liberos procreari, vt quodammodo immortalitas humano generi artificiosè introducatur, quomodo loquitur Iustinian. *Nouell. 22. De nupt. in princip.* Inter cætera verò priuilegia nuptiis iustis & legitimis concessa nõ postremũ illud fuit aut esse debuit, vt in liberos qui ex nuptijs quãdocũque suscepti essẽt haberet pater ius patriæ potestatis, id est omnimodã potestatẽ etiã vitæ & necis *l. in suis* 11. *in fi. D. de lib & posthum. l. vlt. C. de patr. potest.* Cùm alioqui fieri potuisset vt multi à contrahendis nuptiis liberorũ quærendorum voto reuocarentur, veriti ne tales fortasse liberos susciperent quos aliquando propter ipsorum contumaciam, moresque perditos vsque adeo exosos essent habituri vt suscepisse pœniteret, quos ratione palam est etiam hodie plerosque alienis exemplis siue timidiores siue sagaciores effectos à nuptijs quas alioqui sponte ambirent, non inuitos abstinere. Sed & illud exploratum est, non melius at nec aliter conseruari familiæ patrimonium, nedum amplificari posse, quàm si totius familiæ vnum duntaxat caput sit, vnus administrator, & gubernator, quemadmodum Aristoteles in Politicis tractat. Id verò ita demũ fieri potest si omnes personæ quotquot

Tit. si famil. furt. feciss. dicet. d.l. pronunciatio § seruitutium l. vlt. C de verb. signific. d.l. pronunciatio §. familiæ.

L. liberorũ 220. §. vlt. De verb. signific.

Nouell. 22. De nupt. in princ. L. in suis 11. in fin. de lib. & post. l. vl. C. de patr. potest.

in patrisfamilias domo sunt, in mera eius potestate sint, ne quicquam impediat quominus liberum de tota familia disponendi arbitrium habeat, liberámque facultatem. Hac igitur etiam ratione ius patriæ potestatis patribus in liberos acquiri concedíque pro singularum familiarum, & consequenter reipublicæ dignitate tuenda expediebat. Intelligi autem ex superioribus potest, mores istos populi romani ex quibus inductum est ius patriæ potestatis, antiquissimos fuisse adeóque lege ipsa 12. tabularum antiquiores, & iam inde à Romuli temporibus ti Halycarnasseo credimus lib. 2. Cùm ea lex duodecim tabularum, & patrisfamilias meminerit in concedenda testandi facultate his verbis *Paterfamilias vti super suare legassit ita ius esto.* & sui heredis confirmatis hereditatibus legitimis ex ea parte qua ita cauit *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Patremfamilias enim ex eo æstimamus quod personas omnes quæ in domo & familia sunt sub sua teneat potestate, sicuti iam diximus ex Vlpiano in *d. l. pronũciatio §. familiæ.* Suum verò heredem ex eo quoque quòd & in patrisfamilias potestate sit & primum in successionis causa locum gradúmque obtineat *l. si filiusfamilias* 33. §. 1. *D. de testam. milit. l. scripto* 7. D. *vnd. liber.*

Ius patrisfamilias ex quo æstimetur itémque ius sui heredis.

ILLATIO I.

De peculiari iure ciuium Romanorum circa patriam potestatem.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iustinianus in hoc tit. scribit, nullam in toto terrarum orbe gentem esse apud quam ea sit parentum in liberos potestas quæ est ciuium romanorum. Nam & in cæteris quæ iuris ciuilis sunt idem vsuuenire solet, vt non apud omnes gentes peræque custodiantur sicut ea quæ sunt iuris gentium aut naturalis, sed apud eos duntaxat populos quorum iure proprio ac peculiari fuerunt constituta *l. omnes populi* 9. D. *de iustit. & iur.* Etsi fatendum est non esse bonam hanc consecutionem nisi à communiter accidentibus. Nihil enim vetat esse quid iuris ciuilis romanorum, tanquam quod & ratione merè ciuili & in romana primùm repub. inductum sit, & tamen idipsum apud omnes gentes tandem æquè receptum esse, Vt in testamentis, stipulationibus & acceptilationibus euenisse probauimus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* vbi Ostendimus vnumquódque ius siue naturale sit siue gentium, siue ciuile, non ex alia re æstimandum esse quàm ex ratione ipsa, quæ illud induxit. Itaque si poneres hodie apud omnes receptum esse ius patriæ potestatis, non eo minùs dicendum esset iuris ciuilis, Inspecta nimirum inducendi eius sola ratione, quæ tota vt diximus ciuilis fuit propriáque romanorum.

L. omnes populi 9. D. *de iustit. et iur.*

ILLATIO II.

De patrum duntaxat non matrum in liberos potestate.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt patribus duntaxat non etiam matribus hoc ius potestatis datum sit, quæ & idcirco patria potestas appellatur, Non quod imbecillioris consilij propter sexus fragilitatem mulier sit quàm vt ei permitti debeat habere quemquam in potestate, Aut quòd maior patri pietas & obseruantia quàm matri debeatur (vtrumque enim falsum est, cùm furiosus qui non tantùm iudicio sed etiam sensu caret perinde liberos in furore susceptos habeat in sua potestate *d. l. patre furioso* 8. *De his qui sui vel alien. iur. sunt.* & vtri-

L. patre furioso 8. *de*

& vtriqùe parenti licèt inæqualis sit potestas ipsorum æqualem tamen pietatem deberi constet *l.4.D.de curat.furios.*)Sed quoniam totum hoc ius patriæ potestatis ad familiarum conseruationem & amplificationem referẽdum est, quæ per fœminas vt diximus fieri nullomodo potest *§.fœmina infr.De adopt.*

his qui sui vel alien. iur. sunt l.4 D. de curat. furios. §.fœmina De adopt.

ILLAT. III.

De iure habendi sui heredis.

TErtiò ex eodem Principio fit vt patresfamilias habeãt suos heredes,*l.1.& tot.tit.De suis & legit.l.in suis* 11.*De liber.& posthum.fœmina non item l.4.§. ad testamenta* D. *de bonor. poss. contr. tabul.* quia cùm suus heres ille tantùm sit qui & in morientis potestate fuit & primum in successionis causa locum gradúmque obtinuit *d.l.scripto* 7.D.*vnd.liber.l.si filiusfamilias* 33.§.1.D.*de testam. milit.*consequens est vt non possit suum heredem habere mater quæ liberos non habet in potestate *§.ceteri infr.De hered.qualit.& differ.*

L. *in suis* 11. *De liber. & posthum. l. 4.§.ad testamenta D.de bonor. poss.contr. tabul. §.ceteri De hered.qualit. & differ.*

ILLATIO IV.

Patriam potestatem esse inæstimabilem.

QVartò ex eodem Principio fit,vt patria potestas inæstimabilis res existimetur *l.filiusfamilias* 114.*§.sed si liberos* De *legat.*1.vbi Mæcianus ob hanc causam scribit patrem qui liberos suos emancipare rogatus sit cogi non posse vt id faciat,Nimirum si nihil à testatore in eam rem acceperit, Alioquin voluntati quam agnouit parêre cogendus est cùm tanti æstimauerit carere patria potestate,Ne aliter posito iure circumueniatur voluntas defuncti *l.si cui legatũ* 92.*De condic.& demonstr.*

L.filiusfamilias 114. *§.sed si liberos de leg.*1. *L.si cui legatum* 92. D. *de condic. & demonst.*

ILLATIO V.

De inuitis filijs naturalibus aut emancipatis non redigendis in patriam potestatem.

QVintò ex eodem Principio fit,quod Modestinus scribit in *l. vlt. De his qui sui vel alien.iur.sunt*,Inuitos filios naturales vel emancipatos non redigi in patriam potestatem. Nemo enim dubitat quin ipsorum interfit vt sui iuris sint potius quàm alieni,vtque non habeat naturalis pater in eos vitæ necisque potestatem.

L.pronũciatio 195.*§ familiæ De verb.signif.*

ILLATIO VI.

De filio per emancipationem amittente nomen filij.

SExtò ex eodem Principio fit vt filius à patre emancipatus sicut per emancipationem exit de potestate & familia patris, adeóque propriam familiam habere incipit cuius ipse absolutè dominus & paterfamilias est *d. l. pronuntiatio* 195 *§.familiæ vers.idémque euenit* De *verb.signif.* Ita & quod ad ius ciuile pertinet filius esse desinat, & pro extraneo haberi incipiat *dict. §. ceteri De hereditat. qualit. & differ. l.si genero* 26. *C. de iur. dot.* adeò vt neque instituendus sit, aut exheredandus tanquam filius, neque ad intestati patris successionem à lege vocatus, Non magis quàm si filius nec esset, nec vnquam fuisset. Ius enim de liberis instituendis vel exheredandis ad eos duntaxat qui in potestate essent olim pertinuit *l.inter cætera* 30.*De*

§.ceteri de hered. qualit. & differ. l.si genero 26.C.de iur.dot. L.inter cætera 30.De liber & posthum.

Digitized by Google

liber. & posthum. Lex verò duodecim tabularum in confirmandis hereditatibus legitimis per ea verba quæ suprà retulimus *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto* non nisi de suis heredibus vt apparet locuta est, quibus è diametro emancipati opponuntur. Denique vsque adeò voluit ius ciuile romanorum inseparabile esse nomen patris à iure patriæ potestatis, vt quisquis patriam potestatem non haberet, is nec pater esse crederetur, nec vicissim filius qui patriæ potestati subiectus non esset. Siquidem vtrumque hoc vt quis & pater sit, & patriam potestatem habeat, ex eodem medio fit, id est ex iustis nuptiis, sine quibus neque patris nomen, neque ius patriæ potestatis acquiri potest. Vtrumque verò per iustas nuptias simul & semel eodémque momento acquiritur, vt sequenti Princip. dicemus.

ILLATIO VII.

De amittendo iure patriæ potestatis ex amissione ciuitatis.

SEptimò ex eodem Principio fit vt si pater maximã vel mediam capitis diminutionẽ passus sit id est vel libertatẽ & ciuitatẽ simul, vel salua libertate ciuitatem solam amiserit, puta per deportationem, desinat quoque hoc ipso liberos suos habere in potestate *§. cùm autem infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* vbi ratio redditur quod cùm vtroque isto casu tollatur pater ex numero ciuium romanorum, habendus sit pro mortuo, quod attinet ad ius romanæ ciuitatis. Nec enim fieri potest vt qui ciuis esse desiit adhuc retineat ea quæ sunt iuris ciuilis, licèt non eo minùs retineat cætera quæ sunt iuris gentium *l. sunt quidam 17. §. 1. D. de pœn.* Ergo vt patriam potestatem amittat necesse est, tanquam quæ sit merè iuris ciuilis proprii romanorum. Et quemadmodum fieri nequit vt non amittat pater filium quem patria amisit *l. postliminium 19. §. filius quoque De capt. & postlim. reuers.* Ita multò minus vt patriam potestatem non amittat qui patriam ipsam amisit. E contrario relegati non amittunt patriam potestatem, quia retinent ciuitatem *§. relegati quib. mod. ius patr. potest. soluit.*

§. cùm autẽ Quib mod. ius patr. potest. soluit.

L. postliminium 19. §. filiusque D. de capti. & postlim. §. relegati Quib. mod. ius patr. potest. soluit.

ILLATIO VIII.

De libertinis habentibus liberos in potestate.

OCtauò ex eodem Principio fit vt libertini quoque habeant liberos suos in potestate *l. filium 7. C. de suis & legit. l. libertos 8. C. hoc tit.* Scilicet quæ sunt & ipsi ciues romani. De hoc enim solo libertinorum genere hîc loquimur.

PRINCIPIVM II.

De liberis in patrum potestate constitutis.

IN patrum potestate sunt liberi ex iustis & legitimis nuptiis procreati. Sic Iustinianus scribit in Princip. huius tit. post Caium in *l. 3. De his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nam cùm filium eum definiamus qui ex viro & legitima eius vxore nascitur *l. filium 6. eod.* nec alius pater dici possit quàm quẽ nuptiæ demon-

L. 3. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. L. filium 6. eod.

Digitized by Google

demonſtrant *l.quia ſemper* 5.*D.de in ius vocand.* propter eas rationes quas ſuſiùs explicauimus ad Princip.4.*ſup.De iur.perſon.* conſequens eſt vt non alius in poteſtate liberos habere poſſit, quàm qui eos ex iuſtis nuptiis procreauit. Itémque vt quiſquis iuſtus & legitimus pater eſt habeat liberos in poteſtate, ſi verum eſt quod ſuperiore Principio tractauimus, hoc ius patriæ poteſtatis iuſtis nuptijs quaſi præmij cuiuſdam iure datum eſſe, ideóque nec patris nomen à iure patriæ poteſtatis ſeparari vnquam poſſe. Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *l.cum legitimæ* 19.D.*de ſtat homin.* cùm legitimæ nuptiæ præceſſerunt, filium ſequi patris non matris condicionem. Nimirum quia nec aliam ob cauſam inter ciues romanos contrahuntur nuptiæ, quàm vt familiæ conſeruentur & perpetuentur, quod ipſum per fœminas, vt ſæpius iam diximus fieri non poteſt, cùm fœmina ſuæ familiæ & caput ſit & finis *dict.l.pronuncia-tio* 195.*§.vlt.De verb.ſignific.*

L.quia ſemper 5. De in ius vocand.

L.cùm legitimæ 19. D. de ſtat. homin.

L.pronuncia-tio 195. §. vlt. De verb. ſignific.

ILLATIO I.

De liberis extra iuſtas nuptias ſuſceptis.

EX hoc Principio fit, vt quiſquis extra iuſtas nuptias liberos ſuſcepit ſiue quòd nuptias nullas contraxerit, ſiue quòd contra leges aut bonos mores contraxerit, ſicut patris nomen non meretur, ita neque ius patriæ poteſtatis habeat in liberos ex ea coniunctione ſuſceptos. *§.ſi aduerſus infr.* De *nupt.* vbi additur nec virum, nec vxorem, nec matrimonium, nec dotem eo caſu intelligi, & illos qui ex coitu cioſmodi naſcuntur, tales eſſe quantum ad patriam poteſtatem pertinet quales ſunt ij quos mater vulgo concepit. Nam quamuis nec hi nec illi reuera ſint ſine patre, perinde tamen incertus omnium pater eſt, cùm certus per rerum naturam nullus eſſe poſſit niſi quem nuptiæ demonſtrant *d.l.*5.De *in ius vocand. l.Lucius* 83. *D.de condic. & demonſtr.* Paria autem ſunt quid non eſſe, & non apparere *vulg.l.duo ſunt Titij* 30. D. *de teſtam. tutel. eum ſimilib.* Cur verò additum eſt in *d.§.ſi aduerſus, quantum ad patriam poteſtatem.* An quia in cæteris patrem habere intelligantur patriſque condicionem ſequantur iſti ex illegitimis nuptijs ſuſcepti? Minimè ſi rationem inſpicias iuris ciuilis. Sed videtur Iuſtinianus iis verbis reſpexiſſe ad poſteriorum Imperatorum conſtitutiones de quibus in *tit.* C. *de natural. liber.* quibus inductum fuit vt naturales liberi ex illicita minúſve legitima coniunctione ſuſcepti, quorum nomen ante Conſtantini tempora romanis legibus inauditum & incognitum fuiſſe teſtatur Iuſtin. Nouell.89.*quib.mod.natur.effic.legit.* capere poſſint ex patrum naturalium teſtamentis ad vnciam vſque extantibus aliis liberis naturalibus & legitimis *l.2.C.de natur.lib.* ſupra vnciam verò ad certam tamen portionem ex legibus Codicis, adeóque totam patris ſubſtantiam ex *d.* Nouell.89. Si iuſta ſoboles nulla ſupereſſet *Auth. licèt eod.* Cæterùm etiam qui in figura matrimonij ſuſcepti ſunt, ſi tamẽ iuſtum matrimonium non fuit, puta quòd vel pater qui pro libero habebatur, ſeruus poſteà apparuerit, vel mater ancilla æquè ſunt ſpurij & ἀνέτεροι, id eſt ſine patre, atque ſi vulgo quæſiti eſſent *l.ſi ignorans* 3. vbi eſt text. elegans *C.ſolut. matrim.* vbi quod quidam notant in illis verbis *incerto tamen patre* manifeſtam eſſe ἐμφυσιαν quaſi in ea ſpecie non poſſit dici incerto patre natus, quem lex ponit ex Erote qui liber putabatur, & in figura matrimonij natum fuiſſe, ego non probo, quia ſtatim atque deficit ius & nomen matrimonij deficere quoque neceſſe eſt probationẽ

§. ſi aduerſus De nupt.

L.Lucius 83. De condic. & demonſt.

l.2.C.de natur.liber.

Auth.licèt eod.

filiationis vt noſtri loquuntur,quam ſcilicet aliter quàm per nuptias impleri prorſus impoſſibile eſt *d.l Lucius*.Nam nec per nuptias impletur concludenter,ſed ea tantùm præſumptione quæ ſit iuris,& de iure,Ne ſi hæc ſaltem probandæ filiationis ratio nõ ſit, & quidem talis quæ contraria probatione vlla nequeat labefactari,nulla prorſus ſuperſit, atque ita familiarum omnium nomina,iura,omnia denique miſceantur,confundantur,perturbentur.Quis enim conceptionis inſtans ex quo pater eſſe incipit,obſeruare poterit,quod nec patri ipſi notum eſt,nec matri,ſaltem vt certò tutóque poſſit dicere ſe hoc aut illo præciſè inſtanti concepiſſe?Sublata igitur fide probationis quæ tota ex matrimonio pendebat illud neceſſariò relinquitur,vt patrem ſuum demonſtrare non poſſit qui patris nuptias demonſtrare nullas poteſt,tametſi in figura matrimonij ſuſceptus proponatur,& conſequenter vt ſit ſine patre,non tam reipſa quàm probationis defectu,cùm probationes omnes certas eſſe oporteat, ſaltem quantum naturæ iuríve ratio pati poteſt,*l.neque natales* 10.*& alibi paſſ. C.de probat.l.non hoc* 4.*C.vnd.legit*.Indéque eſt quod neque in patris poteſtate conſtitutus dici poteſt neque in eam redigi inuitus *l.vlt.D.de his qui ſui vel alien.iur.ſunt.l. vlt. D. de adopt.*

De liberis adoptiuis & legitimatis.

OBſtare huic Principio videtur quod patria poteſtas nõ tãtũ per iuſtas nuptias acquiritur,ſed etiã per adoptionẽ & per legitimationẽ,vt dicemus ad *tit.de adopt* Sed reſpondendum eſt adoptionem eſſe cõmentum iuris ciuilis per quod acquiruntur liberi non alio colore,quàm quod ex iuſtis nuptiis quæ ſiti fingantur , quod etiam fit per legitimationem. Vnde eſt quod qui iuſtas nuptias contrahere non poſſunt,ij nec adoptare poſſunt, quemadmodum tractabimus ad eum tit.Itaque ſemper verum eſt non alios liberos eſſe in poteſtate quàm qui ex iuſtis nuptijs procreati ſunt vel verè vel iuris fictione. Quibus annumerandi ſunt,qui per oblationem curiæ legitimantur aut per Iuſtiniani Nouell.conſtit.ex dotalium inſtrumentorum confectione. De quibus tractat Iuſtin in *§.aliquando Inſtit.de nupt. qui §. pertinet ad hunc tit.* *De propria poteſt.*potiùs quàm ad illum *De nupt.*

PRINCIPIVM III.

De poteſtatis iure denegato ei qui ipſe in aliena eſt poteſtate.

*l.ſic euenit 21.cum præced.*D.*ad leg.Iul.de adult.*

IN ſua poteſtate nec alium habere,nec aliquid poteſt qui ipſe in aliena eſt *l. ſic euenit* 21.iunct.*l.prætor.D.ad leg.Iul.de adult.* vbi Vlpianus & Papinianus ſcribunt ei demum patri datum eſſe ius occidendi adulterum cum filia, qui filiam habeat in poteſtate.Ideóque ſi is qui pater eſt,idem filiusfamilias ſit, neque patri neque auo id permitti.Non auo,quia pater non eſt,lex autẽ de ſolo, patre locuta fuit.Non patri,quia licèt pater ſit filiam tamen inpoteſtate ſua nõ habet,cùm non ſit ipſe ſuæ poteſtatis , Vt mirer locũ illum à doctiſſimis quibuſdã viris intelligi de nepte ex filio emancipato:quo caſu certè nulla dubitatio eſſet quin patri filiã cũ adultero occidere liceret,quam nimirũ in ſua poteſtate haberet,cõſtitutus ipſe ſui iuris per emancipationem,Auo autem idipſũ non liceret qui neptem ex filio emancipato in ſua poteſtate habere nõpoſſet, niſi

niſi quam antè filij emancipationem conceptam filium poſteà emancipando, nihilominus in ſua poteſtate,quod plerũque fiebat,retinuiſſet.Nec malè Bart. ad eum locum notat,concluditque eadem ratione,Patre monaſterium ingrediente filiũ effici ſui iuris,cùm pater monachus in monaſterij poteſtatẽ redigatur *Auth.ingreſſi C.de ſacroſ.eccleſ.*Ex eo autẽ loco apparet, vt hoc etiam obiter notemus,ius illud quod patria poteſtas primis temporibus habuit vitæ & necis in liberos, fuiſſe tandẽ diminutum penitúſque antiquatũ,ſiquidem legis Iuliæ autoritate opus fuit,vt filiam etiam in adulterio domi ſuæ deprehenſam occidere patri liceret, Imò,quod magis eſt , nec aliter id permittere lex Iulia voluit,quàm ſi cũ filia pater adulterũ quoque occideret,Alioqui legis Corneliæ de ſicariis reus fieret non minùs ſi filiã ſine adultero,quàm ſi adulterũ ſine filia occidiſſet , Sicut & ſi filiã extra ipſam turpitudinẽ, aut alibi quàm in ſua, vel generi ſui domo *l.quod ait lex 23.l.nihil intereſt 32.D.ad leg.Iul.de adult.*An verò poteſtas illa vitæ & necis in liberos lege aliqua ſcripta aut conſtitutione Principis ſublata fuit , quomodo ſuperiore titulo diximus Antonini reſcripto ſublatam dominorũ in ſeruos vitæ neciſque poteſtatem?Minimè verò,quamuis ita Donellus ſentire videatur *lib.2.comment.ca.25.poſt initium.*Nullam certè legem aut conſtitutionem ea de re factàm legimus. Eſt igitur multò credibilius, quemadmodum ius patriæ poteſtatis moribus introductum fuit, ita & nimiam illam poteſtatem moribus quoque , id eſt ſola deſuetudine antiquatam eſſe, Nullo per multa tempora reperto patre tam inhumano, qui ea poteſtate in liberos ſuos ſine cauſa & impiè abuti voluiſſet.Id enim longè difficiliuserat quàm vti ne domini eadẽ illa poteſtate quã in ſeruos ſuos habebãt, abuterentur.Planè iuſta aliqua occidendi cauſa intercedẽte,puta ob nouercã à filio adulteratã vt in *l. Diuus Hadrianus 5.D.de leg.Pom.de parricid.*aut ob filiã in adulterio deprehenſam , remanſit illud ſemper ex antiqui illius iuris reliquiis vt patri filiam occidere concederetur.Etſi namque lex Iulia in eam rem vt diximus ſpecialiter lata fuit ſine qua & ante quam vix eſt , vt patri licere potuerit filiam occidere iure ſuo , Non alia tamen ratione moueri potuit lex Iulia vt id permitteret , quàm quòd ius patriæ poteſtatis idipſum exigere videretur. Nam ſi nihil niſi patris nomen & exiſtimationem ante oculos habuiſſet,quidni patribus omnibus idem permiſiſſet,id eſt etiam ei qui filiam non haberet in poteſtate ? Atqui id Papinianus negat in *d. l. patri 20.ad leg. Iul.de adulter.* E contrario non ſeparatur in ea lege pater naturalis ab adoptiuo *l.nec in ea 22.eod.* nempe quia quod ad ius patriæ poteſtatis attinet, non differt adoptiuus pater à naturali vt dicemus ad *tit.De adopt.* quamuis alioqui pietas illa paterni nominis cuius præcipuam rationem à lege Iulia habitam fuiſſe Papinianait in *d.l.nec in ea* , non poſſit maior non eſſe in patre naturali quàm in adoptiuo. Siquidem in naturali non nudum nomen patris , ſed ipſa etiam natura inducit rationem pietatis. In adoptiuo autem nihil niſi nudum patris nomen.Propter quam cauſam eleganter ſuo more Papin.de vtroque loquens ita ſcribit *pietas paterni nominis*, Vt offendat ſufficere quòd quis quomodolibet pater ſit ad hoc ne tam facilè capiat conſiliũ occidẽdæ filiæ quãuis in adulterio deprehẽſæ.Nec tamen perinde admittit ſufficere quòd quis pater ſit vt ius habeat occidendæ filiæ , niſi concurrat etiã illud vt eã habeat in poteſtate.Sed & quod magis mirari quis poſſit,ad illud idem ius patriæ poteſtatis referendum arbitror,quod patri ſimul cũ filia etiam adulterum

Aut ingreſſi Cod. de ſacroſ.eccleſ.

L. quod ait lex 23. l. nihil intereſt 32. ad leg. Iul.de adul.

L. Diuus 5. ad leg. Pom. de parricid.

L. patri 20. ad leg. Iul. de adul. L. nec in ea 22.eod.

d.l.nihil interest 32.ee.

occidere non solùm permittitur,sed etiam imperatur. *d.l.nihil interest.* Nimirum ne quæstioni locus relinquatur an filiam suo iure, & tamen iusta de causa occiderit pater, qui adulterum quoque cum ipsa occiderit. Vix enim est vt non credi debeat patri dicenti filiam à se in adulterio deprehensam fuisse, si adulter simul cum filia occisus proponatur. Alioqui quo iure posset pater occidere adulterum quem in potestate sua non haberet, si non id ei permitteretur in consequentiam eius patriæ potestatis quam patri in filiam exercere tam iusta ex causa permittitur? Illud verò etiam mirum est, quòd cum hac in re lex Iulia nihil nisi ius patriæ potestatis spectauerit,auo tamen,qui neptem ex filio suo in potestate perinde habet acsi pater ipsius esset,non dedit ius neptis occidendæ licèt in adulterio deprehensæ *d.l.sic eueniet.* An quòd patris appellatione auus non contineatur in odiosis,vt vulgo creditur ex *l.lege Iulia* 44.§.1. *De rit.nupt.* Ratio certè bona esset si de illo tantùm quæreremus,Cur neptem occidere non liceat auo.Lex enim de solo patre locuta est vt iam diximus.Sed cùm nos de illo quæramus,Cur lex Iulia idem ius quod patri dedit non etiam dederit auo,qui perinde neptem habeat in potestate, ratio alia quærenda est. Nec enim sine ratione ac temerè ita iactam conceptámque legem fuisse existimandum est.Illa verò videtur afferri posse, quòd verendum lex putauit ne in re tanti momenti & ad quam iustæ vindictæ stimulo & impetu natura feratur,nõ tã citò auus bonũ cõsiliũ caperet pro nepte vt ei parceret quã citò capere pater pro filia potest,siue quod lõgiùs vno gradu distet neptis ab auo quã à patre, ideóq; minus ab auo quã à patre diligi intelligatur(vt enim proximior quisque est ita & dilectior esse præsumitur *l.omnia* 32.*aliàs l.cùm ita §.in fid.de leg.*2.*l.heredes mei* 57.§.*vlt.De leg.*1.) siue quòd cũ neptis non nisi per mediã patris personam auo coniungatur,fieri facilè posset, vt in odium patris quem fortasse pater exosum haberet auus tanto inhumaniùs ferretur ad occidendam neptem, cui alioquin forsitan pepercisset: Vt & aliàs euenit plerumque in odium filij male meriti nepotem etiam innocentem exheredari *l.3.§.si emancipatus* 5.*D.de bonor.poss.contr.tabul.* Ex eiusdem iuris antiqui reliquiis illud etiam est quod si filium accuset pater apud magistratum cogitur magistratus eam dicere sententiam quam pater ipse dici voluerit *l.* 3. *C. hoc tit.* Non idem ius habent matres *l.*4.*eod.*

d. l. sic eueniet.

L.lege Iulia 44.§.1.De rit.nupt.

L.3.§.siemã cipatus 5.de bon.pos.cõt. tab.l.3.& 4. C.hoc tit.

ILLATIO I.

De *potestate aui paterni in nepotes ex iustis filij nuptijs susceptos.*

EX hoc Principio illud fit,vt quamuis verum sit quod superiore Principio diximus,In patris potestate esse liberos omnes ex iustis nuptiis procreatos,si tamen idem sit & filiusfamilias & pater, non possit ille quandiu in patris sui potestate est habere liberos in sua potestate,nec similes sit *l. si maritus* 7.*C.eod.* An ergo in nullius erunt potestate? Immo verò in potestate aui vt iam diximus,quia cùm sequantur condicionem patris *l. cum legitime* 19. *De stat.homin.* fieri non potest vt non sint in eiusdem patrisfamilias potestate, in cuius etiam ipse pater est.Id enim est quod Iustin.*in hoc tit.* scribit.Non solùm eum qui ex te & vxore tua nascitur in potestate tua esse, sed etiam eum qui ex filio tuo eiúsque vxore nascitur,id est nepotem tuum & neptem, itémque pronepotem & proneptẽ ac cæteros deinceps. Cùm enim non eo minùs paterfa-

§.qui igitur hoc tit.

paterfamilias sis & maneas quòd filius tuus susceptis ex se liberis pater factus sit, imo tantò magis quantò ex ea causa maior & amplior familia tua est, Paterfamilias autem ille sit qui omnia quotquot in familia sua sunt capita in potestate habet *l. pronunciatio* 195. *§. familiæ De verb signific.* omnino consentaneū est vt qui ex filio tuo nascuntur sint in tua potestate, cùm in eadem tua sint familia. Dices, Quomodo patriam potestatem in nepotes habere potest auus qui quod ad nepotes attinet, non pater, sed auus est? Aut cur nō auitam potiùs hāc potestatē appellamus? Respōdeo, patriā dici quia nō cōpetit auo tāquā auo, sed tanquam patri eius quem ex iustis nuptiis suscepit, licèt per consequentiam necessariam extendatur etiam ad nepotes in eiusdem familia, quamuis non ex ipso, sed ex ipsius filio susceptos, quòd illi vt diximus paternam familiā sequantur *d. §. familiæ* iunct. *l. pen. De agnos. & alend. liber.* nec possint esse in potestate aut nullius qui & patrem & auum habent, aut patris qui ipse non sit suæ potestatis. Vnde est quod in contrahendis nuptiis inter nepotē ex filio vno & neptem ex alio solius aui autoritas requiritur *l. 3. D. de rit. nupt.* Nisi demens, aut furiosus sit auus: quo casu patris autoritas necessaria est *l. si nepos 9. eod.* Etsi non desunt qui putent id intelligendum de illo casu quo nepotis pater sit præmortuus ne obliter *l. orationes 16. §. 1. eod.* De quo dicemus ad *tit. seq.*

Aui potestas in nepotes ex filio susceptos cur patria dicatur non amitta.

l. 3. l. si nepos 9. D. de rit. nupt.

ILLATIO II.

Patriam potestatem cùm finitur in persona aui paterni incipere in persona filij.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias quandiu in patris sui potestate est liberos suos in sua potestate habere non possit, quemadmodum proximè diximus: ex quo tamen die incipit ille sui iuris esse, siue propter mortem patris, siue quòd alia causa interuenerit ex iis propter quas ius patriæ potestatis solui placuit, hoc ipso nāciscatur patriam in liberos suos potestatem *l. nepotes 5. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. & infr. Tit. quib. mod. ius patr. potest. solvit, in princip.* Quod enim hic pater viuo auo nō habuit filios suos in potestate non ob aliud factum est quàm quòd ille ipse quandiu filiusfamilias fuit in aui fuerit potestate. Concurrentibus alioqui cæteris omnibus necessariis ad acquirendum in proprios liberos ius patriæ potestatis iusto scilicet matrimonio, & iure ciuitatis romanæ sine quo nec iustum matrimonium esse posset. Itaque sublato impedimento illo, id est finita patria potestate quæ auo in hunc patrem eundémque filium suum competebat reliquum est vt recidant nepotes in potestatem patris, quæ viuo auo non tam nulla quàm sopita videbatur.

L. nepotes 5. De his qui sui vel alie. iur. sunt.

ILLATIO III.

De amissione patriæ potestatis ex causa cuiuslibet seruitutis.

TErtiò ex eodem Principio fit vt qui seruus factus est siue pœnæ, siue hominis desinat habere liberos in potestate, quia suæ potestatis esse non potest quisquis seruus est *§. pœna seruus infr. quib. mod. ius patr. potest. solvit.* Etsi alia quoque huius iuris ratio adferri potest, Nēpe quòd quisquis seruus fit, hoc ipso ciuis romanus esse desinat, vt diximus ad Princip. *Inst. 7. sup. eod.* Inde

§. pœna seruus Quib. mod. ius patr. potest. solvit.

Digitized by Google

namque fit vt illa etiam amittat omnia quæ propria sunt ciuium romanorũ, in quorũ numero est patria potestas. Eáque ratio est quam Iustinianus red-

§. cùm autẽ eod. tit.

dit in *§. cùm autem ill. tit. quib. mod. ius patr. potest. solui.* Alia ratio est patris capti ab hostibus. Etsi enim reuera interim seruus ille est hostium, liberorum tamen quos in ciuitate reliquit status pendet, propter duplicem fictionem legis Cornelię & postliminij, quarum illa facit, vt si pater hic captiuus apud hostes moriatur ex ipso instanti captiuitatis in ciuitate deuenisse intelligatur, atque exinde ipsius liberi sui iuris facti fuisse: Hæc verò vt si in ciuitatem quandoque reuersus sit, nunquam captus fuisse semperque in potestate sua & liberos & cætera omnia iura retinuisse retrofingatur *§. si ab hostibus infr. eo. ti. quib. mod. ius patr. potest. solui.* vbi de vtraque illa fictione latiùs dicemus.

De patre capto ab hostibus.

§. si ab hostibus eod.

ILLATIO IV.

Filiumfamilias nihil proprium habere posse.

QVartò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias nihil proprium habere possit. Nam qui suus non est id est sui iuris, aut quod idem est suæ potestatis, suum ille nihil habere potest, vt de seruis dicebamus ad Princip. 3. *illat. 2. sup. tit. præced. ex §. item vobis 3. infr. per quas person. nob. acquir.* Est tamen hac in re differentia, nec parua, nec inelegans, quanquam à paucis obseruata inter filiosfamilias & seruos. Serui enim acquirunt dominis non solùm ignorantibus, sed etiam inuitis ex quacumque causa præterquam adeundæ hereditatis *l. etiam inuitis* 32. *De acquir. rer. dom. l. seruus vexante* 62. D. *de verb. obligat.* Filij verò familias licèt acquirant patribus etiam ignorantibus, ita vt ne vno quidem temporis momento consistat acquisitio in persona filij magis quàm in persona serui *l. placet* 79. *D. de acquir. hered. l. 1. in princip.* D. *si à parent. quis manum.* non tamen acquirunt inuitis, sed nolente patre sibi per filiumfamilias acquiri, stat & remanet acquisitio in filij persona quia filiusfamilias est acquisitionis capax non etiam seruus. Et ratio differentiæ est, quia filiifamilias persona est integra cùm habeat caput in ciuitate nec minùs ciuis romanus sit, quàm si paterfamilias esset. Constat enim ciuitas romana ex patribusfam. matribusfam. filiisfam. & filiabusfam. *l. nam ciuium* 4. *De his qui sui vel alien. iur. sunt.* Serui verò persona non est integra, quippe qui caput nullum habeat in ciuitate, & consequenter nullum statum, Vnde est quod filij cùm emancipantur capite minui & statum mutare dicuntur, non etiam serui cùm manumittuntur *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de capit. minut.* Inde etiam quod patrem rogatum de restituenda filio hereditate si eam suspectam dicat, potest cogere filius per prætorem vt adeat & restituat *l. cogi* 16. *§. si pater filio* 11. *ad SC. Trebell.* Non etiam seruus dominum nisi seruo cùm hereditate data sit libertas, siue directa, siue fideicommissaria *l. si res aliena* 52. *§. 1. cum l. seq. eod.* Inde denique quod hereditatem in qua seruus institutus fuit, si dominus eam sibi per seruum acquiri nolit, solus ille, id est etiam sine consensu factóve vllo serui repudiare & potest & debet: tanquam sibi soli delatam non etiam seruo qui incognitus est legibus ex quibus fit delatio hereditatis, At pater heredis instituti filij, si repudiet sine filio, non magis nocet filio, quàm filius noceret patri si solus & sine patre repudiaret *l. is qui heres* 13. *§. vlt. D. de acquir. hered.* Scilicet quoniã in filij persona nihil est quod impediat, ne per legẽ hereditas ei deferatur, licet delationis effectus qui in hereditatis acquisitione consistit *l. delata* 151. *De verb. signific.* per filium

§. item vobis Per quas person. nob. acquir.

L. etiam inuitis 32. De acquir. rer. domin. l. seruus vexante 62. De verb. obligat.

L. placet 79. de acq. hered. l. si à parent. quis manum. sit.

Differentia filiifamilias & serui.

L. nã ciuiũ 4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

L. 3. §. vl. & l. 4. De cap. minut.

L. cogi 16. §. si pater filio 11. ad SC. Trebell.

L. si res alia 52. §. 1. cũ seq. eod.

L. is qui heres 13. §. vlt. De acquir. hered.

Digitized by Google

lium patri acquiratur. Porrò vnuſquiſque eam demum hereditatem, aut bonorum poſſeſſionem repudiare poteſt quæ ſibi delata eſt non eam quæ alteri. Qui ſenſus eſt quamuis aliis verbis expreſſus §. 1. *l. 1. D. de ſucceſſ. edict.* iunct. *l. 1. C. qui admitt. ad bon poſſ. l. 2. D. de repud. bonor. poſſ.* Quòd ſi quis harum omnium differentiarum rationem non ad diuerſam ſeruorum & filiorumfamilias condicionem referre velit, ſed ad differentiam dominicæ patriæ que poteſtatis. Poſſit is non malè, vt puto, dicere, ius dominicæ poteſtatis in ſeruos iure gentium inductum fuiſſe non tam fauore dominorum quàm odio & in pœnam ſeruorum, quippe qui & hoſtes fuerint, priuſquàm in bello victi, & manu capti eſſent, vnde & ſerui & mancipia dici cœperunt, & poſt captiuitatem quoque parum ab hoſtibus diſtent. Odium igitur & pœna ſeruorũ facere debet, vt nulla prorſus ipſorũ ratio habeatur, ne tũ quidem cũ domini per eos ſibi acquiri nolunt. At ius patriæ poteſtatis ſolo fauore patrũ cõparatum fuit, vt tanto facilius ciues ad iuſtas nuptias cõtrahendas inuitarentur, nõ etiam odio filiorum. Quid enim peccauit filius qui ex iuſto patris matrimonio, & ex eiuſdẽ patris voto ſic volente Deo Opt. Max. ſic faciente natura, ſic deniq; imperãte quodãmodo republica bene natus eſt in ciuitate? Æquiſſimũ ergo fuit, ita ius conſtitui, vt patris in filium poteſtas in iis demũ nocere filio deberet, in quibus patri prodeſſe poſſet, nõ etiã in cęteris quorum ratione nihil penitus patris intereſſet. Hinc eleganter Marcianus in *l. Diuus* 5. *D. de leg. Pomp. de parricid.* patriã poteſtatem ait debere in pietate nõ etiã in atrocitate conſiſtere, & Conſtantin. in *l. vlt. C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* nõ eſſe permittendum patri, vt ad corrumpendi atque effundendi patrimonij licentiã patria poteſtate abutatur. Hinc etiam Imp. Hadriani decretum à Papiniano relatum laudatúmq; in *l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* contra patrem qui filio ſuo cùm ſui iuris factus eſſet hereditatem reſtituere rogatus multa in fraudem fideicommiſſi feciſſe probabatur. Nam, quia cautiones interponi non poterant inter patrem & filiumfamilias conſeruata patria poteſtate, inquit Pap. damnum condicionis propter fraudem infligendum eſſe Imp. putauit, atque ita hereditatem filio reſtitui iuſſit, vt ne quid in ea quandiu filius eius viueret, iuris haberet pater. Ex quibus verbis obſeruandũ eſt ſecundũ Papiniani ſententiam nõ violari patriam poteſtatẽ ſi filius etiã inuito patre ipſóque adhuc viuente propriũ quidpiam habeat, violari tamen ſi agatur de contrahenda inter patrem & filium ex contractu obligatione. Non alia ratione quàm quia nihil vetat filiumfamilias ſaluo quoque iure patrię poteſtatis capacẽ eſſe acquiſitionis. Et ad hoc nimirũ reſpiciens Paulus in *§. fi. l. Æmilius* 38. *De minor.* monet id quod dicitur nõ ſolere filiisfa. ſuccurri in his quę omiſiſſent manẽtes in poteſtate tunc rectè dici cùm patri acquirere poſſunt. Vt intelligamus ſi patri acquirere nõ poſſint, puta quod ſit ille incapax, ex aliqua cauſa, vel quòd nolit ſibi per filiũ acquiri aliud eſſe dicẽdũ. Quod vtique ridiculè diceretur ſi nec ſibi acquirere filius poſſet. Quid enim referret ad cõcedẽdã filio reſtitutionẽ quod patri acquirere nõ poſſet ſi nec ſibi poſſet? Etſi ñãq; Paulus eo loco loquitur de filio emãcipato, cõſtat tamẽ verba illa *cùm patri acquirere poſſunt* referẽda eſſe ad tẽpus patriæ poteſtatis. Nihil enim acquiri patri per filium poteſt poſt emancipationem. Dices, Cur ergo non reſtituitur eo caſu filius etiam ante emancipationem? Reſpondeo iuris propoſitionẽ quæ de emancipatione loquitur eam eſſe quæ negatiuè cõcepta eſt, id eſt quę denegat filio reſtitutionem etiam poſt emancipationẽ, Et ideo cùm procedat ea propoſitio in his demũ quę patri per filiũ

L. 1. De ſucceſſ. edict. l. 1. C. qui admit. ad bon. poſſ. l. 2 C. de repud. bon. poſſeſſ.

De differentia patria & dominicæ poteſtatis.

L. Diuus 5. ad leg. Pomp. de parricid. L. vlt. C. de ſenten. paſſ. L. imperator 50. ad SC. Trebell.

L. Æmilius 38. in fin. De minor.

acquiri posſũt,apparet nõ potuisse tractari an filio dãda esset eo casu restitutio nisi præsupposita emancipatione.Cæterũ in contrario sensu affirmatiuo id est cùm dicimus restitui posse filiũ si quid omiserit in his quæ patri acquiri nõ potuerint,nil necesse est vt ponamus filium esse emancipatum , cùm etiam quãdiu est in potestate sit capax acquisitionis & consequenter restitutionis obtinendæ ad acquirendum.Adde *l.cùm heres* 52. *D.de acquir.hered.* vbi filiusfam. acquirit sibi nõ patri furioso hereditatem sibi delatam. Dices id fieri ex benevolentia Imperatoris.Fateor, sed dico benevolentiam non in eo esse quod filiusfamilias factus sit capax acquisitionis,sed quod ei licet adire sine iussu patris hereditatem quæ patri ipsi acquiri posset & deberet si posset ille iubere adiri. Itaque fauetur filio in eo vt sit capax acquisitionis etiam priusquàm pater declarauerit an velit sibi per filium acquiri. Vnde illud etiam fit vt possit adire citra iussum patris,quia suo nõ patris & periculo & commodo adit,cùm pater ob furorem non possit iubere filio vt adeat.Rescripti autem æquitas illa fuit,quòd si pater furiosus non esset,nec tamen vellet eam hereditatem sibi per filiũ acquiri,posset filius eo quoque inuito sibi illam acquirere. Cur ergo patris furor impediet ne possit acquirere sibi,etiam ignorante patre quod ipsi patri acquirere nullomodo potest? Adde *l.4.§.1.de edend.* & quæ ibi scripsi in Ration.Sed de tota hac re videnda sunt quę pluribus scripsimus *lib.7.Coniect. cap.7.& iungenda quæ dicemus infr.ad Princip.6.illat.9.*

l.cùm heres 52.de acquir. hered.

l.4.§.1. D. de edend.

De testamenti factione filiofamilias denegata.

SVnt qui putent ex eodem Principio fieri,vt filiusfamilias testamentum facere no possit,neque heredem aliquem habere , aut ex testamento , aut ab intestato,præterquàm in peculio castrensi , vel quasi castrensi,si de eo testatus sit ex cõstitutionibus,quia non possit habere heredem qui bona nulla habeat *l.lex Cornelia* 28.*vers nec efficitur D.de vulg.& pupill.substit.* Sed errant , quia ne tum quidem cum bona aliqua filiusfamilias habet in quibus nullum omnino sit ius patris vt in specie *d.l.Imperator* 50.*ad SC.Trebell.* testamenti tamẽ faciendi ius vllum habet.Ob idque Papin.in *d.l.imperator* , refert constitutum ab Hadriano vt pater qui fraudem fideicommisso fecerat nihil iuris haberet in ea pecunia,quandiu filius viueret,ne diuinaretur quin filio moriente saluũ esset ius patris,quod neque testamento filij,neque alia vlla ratione interuerti posset.Quod igitur is qui in patris potestate est testamentum facere non potest,ex eo solo proficiscitur quod testamenti faciendi ius& facultatẽ nemo habet,nisi à lege, lex autẽ de solo patrefamilias locuta est ad filiifamilias exclusionẽ,iis verbis *Paterfa. vti super suare legassit ita ius esto l.verbis legis* 120.*De verb. sign.* De quo scripsimus latissimè ad Prin.§.*sup.De iur.natur gent.& ciuil.* Itaq; quãuis hodie filiusfamilias sit capax etiã inuito patre adquirendorum bonorũ omnium aduentitiorum,siue simpliciter ei delata sint & acquisita , siue quod magis est hac lege,vt ne quidem vsusfructus ad patrem pertineat,idque ex Iustiniani constitutionibus in *l.cùm oportet* 6.*& l.vlt.*C.*de bon. quæ liber.* Illud tamen ex iure vetere semper supereſt,vt non magis de his bonis quàm de cæteris testari possit,licet ex eiusdem Iustiniani *nouell.constit.*117. *Vt lic.matr. & auia cap.*1,inductum sit,vt de huiusmodi bonis aduentitiis,in quibus pater nõ habeat vsumfructum,possit disponere quomodo velit.Est enim id quantumlibet generale coarctandum ad eas dispositiones quæ fiant inter viuos de quibus solis tractari poterat,& dubitari,non etiam ad testamentarias , de quibus sem-

Digitized by Google

per ius certum fuit,testari scilicet filiosamilias non licere vt constat ex *l. pen. C.qui test.facer.poss.* ne quidem patre consentiente *l.tam is* 25.§.1. *D. de mort. caus.donat.* vbi Marcianus scribit filiũfamilias non posse facere testamentum ne voluntate quidem patris,sed mortis causa donare posse patre permittente, Testamentum enim ne valere possit obstat autoritas legis quæ in confirmandis testamentariis hereditatibus de solo patrefamilias vt dixi locuta est.Donationẽ verò,siue inter viuos,siue mortis causa factam(nihil enim refert, quamuis locus ille tractet duntaxat de donatione causa mortis, quòd maiorẽ ea dubitationẽ habere videretur, tanquam quæ ad vltimæ voluntatis testamentique causam propiùs accederet)impedire duntaxat potest ius patris,cui sanè fiat iniuria si filio permittatur vt inscio patre donet.Quæ tamen ratio cessat,siue donanti filio pater consentiat,siue id quod à filio donatur tale sit in quo nihil iuris patrẽ habere voluerit is qui filio reliquit, qui casus est Iustinianeæ constitutionis,Postquam eadem cõstitutione inductũ fuit,quod toti antiquę iurisprudẽtiæ fuerat inauditum,vt filiosamilias ea lege relinqui possit. Sed & in peculio castrensi cuius neque proprietatem neque vsumfructũ ad patrẽ pertinuisse certum est,id tamen iuris semper fuisse cõstat,vt non satis fuerit imperatoribus constituere ne quid in eo iuris pater haberet,sed illud prętereà indulgeri specialiter oportuerit,vt de eo testari filiusfamilias liceret,& quidem eo colore quasi in eo peculij genere patrũfamilias iure censerẽtur.*l.2.de SC. Maced.* Ne scilicet tanta vis fieret legi quæ non nisi patribusfamilias dederat eam facultatem.Qua de causa illud etiam placuit vt filiosamilias milite mortuo intestato peculium eius castrense ad patrem superstitem non hereditatis legitimę sed peculij iure pertinere *l.2.D.de cast.pecul.* quia nimirũ de filiifamilias militis legitima hereditate , nihil principalibus cõstitutionibus fuerat cautũ , ob idq; manebat res in dispositione iuris communis,quod tale erat,vt filiusfamilias, quãtũlibet miles legitimum heredem habere nullum posset.Obstãte videlicet iure patrię potestatis.Illd enim vtique fatendum est,solum ius patriæ potestatis facere ne filiusfamilias heredem aliquem habere possit,siue testamentariũ siue legitimum.*l.1.C.qui test.fac.post.l.qui in potestate* 6. *D.eo.* At non ex ea parte qua impedit regulariter ne possit ille proprium quiquam habere (ne quis fortè hîc nos contraria scribere arbitretur) sed ex illa qua efficit ne filiusfamilias qui in patris aut aui potestate est dici paterfamilias possit. Lex enim 12.ta. non modò in confirmandis testamentis de patrefamilias tantùm locuta fuit, sed etiam in legitimis hereditatibus constituendis iis verbis *si suus heres non erit agnatus proximus familiam habeto,* cùm familiã habeant soli patresfamilias, non etiam filiifamilias.qui & paternam sequuntur & in paterna computãtur *d.l.pronunciatio* 195.§.*familiæ De ver.sign.* Nisi quòd ex voto & destinatione parentũ ad paternam familiam sic vocantur, vt etiã viuo patre quodãmodo rerũ paternarum domini esse existimentur,Vnde & suorũ heredum nomen acceperunt,quemadmodum eleganter Paulus tractat in *l.in suis* 11.*De liber.*& *posthum.*

L. pen. C. qui test. facer. poss.

L tam is 25. §. 1. D. de mort. caus. donat.

Novell. 117. Vt lic matr. & auia §.1.

L.2. de SC. Maced.

L.2.D. de castrens.pecul.

l. pronunciatio §. familiæ de verb. significa.
l. in suis 11. De liber. & post.

ILLATIO V.

De peculio profectitio,& de actione de peculio.

QVintò ex eodem supradicto Principio fit,vt peculiem quod à patre filius habet licet etiam filij proprium quodammodo patrimonium dicatur,

L.3.§.sed vtrum D. de minor. sicut & peculium quod seruo concessum est, magis tamen filij quàm patris esse intelligatur *l.3.§.sed vtrum D.de minor.* Vnde fit vt ex contractibus filij de peculio initis, non solùm filius ipse obligetur in solidum, sed etiam pater de peculio teneatur *l.1.l.si quis* 44.*D.de pecul.* itémque vt inuito etiam filiofamilias minore, qui læsus fuerit in integrum possit pater pro filio restitutionem in integrum omnimodo postulare *l.patri* 27.D.*de minor.* Denique vt possit pater peculium pro arbitrio & ad nutum adimere, dum ne id faciat in fraudem peculiarium creditorum *l.peculium* 40.*in fin.De pecul.l.1.quand.de pecul. act.est annal.*

l.1.l. si quis 44.D.de pecul.

l. patri 27. D.de minor.

l. peculium 40.in fin.D. de pecul. l. 1. quand.de pecul. act. est annal.

PRINCIPIVM IV.

De *duorum simul in vnam eandémque personam potestate.*

NEmo potest in duorum simul esse potestate, non magis quàm in dominio duorum, Etsi enim potestatis nomen cùm de filiisfamilias agitur, nõ dominium significat, vt cùm de seruis, sed ius patrium à dominij iure prorsus distinctum *l.potestatis* 215. *De verb.significe.* quæ tamen ratio facit ne eiusdem serui aut alterius rei cuiuslibet duo in solidum domini esse possint *l.si vt certo* 5.*§.si duobus vehiculum D.commod.l.quod contra* 141.*§.vni duo De reg.iur.* eadẽ inducit ne possit idem homo aliáve vlla res in duorum simul esse potestate. Non solùm si ex duobus illis alius alium in sua potestate habeat, quo casu referenda res est ad Princip. præcedens in quo diximus fieri non posse, vt qui in aliena est potestate aliũ habeat in sua, Sed etiam si ratio illa cesset, vtroque sui iuris existente. Ius enim potestatis cùm personę sit in personam, non potest non esse individuum, sicut & persona ipsa est, & à qua, & in quam exercetur.

L. potestatis 215. D.verb. signific.

L si vt certo 5.§.si duobus vehiculum D. commod.l. quod contra 141. §. vni duo de reg.iur.

ILLATIO I.

De filiofamilias qui factus sit seruus.

EX hoc Principio illud primùm fit vt si filiusfamilias seruus effectus sit, siue pœnæ, siue hominis, desinat esse in patris sui potestate *§. cùm autem verf. pari ratione infr.quib.mod.ius patr.pot.soluit.* Alioquin esset simul & eodẽ tempore in duorum potestate. Quanquam potest eius iuris alia quoque ratio adferri cáque accommodatior, quam & Iustin. exprimit in *d.§.cùm autem*, quòd quisquis seruus sit desinat esse ciuis romanus. Ius autem patriæ potestatis proprium ius est romanorum, non ob id duntaxat quòd iis solis patribus cõuenit qui sint ciues romani, sed ob id quoque quòd non nisi in ciues romanos exercetur, cùm ciuium romanorum diuisio partim ex filiisfamilias constituatur *l. nam ciuium* 4.D.*de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Vnde est quod si filiusfamilias deportetur, quamuis non idcirco seruus fiat, aut pœnæ, aut hominis, perinde tamen ius patriæ potestatis intercidat, quia non minùs amittit ciuitatẽ quàm si seruus factus esset, *d.verf. pari ratione.* Aliud est si filiusfamilias ab hostibus captus sit. Etsi namque interim verè seruus est hostium, ideóque cùm in eorũ potestate sit, non potest patriæ potestati subiectus esse, quia tamẽ reuerti quãdoque potest, & quandocunque in ciuitatem reuersus postliminij ius habere cuius fictione assequatur vt semper in ciuitate fuisse intelligatur, necesse est medio

§.cùm autẽ Quib. mod. ius patr. potest. soluit.

L namciuiũ 4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

Digitized by

medio tempore ſicut pendet eorum ſtatus,ita & in ſuſpenſo manere ius patrię poteſtatis : Haud aliter quàm ſi pater ipſe ab hoſtibus captus proponeretur *§.ſi ab hoſtibus infr.quib.mod.ius patr. poteſt.ſoluit.* De quo ſcripſimus Princip. *ſuper.illat.3.*

§. ſi ab hoſtibus Quib. mo.ius patr. poteſt.ſoluit.

ILLATIO II.

De liberis adrogati transferendis in familiam adrogatoris.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt adrogato patrefamilias liberi qui in eius erant poteſtate nepotes apud adrogatorem efficiantur, ſimúlque cum ſuo patre in eius recidant poteſtatem:Quod etſi nõ ſimiliter in adoptione cõtingit,quia nepotes ex eo in aui naturalis retinentur poteſtate *l. adrogato* 40. D*e adopt.* Vtrumque tamen fit eadem ratione, vt priore caſu non remaneant nepotes in patris ſui,aut aui naturalis poteſtate cùm efficiuntur nepotes adrogatoris. Poſteriore verò non in adrogatoris poteſtatem recidant,cùm remanent in aui naturalis poteſtate,ſcilicet ne alioquin eueniat quod euenire neceſſe eſſet,vt in duorum ſimul poteſtate eſſent, Quamquam & ad Principium ſuperius referri vtrumque commodiſſimè poteſt,quòd alium in poteſtate ſua habere non poſſit is qui ipſe non eſt ſuæ poteſtatis.

L. adrogato 40 D. de adopt.

ILLATIO III.

De teſtamentis aui & patris nunquam ſimul per eundem poſthumum rumpendis.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt ſi filiusfamilias miles teſtamentum fecerit,& præterierit, poſthumũ per errorem,nõ quòd vellet eum exheredatum,idémque poſthumus etiam ab auo militis patre præteritus ſit,fieri tamẽ nequeat vt poſthumus hic ab vtroque præteritus rumpat amborum ſimul teſtamenta , & aui & patris , ſed alterutrius tantùm , Aui nimirum ſi naſcatur poſt mortem aui qui ſuperuixerit patri,Patris ſi naſcatur poſt mortem patris qui ſuperuixerit auo. *l.ſi filiusfamilias 33. verſ.ſecundumque & verſ. vlt.* D.*de teſtam.milit.* Nam cùm filius aut nepos præteritus non alia ratione nullum faciat,aut rumpat,ſiue patris , ſiue aui teſtamentũ quàm iure ſui heredis, ſuus autẽ heres nemo eſſe poſſit niſi qui ſit in poteſtate *d.l.ſi filiusfamilias §.1.l. ſi filius 7.l penult.& antep.De lib.& poſt.* Apparetheri non poſſe vt quis adnaſcatur duobus ſuus heres , non magis quàm vt in duorum ſimul ſit poteſtate: quod & Baldus non inſubtiliter notat ad *d. l. filiusfamilias in fin.* Aliud eſt ſi quæratur quamobrem nõ poſſit auus & filium & nepotem ex eodem filio habere ſimul ſuos heredes. Non enim erit bona ratio ſi petatur ex iure patrię poteſtatis,cùm auus hic & filium & ſimul cum filio nepotẽ æquè habeat in poteſtate , vt diximus Princip *ſuper. illat.1.* Petenda igitur eſt ex eo quod ſuum heredem illum dicimus, qui non tantùm in poteſtate eſt,ſed etiam in cauſa ſuccedẽdi primũ gradũ locúmque obtinet *d.l.ſi filiusfamilias,l.ſcripto 7* D.*vnd. liber.l.ſi quis filio 6.*D.*de iniuſt.rupt.* Atqui fieri non poteſt,vt filius & nepos cùm ſint diuerſi gradus , parem in ſuccedendi iure gradum obtineant, ſi quidem lex cuius poteſtas ſola ea eſt quæ facit ſuum heredem , nunquam defert hereditatẽ diuerſis gradibus ſimul, adeóque nec ſequẽti gradui poſſi præcedentem,ſed eĩ duntaxat gradui qui primus & proximus ſit. Illa nam que

L.ſi filiusfamilias 33.D. de teſtam. milit.

L. ſcripto 7. vnd. libe.l. ſi quis filio 6.de iniuſt. rupt.

De verbis illis legis 12. tab. si suus heres nō erit.

verba legis duodecim tabularum *si suus heres nō erit* in singulari numero prolata non singularem sui heredis personam demonstrant(cùm nihil prohibeat plures eiusdem gradus suos heredes esse,quod euenit quoties moritur quis pluribus relictis liberis ex legitimo matrimonio susceptis,nec emancipatis) sed singularem vnicúmque gradum suorum heredum, Vt intelligamus nunquam legem pati vt suorum heredum plures sint gradus:Sicut & quod eadē lex ait *agnatus proximus familiam habeto*,non eum sensum habet, vt nullo suo herede existente legitima hereditas vni tantùm agnato deferatur,sed vtvni tātùm eiq; primo & proximo gradui agnationis, personis verò omnibus quotquot eodē gradu continētur,tanquam quæ hac parte vnius tantùm personæ vice fungantur §.*Si plures* §.*infr.De legit.agn.succeſſ.l.1.§.pen.D.vnd.cognat.l.2.§.hac hereditas* D.*de suis & legit.* Indeque est,quod vt sæpius iā monuimus,neque in suis, neque in agnatis fuit olim successio *l.1.§.sciendum eod.§.placebat Instit.de legit. agnat.succeſſ.* id est herediras quæ primo gradui siue suorum heredum, siue agnatorum delata semel fuerat, eo gradu postea deficiente, nunquam ad sequentem gradum deuoluebatur,quasi consumpta per primam hereditatis delationem tota legis potestate. Quamquam inter suos & agnatos & semper fuit differentia,quod agnatorum plures gradus esse potuerunt, suorum verò non nisi vnus. Inde etiam quod nepos ab auo praeteritus eo tempore quo filius viuebat, filio postea præmortuo dicitur testamentum rumpere succedendo scilicet in gradum locúmque sui heredis qui in primo gradu erat *d.l.si quis filio,l.Gallus* 29.§.*videndum & seq.De liber.& post.* quia prædefuncto eo qui primum tenebat gradū nepos in secūdo gradu cōstitutus subintrat locum patris non quod ad ius patriæ potestatis,nam viuo etiam patre iam in aui erat potestate,sed quod ad ius succedēdi,quoniam quisquis in primo gradu reperitur,siue iure naturæ,siue repræsentationis, ei demum tanquam suo hereditas per legem defertur.§.*cùm filius infr.de heredit.quæ ab intest.defer.*

De aliis verbis eiusdem legis agnatus proximus familiam habeto. §. *si plures de legit. agnat. succeſſ. l. 1. §. pen. vnd. cogn l. 2 §. hac hereditas De suis & legit. L 1.§. sciendum eod. §. placebat Inst.de legit agnat. succeſſ. l.Gallus 29. §. videndum & seq.De liber.& post.*

§ cùm filius. De heredit. quæ ab intest.defer.

ILLATIO IV.

De filio adoptiuo.

QVarìò ex eodem Principio fit,vt quamuis per adoptionē redigatur quis in adoptiui patris potestatem perinde acsi ex iustis eius nuptiis natus esset,Iustinianus tamen cùm voluit constituere in *l.penult.C.de adop.* vt filiusfamilias à patre in adoptionem alteri datus non desinat esse in patris naturalis potestate,coactus fuerit eadem lege constituere,vt in patris adoptiui familiā & potestatem non trāsiret,nisi auo, vel proauo naturali nepos in adoptionem datus proponatur, Quia etsi à iuris ciuilis ratione omnino alienum illud est, tamē fuisset multò alienius inducere,vt filius hic & in patris naturalis potesta te remaneret,& in adoptiui patris familiam ac potestatem transiret. Siquidem id manifestam implicaret contradictionem,nec tantùm iuris ciuilis, sed etiam naturæ regulas violaret.

L.penult.C. de adopt.

ILLATIO V.

De filia nupta transeunte in potestatem viri.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum iure ciuili filia licèt consentiente patre nupta,non transit in potestatem viri ob id solū quod nupta

nupta est,quia matrimonium siue filij siue filiæ non est ex iis modis quibus patriam potestatem solui placuit *l.1.§.vlt.De lib. exhib.* vbi est textus elegans, Ita è contrario apud eos populos quorum moribus receptum est vt filia sit in potestate viri, quomodo in plærisque Gallię prouinciis,induci necesse fuerit vt ea via exiret de patris potestate, matrimonio vices emancipationis subeunte,vt ex Boerio & Paponio notat Gothofr.ad *l.3.C.de emancip.lib.* Ne alioqui eueniret cõtra iuris & naturæ regulas vt in duorum simul potestate esset,patris & mariti.Quanquam hoc amplius est in Gallia,quod etiam filij per matrimonium patria liberantur potestate licèt non idcirco transeant in vxorum potestatem.

L.1.§.vlt. D. de liber. exhib.

PRINCIPIVM V.

De dignitate patriæ potestatis.

PAtria potestas inæstimabilis res est vt loquitur Mæcianus in *l. filiusfamilias* 114.*§.sed si liberos De legat.*1.Non ob id solùm,quòd per eam fiat vt patres in liberos habeant ius vitæ & necis (nam & dominica potestas idem iuris tribuit dominis in seruos,vt diximus titulo superiore,nec tamen vllo iuris loco inæstimabilis appellatur)Nec rursum propter commoda quæ patribus per liberos constitutos in potestate acquiruntur , omnia enim quantacunque sint suam habent æstimationem nisi quatenus incerta sunt pendéntque ex futuro euentu cuius certa æstimatio nulla per rerum naturam esse potest , Sed ob id maximè quòd ea potestas sit in caput ciuis romani , quo maius & excellentius nihil est quod dari possit legibus romanorum.

l.filiusfamilias 114.§. sed si liberos de legat.1.

ILLATIO I.

De non cogendo patre vt liberos suos emancipet.

EX hoc Principio illud fit,vt non possit cogi pater filiumfamilias emancipare,neque per filium ipsum quem habet in sua potestate *l. non potest filius* 31.*D. de adopt.neque per alium d.§.sed si liberos* , Nisi eam sibi necessitatem is ipse imposuerit , siue agnoscendo voluntatem eius à quo sub hac filij emancipandi lege aliquid acceperit,*l.si cui legatum* 92.*De condic. & demonstr.* Siue filiũ aut filiam ad turpia cogendo vt in*l.si patres lenones* 12.*C.de episcop.audient.* Siue qua alia ratione malè illos & contra paternam pietatem afficiendo. Nam & ex hac causa cogendum esse patrem vt liberos emancipet rescriptum & constitutum est à Troiano vt Papin.refert in *l.vlt.*D.*si à parent.quis manumiss.* Et meritò.Nam si dominorum quoque in seruos sæuitia eo vsque punitur vt seruum nimis malè habitum dominus vendere compellatur *l.* 2. D. *de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Quanto magisprouidendum liberis fuit qui & verè liberi,& ciues romani sunt,vt eos emancipare patres sæuientes cogerentur? Vtrumque enim fit vt ex eodem iuris nostri Principio,quòd publicè interfit ne quis re sua abutatur,vt diximus ad Princip. 4. *tit. præcod.* In cóque animaduerti potest quanta & quàm inæstimabilis res sit patria potestas,Cùm homini qui in ciuis romani caput supra modum sæuierit,non alia irrogetur pœna,quàm vt ea po-

L.non potest filius 31. D. *de adopt. L.si cui legatum 92. De condic. & demonstr. L.si patres* 12. *C.de episcop. aud. L.vlt. D.si à parent. quis manum. sit.*

Digitized by Google

teſtate carere cogatur. Adeò tamen ea priuatur vt nec manumiſſoris ius habeat in bonis defuncti filij quem emancipare coactus fuit. Id enim Traianus quoque conſtituit ex conſilio Neratij Priſci & Ariſtonis *d.l vlt. propter neceſſitatem ſoluendæ pietatis* vt eleganter loquitur ibidem Papinianus: pietatis nomine intelligens patriam poteſtatem, quippe quæ non in atrocitate quomodo illa quæ dominorum eſt in ſeruos, ſed in pietate conſiſtat, aut ſaltem debeat conſiſtere. *l. nec in ea 22. in fin. D. ad leg. Iul. de adult. l.* Diuus 5. *D. de leg. Pomp. de parricid. l. 1. §. vlt. D. de liber. exhib.* Nec minùs eleganter Tertyll. in apologet. Quod foris eſt regnum, id domi patria poteſtas, Quod foris tyrannis id domi dominium eſt, Vt non ſine cauſa gratius ſit nomen pietatis quàm poteſtatis, Ex quo etiam fit vt quamuis paterfamilias ille ſit qui in domo dominiũ habet *l. pronunciatio* 195. *§. familiæ De verb. ſignific.* tamen potiùs patrem quàm dominum familias dici placuerit, vt bene Iacob. Cuiac. obſeruauit ad *l. quidã* 132. *De verb. obligat.*

L. nec in ea 22. in fin. ad leg. Iul de adult. l. Diuus 5. ad le. Iul. de parricid.

ILLATIO II.

De filio ingrato reuocando in patriam poteſtatem.

SEcundò ex eodem Principio fit vt ſi filius à patre emancipatus ingratum ſe præſtet, nõ alia ei durior pœna irrogetur quàm vt in patriam poteſtatẽ redigatur. ſcilicet per ſententiam magiſtratus & propoſita in eam rem ingrati accuſatione reſciſſáque prius emancipatione *l. vnic. C. de ingrat. liber.* quomodo contingeret ſi libertus ingratus à patrono in ſeruitutem reuocaretur *l. 1. pe. & vlt. C. de libert. & eor. liber.* Quaſi nihil ſit quod patria poteſtate maius patrĩ dari poſſit, nihil tanti momenti quod filio poſſit adimi, quàm ſi mulctetur damno immeritæ libertatis, vt ait *d. l. vnic C. de ingrat. liber.* Quamquam hac etiam parte vt & in cæteris ferè omnibus melior condicio eſt ingratorum liberorum, quàm libertorum. Cauſæ namque ingratitudinis propter quas liberi in patriam poteſtatem reuocandi ſunt, duæ tantùm proponuntur in *d. l. vnic. ſi parentes vel acerbitate conuicij vel cuiuſcumque atrocis iniuriæ dolore pulſa nerint.* Cùm tamen multò plures ſint ex quibus ingrati liberti rediguntur in ſeruitutem, puta ob res patroni non adminiſtratas, tutelámve liberorum patroni recuſatam *l. ingratus* 19. *D. de iur. patron.* Quid ergo ſi filius emancipatus patri egenti alimenta denegauerit? Conſtat ſanè ex hac cauſa reuocari libertum in priſtinam ſeruitutem *l. alimenta* 6. *§.* 1. *D. de agnoſc. liber. l. vlt. C. de liber. & eor. liber.* Sed non putat Donellus *lib.* 2. *Comment. cap.* 24. idem in liberis obtinere, quaſi caſus hic ad neutrum pertineat eorum qui expreſſi ſunt in *d. l. vnic.* multúmque interſit an factum ſit quod fieri nõ debuit, an omiſſum quod fieri debuit *l. ſi cuius* 13. *alias l. ſi vſusfructus §. denique D. de vſufr.* Ego tamen contrà puto, quia multò grauius eſt egenti patri non ſubuenire filium, atque ita, quantum in ſe eſt facere vt fame pater pereat, quàm eum verbis & iniuriis quantumuis atrocibus laceſſere. Neque video qua fronte poſſit filius dicere nihil ſe feciſſe qui patrem necaſſe aut ſaltem necare voluiſſe videatur *arg l. necare* 4. *De agnoſc. & alend liber.* cùm nihil interſit, an quis occidat, an mortis cauſam præbeat *l. nihil intereſt* 15. *D. ad leg. Cornel. de ſicar.* Nec rurſum cur in re tanti momenti melior debeat eſſe condicio patroni, quàm patris qui & patronus & pater eſt *arg. l. 1. §. vlt. D. ſi à parent. quis manum.* Quinimò etiam hodie

L. vnic. C. de ingrat. liber. L. 1. pen. & vlt. C. de libert. & eor. liber.

L. ingratus 19. D. de iur. patron. L. alimenta 6. §. 1. D. de agnoſc. libe.

L. necare 4. D. de agnoſ. & alend. liber. L. nihil intereſt 15. D. ad leg. Cornel. de ſicar. L. 1. §. vlt. D. ſi à part. vi manu.

filiuſ-

filiusfamil.in eo casu extremæ inopiæ & egestatis paternæ per patrem vendi potest,vt dicemus Princip.*seq.illat.2.ex l.vlt.C.de patrib.qui filios suos distrax.* Adde vetus illud prouerbium à Gothofr.relatum ad *l.5.D. de lib. agnosc.* Filij aut parentes alant aut vinciantur.Nec sanè alimenta & subsidium vitæ minus quàm reuerentiam liberi parentibus debent *l.filia 5.C.hoc tit.De patr.potest.*Male etiam meo iudicio idem Donellus *d.cap.24.& cap.20.eiusd.libr.versic.quæritur*,patriam potestatem ex filij delicto acquiri scribit. Non enim hoc casu tã acquiri quàm quæ priùs fuerat restitui dicenda est , cùm non redeat filius in potestatem patris,nisi priùs rescissa vt diximus emancipatione:quæ porrò vbi semel rescissa est,illud necessariò relinquitur , vt patri non aliud ius potestatis in filium competat quàm illud ipsum quod habuerat,antequàm filium emanciparet,id est quod ex iustis nuptiis fuerat acquisitum.Itaque ingratitudo filij hoc vnum efficit principaliter vt emancipatio quæ patriæ potestatis vinculũ dissoluerat rescindatur,sed non dat patri ius patriæ potestatis , Quinimò nec illud ei reddit nisi in consequentiam rescissæ vt dixi emancipationis. Et certè cùm patria potestas inæstimabilis res sit fieri non potest vt ex delicto filij acquiratur,siquidem delicta omnia quantumcumque grauia suas pœnas alias habent,quarum magnitudine tanquam iusto suo precio æstimantur.Itaque si ponas ex filio emancipato susceptum nepotem qui nunquam fuerit in aui sui potestate,quot & quantas voles iniurias naturali auo intulisse , Erit quidem pro admissi magnitudine puniendus,sed non ea pœna vt potestati aui quam expertus nunquam fuerit subiiciatur.Id enim nulla lege proditum est , neque verò prodi aut induci potuit,cùm patria potestas non solùm ei cui competit sed illis etiam personis in quas exercetur , & vtilis & honorifica esse existimetur. Quis enim prudens legislator eam delicto pœnam irrogare velit ,ex qua condemnatus & commodum consequi possit & honorem ? Siquidem hoc ipso quod patriæ potestati vel datur quis vel redditur,iura sui heredis aut nunc primũ nanciscitur aut quæ per emancipationẽ amiserat,recuperat,vt postea dicemus.Dices,Cur ego in gratis liberis pœna hæc constituta est vt in patriã potestatẽ redigãtur?Respondeo,quia iftis qui patria potestate liberati semel fuerunt per emancipationem,non potest honorificũ esse vt in patriã potestatem reuertantur nisi id fiat per adoptionem *l.qui liberatus est 12.D.de adopt.*An ex natura patriæ potestatis quæ possit aliquo casu non esse vtilis & honorifica filio qui est in potestate?Minimè.Sed propter turpitudinem causæ , quæ facit vt filius post emancipationem redigatur in patriam potestatem. Causa enim alia non est,quàm filij ingratitudo,qua quid turpius,quid fœdius?Patria potestas ob eam causam patri restituta, eius ingratitudinis manifesta nota est. Ergo & filio inhonesta.Nec ideirco tamen inutilis,quia quod filius fuerit ingratus qui ob eam causam in patris potestatem reuertitur , non impedit quominùs patri suus heres fiat,& consequenter sui heredis commoda quæ non pauca sunt consequatur: Sed non putat ciuilis legislator vtile dici posse quod non sit honestum , ideóque non dubitat eam filio ingrato pœnam infligere vt illum reuocet in patriam potestatem, quasi nullam ex ea pœna vtilitatem sensurus sit qui nullam sentire possit,nisi quæ cum infamia sit coniuncta. Alia causa est filijfamilias qui propter delictũ suũ deportatus,atque ita patria potestate liberatus,postea ex indulgẽtia Principis restitutus est. Hic enim nõ reuertitur in patriã potestatẽ nisi hũc quoq;honorẽ specialiter impetrauerit *l.in insulam*

L.vlt. C.de patrib.qui filios suos distrax.

L.filia 5. C. hoc tit.

L.qui liberatus est 12.D. de adopt.

L. in insulam 6.d.si pater 9.C de sentent.pass.

6.C. *de sent.pass.* sicut nec pater deportatus posteáque restitutus recipiendo iura sua omnia recipit tamen patriam potestatem, nisi hoc quoque specialiter impetrauerit *l.si pater* 9.§.*eod.* ex quorum locorum coniunctione non melegánter probatur patriam potestatem & patri & filio honori esse intelligi non oneri.

ILLAT. III.

De *non cogendo filio, vt redigatur in patriam potestatem extra ingratitudinem.*

TErtiò ex eodem Principio fit vt extra supradictam ingratitudinis causam non possit cogi filius, siue naturalis, siue emancipatus vt redigatur in patriam potestatem *l.vlt.De his qui sui vel alien. iur.sunt.* Non enim fieri potest, vt patria potestas sit res inæstimabilis ex parte patris, quin ex parte filij sit etiam quid inæstimabile patria potestate liberatum esse. Vel idcirco quòd licèt patria potestas non faciat ex filifamilias seruos, negari tamen non potest quin ius libertatis filij multùm imminuat, cùm ex ea causa filiusfam. non sui, sed alieni iuris esse dicatur, adeóque liber fieri cum emancipatur *l.si filius* 8.D. *de probat.* & è cõtrario immeritæ libertatis damno affici cùm reuocatur in patriam potestatem *l.vnic.C.de ingrat.liber.* libertas autem res per se inæstimabilis *l.libertas* 106.*l.non est singulis* 176.§.1. *De reg.iur.* tantò inæstimabilior est quanto plenior. Obserua tamen, quod de filio naturali scriptum est in *d.l. vltim.* non de eo accipiendum esse qui natus sit ex concubina, vt vulgo creditur (naturalium enim liberorum nomen hoc sensu fuit incognitum prudentibus nostris, quotquot Constantini tempora præcesserunt vt Iustin. testatur *Nouell.*89.*quib mod natur.effic.legit.* & nos pluribus dicemus ad *tit. seq.Princip.*2.) sed de illo qui natus sit in seruitute ex contubernio, quo nomine vocabantur coniunctiones seruorum cùm matrimonia dici non possent. *l. Lucius Titius* 88.§.*Dama & Pamphilo in fin. De legat.* 2. Nam si verum est, vt est quod secundo huius tituli principio dicemus, Eos demum liberos in patria esse potestate qui ex iustis nupriis procreati sunt, prorsus consequens fit vt qui in seruitute nati sunt, sicut ex iustis nuptiis quæ inter seruos nullæ sunt nati esse nequeunt, ita nec in patrum potestate esse possint, quia nuptias non natura facit, sed cònsensus iustus, id est legibus & iure comprobatus. Idque est quod Vlpian. ait in *l.vlt.* D.*de adopt.* in seruitute mea quæsitum filium in potestatem meam redigi posse beneficio principis, tametsi non eo minus maneat libertinus. Planè dubitandum non est quin idem iuris obtineat in iis quoque liberis quos hodie naturales appellamus, id est qui ex concubina suscepti sunt, vt nimirum iniuiti non redigantur in patriam potestatem per legitimationem. Id enim nominatim constituit Iustinian. *d. Nouell.* 89.*quib.mod.natur.effic.legit.cap.*11. §.*generaliter autem.*

L.vl. De his qui sui vel alien. iur. sunt.

L. Lucius Titius 88. §. Dama, & Paphilo in fin. de leg. 2.

L.vlt.D. de adop.

Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. legit cap. 11. §. generaliter autem.

PRIN-

Digitized by Google

PRINCIPIVM VI.

De persona filiifamilias integra.

IVs patriæ potestatis licèt faciat vt filiusfamilias non sit sui iuris sed alieni, facere tamen non potest ne filijfamilias persona sit integra perinde acsi sui iuris esset. Non enim sunt ista contraria, Filiumfamilias sui iuris non esse, Et cum tamen integram personam habere, siquidem aliud est de persona quærere, aliud de iure personæ. Dicimus filiumfamilias non esse sui iuris quia perinde est in aliena potestate, atque seruus. Personam tamen ipsius integram esse asserimus, vt demonstremus in quo filiusfamilias differat à seruo. Serui namque persona integra esse non potest cùm in ciuitate caput non habeat, non magis quàm si in rerum natura non esset, Nec proinde statum. Quomodo enim stare is potest qui caput non habet? Vnde est quod cùm manumittitur nec capite minui dicitur, nec statum mutare *l.3.§.vlt.cum l.seq D.de capit.min. § seruus autem infr. De capit.diminut.* Deniq; ob eam causam pro nullo habetur iure ciuili *l.quod attinet 32. De regul.iur.* id est non tam pro mortuo, quàm pro nec nato. At de filiofamilias dubitari non potest quin caput habeat in ciuitate, nec proinde quin personam habeat integram cùm sit ciuis romanus. Iam enim sæpius diximus ciuium romanorum summam esse illam diuisionem vt sint vel patresfamilias vel matresfamilias, vel filijfamilias, vel filiæfamilias. *l.nam ciuium 4. De his qui sui vel alien.iur.sunt.* Quis verò putet fieri potuisse vt ciuilis legislator præsertim romanus ciuitatem suam constitui constaréque pateretur ex ijs personis quæ integræ dici non possent? Itaque minui capite dicitur filiusfamilias cùm emancipatur, non ob id quòd patria potestate liberetur, sed quia non poterat olim fieri emancipatio, nisi per trinam imaginariam venditionem, Vt dicemus ad *tit. Quib.mod.ius patr.potest.soluit.* atque ita euenire necesse erat vt filiusfamilias priusquam patria potestate liberatus esset, fieret seruus: & consequenter minueretur eo capite quod anteà filiusfamilias manens in ciuitate habuisset.

L.3.§ vlt. l. 4. De capti. minut. § seruus autem infr.eod. ill. tit. L.quodattinet 32.de regul. iur. L.nam ciuium 4. De his qui sui vel alien. iur.sunt.

ILLATIO I.

Filiumfamilias non esse in dominio patris.

EX hoc Principio illud primùm fit vt filiusfamilias in patris dominio nõ sit, sed tantùm in patris potestate in quo præcipuè differt à seruo *l. potestatis 215. De verb.significat.* Nam qui in alterius dominio est, caput in ciuitate habere non potest, Adeò vt nec patresfamilias si ab hostibus capti sint, & quandiu in ea condicione sunt caput in ciuitate habere intelligantur, Non alia de causa quàm quòd interim verè sint serui hostium, quamuis propter fictionem postliminij quæ durat quandiu in ciuitatem reuerti possunt, omnia ipsorum iura in suspenso remanere potiùs quàm in totum abrupta esse existimentur, Vt dicemus ad *§.si ab hostibus infr. Quib.mod.ius patr.potest.soluit.*

L.potestatis 215.de verb. signific.

Digitized by G

ILLATIO II.

De prohibita parentibus distractione filiorum.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt non ſicut ſerui, ita & filijfamilias vendi aut alij mancipari, aut noxæ dedi poſſint, quia liberi hominis hoc eſt integram perſonam habentis adeóque ciuis romani neque venditio valet, neque aliud licitum commercium vllum eſt *l. ſed Celſus 6. D. de contrab. emptio. l. 1. §. ſi id quod D. de obligatio. & actio. l. liber homo 103. De verborum obligat.* vbi additur nec hominis liberi æſtimationem præſtari poſſe, quia neminè nulli eſt. Neque verò hac in re plus iuris vnquam patres habuerunt prætextu patriæ poteſtatis, non magis quàm prætextu ignorantiæ *l. 1. C. de patrib. qui filios ſuos diſtrax.* idque non tam propter publicam honeſtatem, legiſve prohibitionem, vt quidam putant, quàm defectu poteſtatis, & iuris, quia nullius habet pater vendendi filium quem neque in dominio, neque in bonis ſuis habet, cùm ſit multò difficilius facere vt alius qui pater non ſit habeat in dominio, vel in bonis ſuis eum quem pater ipſe non habeat. Ex regula *l. nemo plus iuris 54. De regul. iur.* At inquies, Cur non illud ſaltem patri permittitur vt patriam poteſtatem quam reuera habet, vel diſtrahat, vel oppignoret, vel alio modo alienet? Nimirum quia ius patriæ poteſtatis merè perſonale eſt, nec minùs inſeparabile à perſona cui ex iuſtis nuptiis quæſitum fuit, quàm nomen ipſum patris ex quo & patria poteſtas nuncupatur. Patrem enim temporalem non magis ius noſtrum agnoſcit quàm natura *l. quæſitum 34. D. de adopt.* Vnus tamen caſus eſt, quo patrifamilias permiſſa filij venditio eſt, & conſequenter multò magis oppigneratio. Is eſt ex lege Conſtantini, Si quis propter nimiam paupertatem egeſtatémque victus cauſa vendiderit filium filiámve ſanguinolentos, id eſt recèns natos (vix enim eſt vt alios ætate grandiores velit quis inuitos comparare aut pignori accipere) Placuit namque Conſtantino in *l. 2. C. de patrib. qui filios ſuos diſtrax.* hoc tantummodo caſu valere venditionem, ſed hactenus vt oppignerationis potiùs quàm venditionis iure cenſeatur, hoc eſt vt emptor quidem obtinendi eius ſeruitij habeat facultatem, ſed liceat ipſi qui vendidit, itémque ei qui alienatus eſt adeóque cuilibet alij eum repetere ad propriam ingenuitatem, dummodo precium offeratur, id eſt quanti valeret ſi ſeruus eſſet, aut aliud mancipium eiuſdem æſtimationis. Errant tamen meo iudicio, qui ad hunc tractatũ De filiis à patre non oppignorandis pertinere putant, quod ſcriptum eſt in *l. ob æs alienum 11. C. de obligat. & action.* ob æs alienum ſeruire liberos creditoribus compelli non poſſe. Liberos enim homines eo loco, non filios intelligere debemus. Nam & Iuſtin. *conſtit. nouell. 134. Vt nulli iudic. cap. 7. §. quia verò* vnde ſumpta eſt *auth. immò à debito d. tit. C. de oblig. & act.* etſi prohibet ne pro paterno debito filius pignori capi, aut retineri poſſit, non tamen patribus id prohibet ſed creditoribus, irrogata etiam iis qui contrà fecerint pœna, patribus ipſis exſoluenda: Et huiuſmodi prohibitionis cauſam pœnæque hoc nomine conſtitutæ non ex alio petit Iuſtinianus, quàm ex eo quod non ſit ferendum vt perſonam liberam pro debito liceat cuiquam vel retinere vel locare, vel pignorare. Irnerium qui Authenticas iſtas contexuit fefellerunt prima illa legis verba *Ob æs alienum* quæ ille ſic accepit acti de alieno debito puta paterno intelligi deberent, Cùm tamen ad proprium ipſius debitoris debitum referantur: quod in libris noſtris paſſim æs alienũ ideo appellatur, quoniã pecunia quæ debetur, nõ tã debitoris eſt quã creditoris, ſi effectũ reſpicias & eã quæ imminet ſoluẽdi neceſſitatẽ, quãuis interim

L. ſed Celſus 6. de contr. empt. l. 1. §. ſi id quod de oblig. & act. l. liber homo 103. de ver. oblig.

L. 1 C. de patrib. qui filios ſuos diſtrax.

L. quæſitum 34. D. de adopt.

L. 2. C. de patrib. qui fil. diſtrax.

L. ob æs alienum 11. C. de oblig. & act. Nouell. 134. Vt null. iud. c. 7. §. quia verò. Auth. immò à debito C. de oblig. & action.

terim,id est quādiu solutio nō fit,pecunia quæ debetur reuera sit debitoris nō creditoris *l.1.D.de lib.legat.* Alioqui nec soluēdo liberaretur debitor si alienā pecuniā solueret non suā. Dicimus tamen pecuniā debitā videri esse creditoris nō debitoris,quoniā qui actionē habet ad rē cōsequēdā ipsam rē habere videtur,& è contrario nemo videtur id habere quod alij cogatur soluere. Deniq; tumetiam cùm plenissimum erat ius patriæ potestatis, ita vt vitam quoque filiofamilias adimere pater posset, nunquam tamen patribus fuit permissum vt liberis suis vlla ex causa auferrent libertatem *l. vlt. C. de patr. potest.* quam tamen certum fuisset per venditionem ademptum iri si filijfamilias venditio illo casu valuisset.

ILLATIO III.

De ijs quæ ad ius publicum spectant in quibus filiusfamilias non sequitur ius potestatis.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt in iis quæ ad publicū ius spectant filiusfamilias non sequatur ius patriæ potestatis *l.nam quod* 14.D.*ad SC.Trebel.* sed pro patrefamilias habeatur *l.filiusfamilias* 9.*De his qui sui vel alie.iur.sunt.* Nec solùm si cum alio quàm cum patre rem habeat, sed etsi cum ipso patre, Puta si pater ab aliquo heres institutus & de hereditate alteri restituenda rogatus suspectam dicat & cogendus sit vt adeat postulante fideicommissario,& imperio prætoris cuius propria iurisdictio & cognitio de fideicommissis fuit, qui ob eam causam fideicommissarius vocabatur. Nam si filiusfamilias talis prætor sit,perinde patrem cogere poterit, atque alius prætor quilibet alium priuatum quemlibet *l.ille à quo* 13.§.*vlt.ad SC.Trebell.* Sed & in priuata causa patris iudex esse potest *l.in priuatis* 77.D.*de iudic.quia vt subiicitur in l.seq.* iudicare munus publicum est.Etsi enim patria potestas facit vt filiusfamilias in patris potestate sit,tamen non impedit quominus sit ille etiam multóque magis in patriæ potestate,cuius causam patriæ potestatis iure idcirco antiquiorē esse conuenit *l.honor* 14.§.*plebeij* D.*de muner.& honor.* iunct. *l.postliminium* 19. §.*filius quoque* D.*de capt.& postlim.reuers.* Sicut enim per patriam iuráque ciuitatis fit vt possit quis iustos ac legitimos liberos suscipere iustas nuptias cōtrahendo,ita de vnoquoque ciue sic sentire æquum est,vt & priùs & magis rei publicæ quàm parentibus suis natus esse videatur *l.* 1. §. *& generaliter* 15. D. *de ventr.in poss.mitt.* vt scripsimus ad Princip.§.*sup.tit.*1.*De iustit.& iur.*

L nanquod 14.D.ad SC.Trebell.

L.filiusfamilias 9. De his qui sui vel alien. iur.sunt.

L. ille à quo 13.§.vlt. ad SC.Trebell.

L. in priuatis 77.& se. D.de iudic.

L. honor 14. §. plebeij de muner.& honor.l. postliminiū 19. §. filius quoque De cap. & postlim. l.1 §. & generaliter D. de ventr. in poss.mitt.

ILLATIO IV.

De filiisfamilias capacitate in honoribus & dignitatibus obeundis etiam inuito patre.

QVartò ex eodem Principio,eadémque causa fit vt filiusfamilias omnium honorum,munerum,& dignitatum perinde particeps & capax sit, atque paterfamilias quilibet,nec solùm ignorante, sed etiam quod magis est inuito patre.*l.si filiusfamilias* 3. *C. ne filius pro patre. l. filios* 5. C. *de decur. lib.*10.*tit.*31. Quod vtique non ita esset si filiusfamilias integram personam non haberet. Quomodo enim caput ciuitatis esse posset in supremo magistratu constitutus filiusfamilias,si nullum ipse haberet caput? Aut quomodo per filiumfamilias magistratum integra conseruari posset ciuitas, si personam ipse integram non haberet? Nam & inde fit vt seruus è contrario incapax sit munerum omnium & honorum.*l.*3.D.*de offic.pretor.l.non mutant* 11.*l. non idcirco* 38. C. *de liber. caus.* nimirum quia cùm caput non habeat integram personam

L. si filiusfamilias 3 C. ne filius pro patr. l. filios 5. C. de dec. l.3.de offic. prator.l.non mutant 11.l. non idcirco 38.C.de lib. caus.

habere non poteſt: Adeò vt nec ad vllos actus ciuiles adhibeatur. *l. qui teſtamento 20. §. ſeruus D. qui teſt. fac. poſſ. l generali 3. C. de tabul. lib. 10. tit. 69.*

ILLATIO V.

De filiſfamilias tanquam patrisfamilias obligatione, ex omnibus cauſis.

QVintò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias ex omnibus cauſis tanquã paterfamilias obligetur *l. filiusfamilias ex omnibus cauſis* 39. D. *de oblig. & act.* vbi Caius ex hoc infert, Agi cum eo tanquam cum patrefamilias idcirco poſſe. Ex omnibus, inquam cauſis, id eſt tam ex contractibus quàm ex delictis, vt Vlp. interpretatur in *l tam ex contractibus* 57. D. *de iudic.* ſub qua diuiſione obligationes eas quoque contineri accipiendum eſt, quæ vel ex quaſi contractu vel ex quaſi delicto proficiſcuntur: quæ quatuor ſumma ſunt genera obligationum contrahendarum, Vt dicemus *infr. ad tit. De obligat.* Obſeruandum tamen eſt, quod addit Vlp. *in d. l. tam ex contractibus*, Mortuo filio poſt litis cõteſtationem transferri iudicium in patrem dũtaxat de peculio, & quod in rem eius versũ eſt, quãuis filius ipſe dũviueret in ſolidũ teneretur *l. ſi quis cũ filiofamilias* 44. D. *de pec* nẽpe quia filiusfamilias extra cauſã caſtrẽſis peculij de quo fuerit teſtatus neque patrem neque aliũ heredem vllum habere poteſt. Dices, Quid ergo attinet quærere an filiusfamilias ante vel poſt litis conteſtationem deceſſerit? Non enim alius hac parte poteſt effectus eſſe conteſtationis quàm vt actio conteſtata etiam pœnalis tranſeat in ſolidum contra heredem *l. vnic. C. ex delict. defunct. l. conſtitutionibus* 33. *D. de oblig. & act. §. pœnales infr. De perp. & temp. act.* De peculio autem & de in rem verſo vtique pater teneretur etiam filiofamilias ante conteſtationem defuncto, quin etiam eo viuo *d. l. ſi quis cum. & tot. tit. De pecul. & De in rem verſ.* Reſpondeo aliud eſſe teneri patrem de peculio, Aliud verò actionem in ſolidum inſtitutam contra filium poſt filij mortem transferri in patrem ad finem vſque peculij. Poteſt enim creditoris multum intereſſe vt actionem iam inſtitutam & in qua iam factæ ſint fortaſſe probationes perſequatur potiùs quàm vt inſtituat nouam: Vel ob hoc ipſum ne & temporis & ſumptuum in priorem litem impenſorum iacturam incurrat, quod eueniret ſi mortua cum filiofamilias priore lite, quæ cõtra eum fuerat inſtituta, nouam aduerſus patrem inſtituere ac inchoare cogeretur. In ſeruis quia neque caput neque integram perſonam habent, omnia ſunt diuerſa. Neque enim ex contractu ciuiliter obligari aut obligare poſſunt, ſed naturaliter tantùm & obligant & obligantur, *l ſerui* 14. D. *de oblig. & act. l. in perſonam* 22. *De reg. iur. l. nec ſeruus* 41. D. *de pecul.* idcóque nec cum ſeruis vlla actio eſſe poteſt *l cum ſeruo* 107. *De reg. iur.* Planè obligantur ex delictis, adeò vt quãuis manumiſſi ſint nihilominus remaneant obligati *d. l. ſerui.* An quòd noxa caput ſequatur? Ita eſt *l. 1. in fi.* D. *de priuat. delict. l. 1. C. de noxal. act l. licèt* 4. *C. an ſeruus ex ſuo fact.* Atqui diximus, ſeruum caput non habere. Hoc quoque verum eſt quandiu ſeruus manet, & ideo quandiu ſeruus eſt, non magis criminali quàm ciuili actione conueniri poteſt. Nulla enim cum ſeruo actio eſt *d. l. cum ſeruo*, id eſt neque ciuilis, neque criminalis, neque publica, neque priuata. Sed ex quo habere caput incipit, id eſt ex quo liber factus eſt, incipit teneri, & poſſe conueniri ex eo delicto quod in ſeruitute admiſerit *l. ſeruus non in omnibus* 20. D. *oblig. & act.* quamuis eo manente in ſeruitute non niſi contra ipſius dominum quam qui caput eius eſſet, noxalis actio dari deberet *l. qui ex pluribus* 20. D.

L. filiusfamilias 39. *De oblig. & action.*

L. tam ex contractibus 57. *D. de iudic.*

L. ſi quis cũ filiofamilias 44. *D. de pecul.*

L. ſerui 14. *De oblig. & action.*

l. in perſonã 22. *de reg. iur.*

l. nec ſeruus 41. *D. de pecul.*

l cum ſeruo De reg. iur.

l ſeruus non in omnibus 20 *De oblig. & act.*

l. qui ex pluribus 20. *De*

20. *D. de noxal. act. l. quod dicitur* 18. *D. de furt. & apertius in l. si cùm quis* 41. *§. quandiu eod.*

noxal. act. l. quod dicitur 18. *l. cùm quis* 41. *§. quandiu De furt.*

ILLATIO VI.

De filiofamilias constituto procuratore siue ad negotia siue ad iudicia.

SExtò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias constitui procurator possit non tantùm ad negotia, quod facilùs admittitur, sed etiam ad iudicia, quia cùm suo nomine iudicium accipere possit, multò magis potest alieno, licèt fallat ea regula in militibus ne offendatur disciplina *l. qui stipendia* 9. *l. ita demum* 13. *C. de procurat.* & in fœminis propter verecundiam sexus muliebris, publicámque honestatem *l.* 4. *alienam* 18. *eod.* Inde est quod Vlp. scribit in *d. l. tam ex contractibus* 57. *ver. certè D. de iudic.* si filiusfamilias quasi procurator alicuius iudicium acceperit, mortuo eo in illum quem defenderit transire actionem vel iudicati dari, Scilicet in solidum, Ad differentiam patris quem ante dixerat mortuo filio etiam post litem contestatam non teneri in solidum ex iudicij translatione, sed de peculio tantum & de in rem verso. Lego autem in *d. l. tam ex contractibus in fi. transit actio* pro eo quod vulgò legitur corruptissimè, nullóque prorsus sensu *transactio*, nisi malis legere *transfertur actio*, quomodo ante nos clarissimus & celeberrimus Iureconsultus Petrus Faber Tolosani Senatus lumen magnum felicissimè vt & alia quàm plura emendauit. De quo tamen scribemus latiùs in Rationalibus nostris ad eum locum. Multóque magis potest filiusfamilias constituere procuratorem, nec solùm si castrense peculium habeat, sed & quius filiusfamilias *l. filiusfamilias* 8. *D. de procurat.* Seruus è contrario neque procuratorem constituere potest, nisi in rebus ad peculiarem causam pertinentibus *l. seruum quoque* 33. *eod.* neque procurator ipse vllomodo constitui nec magis ad negotia quàm ad iudicia, Propter quam causam fuit constitutum vt minori annis viginti procuratoris habendi gratia vnum ex seruis suis manumittere liceret, dum ne minorem annis decem & septem. *l. si collactaneus* 13. *D. de manum. vindict.* Etsi non ignoro Bartolum, & post eum vulgus interpretum nostrorum in ea esse hæreti vt putent seruum quoque procuratorem ad negotia constitui posse ex *d. l. seruum quoque*, quæ tamen de seruo est non procuratore constituto, sed procuratorem constituente, vt iam attigimus & monuimus ad Princip. 7. *illat.* 14. *sup. quib. ex caus. manum. non licet.*

d. l. Tam ex contractibus 57. *vers. certè de iud.*

L. filiusfamilias 8. *de procurat.*
L. seruum quoque 33. *eod.*
L. si collactaneus 13. *D. de manum. vindict.*

ILLATIO VII.

De actionibus filiofamilias competentibus proprio nomine.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias suo nomine multas habeat actiones vt puta iniuriarum *l. sed si vnius* 17. *§. ait prætor* 10. *& §. quod deinde* 18. *D. de iniur.* Scilicet si pater absit nec alius sit qui patris nomine experiri possit *d. §. ait prætor d. §. quod deinde. l. si longius* 18. *§. si filiusfamilias D. de iudic. l. si libertus* 12. *De in ius vocand.* Patrem enim tanquam digniorem præferri conuenit cùm & suo nomine agat, & ad suam vtilitatem *arg. l. quæ omnia* 25. *vers. caterum l. procuratore* 55. *D. de procurat.* nec æquum sit cum qui soli filio iniuriam fecerit, & patri & filio ex ea causa condemnari. Quod vi aut clam. *l. denique* 3. *§.* 1. *l. interdictum* 10. *D. quod vi aut clam* Depositi *l. Iulianus* 19. *D. depos.* Commodati *l. filiusfamilias* 9. *D. de obli. & act. l.* 3. *§. si filiofamilias D. commodat.*

L. filiusfamilias 9. *De obli. & act.*

L. denique 3. *§. idem ait D. quod vi aut clã.*

eriam de solut. inducere potest restitutionem, aut vt cum nostris loquar nativitatem eius actionis quæ nec hodie competeret, quamuis idem homo mansisset.

ILLATIO IX.

De acquisitionis capacitate in persona filiifamilias.

NOnò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias sit capax acquisitionis, sine pater nolit sibi acquiri vt in specie *l. cogi 16. §. si pater D. ad SC. Treb. l. is qui heres 13. §. vlt. D. de acq. hered.* siue indignũ se præbeat cui per filium acquiratur, vt in singulari illa specie *l. imperator 50. D. ad SC. Treb.* Itaque nusquam scriptum reperias acquiri per filiũ patri etiã inuito, quomodo scripũ est acquiri domino per seruum *l. etiã inuitis 32. D. de ac. rer. domin. l. seruus vetãte 62. De verb. oblig.* Planè etiã ignorãti patri per filiũ, sicut & domino per seruũ acquiri certum est. Sed longè diuersa ista sunt Acquirere ignorãti, & Acquirere inuito. Acquirit ignoranti etiam qui sibi posset acquirere alio nolente sibi acquiri. At inuito acquirit is demum cuius persona est omnimodo incapax acquisitionis. Errant igitur egregiè qui putant nullam olim hac in re differentiam fuisse inter filiosfamilias & seruos, quique Iustiniani constitutionibus acceptum ferunt quod hodie filiusfamilias sit capax acquisitionis bonorum omnium aduentitiorum saltem quod ad proprietatem ex *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Non enim id Iustinianus fecit, vt filiusfamilias sit hodie capax acquisitionis, Non magis quàm vt ex earum constitutionum tempore cœperint filiifamil. integram personam habere, quam semper talem habuerunt, sed tantùm vt possint sibi aduentitia quærere, non modò in eum casum quo nolint patresfamilias sibi per liberos acquiri vt olim, sed etiamsi maximè patres acquisitionem istam ex personis filiorumfamilias ad se peruenire vellent. De quo scripsimus copiosè *lib. 7. Coniect. cap. 7.*

L. cogi 16. §. si pater ad SC. Trebell. l. is qui heres 13. §. vlt. D. de acq. hered. L. imperator 50. ad SC. Trebell. L. etiam inuitis 32. De acquir. rer. dom. l. seruus vetante 62. D. verb. oblig. L. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.

ILLATIO X.

De patre in potestatis in filiumfamilias vindicante.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si quis filium suum vindicare velit tanquã quẽ habeat in sua potestate nõ possit vti rei vindicatione illa quæ pro cæteris rebus omnibus etiã seruis cõpetere solet ei qui dominus sit, vel gẽtiũ iure, vel ciuili *l. in rẽ 23. D. de rei vin.* (neq; enim pater aut hoc, aut ille, aut alio vllo iure domini filij sui dici potest) sed experiri debeat, aut præiudicijs, aut interdictis, aut cognitione prætoria, quẽadmodũ Vlp. scribit in *l. 1. §. per hanc autem eod. tit.* Præiudicio id est præiudiciali actione cõtra filium ipsum si se filiũ & in potestate esse neget comparata, quæ & dicitur actio De partu agnoscendo *§. præiudiciales infr. De action. l. pen. C. hoc tit.* Ideò sic appellata quia sufficit agniti esse partũ, vt postea iudicari possit filiũ esse in potestate cùm nõ possit agnosci cuius sit partus, nisi ex iustis nuptiis, quæ porrò vbi interuenerũt, hoc ipso probata est patria potestas vt diximus. Interdictis cõtra extrancũ qui filiũ penes se habeat. Duo enim proposita sunt à prætore in eã rẽ interdicta. Vnum de filio exhibendo, Alterũ de exhibito ducendo, id est per patrẽ abducẽdo. De primo agitur in *l. 1. D. de liber. exhib. item ducend.* De secundo in *l. 3. eod. tit.* Addit Vlp. in *d. l. 1. de rei vindicat. cognitionem prætoriam* tanquam auxilium tertium patri competens distinctum tam à præiudiciis quàm ab inter-

L. 1. §. per hãc D. de rei vindic. §. præiudiciales De action. l. pen. C. hoc tit. duo De filio exhibẽdo & De exhibito ducendo.

dictis quãuis Hugo Donellus *lib.2.Comment.cap.25.* confundere videatur. Et fanè ita eſt. Nam in præiudiciali actione vt iam dixi non quæritur principaliter an liberi ſint in poteſtate, ſed tantùm de agnoſcendo partu. In interdictis verò non de iure patriæ poteſtatis, ſed tantùm de filio exhibendo & abducendo. Itaque poteſt cognitio prætoria eſſe neceſſaria, ſi de hoc ipſo quęratur, Nõ an is quẽ in mea poteſtate eſſe dico ſit filius meus, quo demum caſu præiudicium reddi neceſſe eſt, Sed an filius meus qui ſe filium eſſe negat ſit in meâ poteſtate, ſi fortè de emancipationis iure aut veritate diſputetur, vel ſi qua alia res interuenerit quæ facere poſſit, ſiue ex meâ, ſiue ex filij mei perſona, vt dubitari queat, An ſit ille in mea poteſtate vt in *l.1.C. de patr.poteſt.* Illud planè verum eſt, quod Donellus notat, dici hanc cognitionem prætoriam duplici ratione, Et quia nulla in hanc rem actio prodita eſt, *arg.l.quòd ſi minor 24.§. vlt. D.de minor.* Et quoniam digna hæc cauſa fuit quæ prętorem iudicem haberet, vt & cæteræ cauſæ omnes quæ ſunt de ſtatu, non de qua vt vulgo & ordinario iure fieri ſolebat prætor iudicem daret *l.2.C.de pedan.iudic.* iunct. *l. non diſtinguemus 32.§. de liberali D.de recept. qui arbitr.* Nã & ob hãc cauſam verba quoque interdicti ſic concepta fuiſſe legimus, vt prætor eam ſibi cognitionem reſeruaret. Sic enim habent *vim fieri veto*, non vt interdictum, Vnde vi & alia nonnulla *iudicium dabo.* Paullo difficiliùs illud eſt, quid ſibi velit Vlpianus cùm ex Pomponio ſcribit in *d.l.1.§. per hanc De rei vindicat.* per vindicationem petere nos non poſſe liberos quos habemus in poteſtate, *Niſi fortè*, inquit, *adiecta cauſa quis vindicet.* Nam ſi dicamus quod ſequentia verba præferre videtur, vindicari filiũ adiecta cauſa cùm vindicatur adiecta illa clauſula *ex iure Quiritium* aut quod idem eſt *ex lege Quiritium*, nihil omnino egerimus, Cùm vindicationum omnium ſollennis clauſula illa ſit *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio.* Dicendum igitur eſt vindicari filium adiecta cauſa, quotiès non ſimpliciter vt ſeruus cæteræque res omnes, per ſupradictam vulgarem clauſulam vindicatur, ſed adiecta per patrem tali cauſa per quam appareat eſſe filium in patris poteſtate, Vt puta hoc modo, *Hunc filium ex iure Quiritium meum eſſe aio, quia ex iuſtis cum Terentia nuptiis eum ſuſcepi* aut etiam *quia eum adoptaui.* Sic enim concepta vindicatione apparet non tam filium ipſum iure dominij quàm ius patriæ poteſtatis in filio vindicari. Siquidem huiuſmodi cauſę vindicationis tales ſunt, per quas nõ ſolet, nec poteſt acquiri ius dominij in filium, ſed tantùm ius poteſtatis, indéque apparet, ita vindicantem patrẽ non de dominio, ſed de ſolo patriæ poteſtatis iure contendere. Nã & ſi quis ita peteret filium *quem habeo in poteſtate ex iure Quiritiũ* aut *ex iure romano*, rectè vindicaret vt ex eodem Pomponio Vlpianus ait in *verſ. ſi quis ita*, vbi verba illa *in poteſtate* maiuſculis literis ſcribenda ſunt cum ſequentibus illis *ex iure romano* tanquam pertinentia ad formulam vindicationis, & cauſam ipſam in effectu licèt nõ per modũ cauſę demõſtrantia. Quid enim refert an vindicẽ filiũ *in poteſtate ex iure romano*, an verò adiecta cauſa expreſſim *quia illum habeo in poteſtate*, an denique nulla quidem poteſtatis facta mẽtione, ſed tamẽ deſignatis iuſtis nuptiis, aut deſignata adoptione, alióve modo ex iis quibus ex iure romano ius patriæ poteſtatis acquiritur? Itaque quod ſequitur apud Vlpianum ex Pomponio *ait enim adiecta cauſa ex lege Quiritiũ vindicare poſſe*, malè vulgo ſic legitur, vt virgula ponatur poſt dictionẽ *quiritiũ*, literiſque maiuſculis ſcribãtur ea verba *ex lege Quiritiũ* quaſi cõtineãt formulã

Cognitio prætoria.

L.1.de patr. poteſt.

L. quod ſi minor 24.§. vlt.D.de minor.

L.2.C. de pedan. iudici.

L. non diſtinguemus 32.§. de liberali D. de recept. Qui arbitr.

d.l.1.§. per hanc D. de rei vindic.

cauſæ

cauſæ,cuius adiectio poſſit bonam facere vindicationem.Nã è contrario ponẽ da virgula eſt poſt *cauſa*,tùm vnico contextu legendum *ex lege quiritium vindicare poſſe*,iiſdémque literis tota illa clauſula ſcribenda.

ILLATIO II.

De *iudicati actione danda contra filiumfamilias condemnatum.*

POſtremò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias eo tẽpore quo ſiue ex contractu,ſiue ex maleficio conuenitur nihil omnino in bonis habeat,perinde tamen conueniri poſſit,& condemnari debeat acſi locuples eſſet,vt iudicati quoque actio in eum quandoque detur *l.3. §.idem ſcribit D. de pecul.*quia licèt dici ſoleat inanem eſſe actionem quam debitoris excludit inopia *l.6.D.de dolo*.ſufficit tamen quod filiusfamilias,quia vtilem actionem habet poteſt acquirere,quandiu viuit *l.ſi creditores. in fin.*D. *de ſeparat.*

l.3 §.idē ſcribit de pecul.

l.ſi creditores §. in fin. D. de ſeparat.

Adeò autem filiusfamilias perſona eſt integra,vt quamuis neque ciuitas, neque reſpublica vlla conſtare poſſit ex ſolis patribus,niſi ſint etiam filij,& quorum intuitu alij patres dici poſſint, & qui etiam ipſi aliquando patres fiant ad rempublicã perpetuã ſã,Nullos tamẽ filios agnoſcat ius ciuile romanorũ,niſi qui etiã filijfamilias ſint.Cõſtat enim ciuitas romana ex patribusfamilias,matribusfamilias,filiisfamilias,& filiabusfamilias.Vt ſæpius dixim⁹ ex *l.nã ciuiũ 4. D.de his qui ſui vel alie.iur.ſunt.*Porrò nõ magis ex perſonis nõ integris quàm ex ſolis patribus ſtare& conſtare integra ciuitas poteſt.Ergo filiorumfamilias perſonam integram & pro integra ſemper habitam fuiſſe neceſſe eſt. Hinc eſt quod romanorum leges omnes quæ patri propter liberos aliquid indulgent, non niſi de filiisfam. & liberis in poteſtate poſitis loquuntur vt in *l.qui libertinus 37.D.de oper.libert.*Non ſolùm vt inuitarentur ciues romani ad iuſtas nuptias cõtrahẽdas,extra quas ſi liberos ſuſciperẽt,nõ eſſent eos in ſua poteſtate habituri,Sed illa etiã potiſſimùm ratione,quòd iure romano, tametſi maximè liberos quis habeat ex iuſtis nuptiis procreatos,ſi tamen ij emãcipati ſint, nullos omnino habere videatur.Vnde eſt quod emancipati iure ciuili omnino extranei eſſe intelliguntur *§.cæteri infr.De hered.qual.& diff.l.ſi genero 26. C. de iur.dot.l.quin etiam 55.in fin.De rit.nupt.*quia hoc ipſo quod exeuntes de familia per emancipationem, amittunt familiam, amittunt etiam & ius & nomen filiorum,fieríque incipiunt patresfamilias, ſed in ſua, & propria familia, nõ in paterna in qua filiifamilias erãt priùs.Nec enim vnquã ius noſtrum patitur,vt idem ſit & filiusfamilias& paterfamilias,ne quidem reſpectu diuerſarum familiarum, quia neque illud pati poteſt vt in duabus familiis quiſquam ſit,nõ magis quàm vt vel in duorum poteſtate,vel in ſua qui adhuc ſit in aliena.Siquidem in omni familia neceſſe eſt, vt vel in poteſtate ſua quis alios habeat,quod fieri nequit ſi ille ipſe ſit alieni iuris, vel in aliena ſit poteſtate,quo caſu alium neminem habere in ſua poteſt.

L. nam ciuium 4. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

L.qui libertinus 37. De oper. libert.

§. cæteri De hered.qual. & differ.l.ſi genero 26. C.de inr.do. l.quinetiam 55.in fin. De rit.nupt.

PRINCIPIVM VII.

De *identitate perſonæ patris & filiifamilias.*

PAtria poteſtas facit vt patris ac filij vna eadémque perſona eſſe intelligatur.*Ine cum filiofamilias 16.D.de furt.*vbi ſcriptũ eſt,non magis fieri poſſe

Ine cũ filio familias 16. D. de furt.

vt pater agat cum filiofamilias,quàm cum ſeipſo.Quæ ratio eſſet prorſus inepta ſi pater & filius vnius eiuſdémque perſonæ iure non cènſerentur.Idque apertiùs ex illationibus ſequentibus intelligetur.Etſi autem Iuſtin.in *l.vlt.C.de impub.& aliis ſubſtit.*videtur ad naturam potiùs hoc referre, iis verbis *cùm & natura pater & filius eadem eſſe perſona pene intelligantur*,non poteſt tamen id verum eſſe ſi ſolam naturam intueamur ſeiuncta patria poteſtate. Nam ſecundum naturam,quæ nihil niſi rei in natura exiſtentis veritatem ipſam ſignificat,fatẽdum neceſſariò eſt alias eſſe diſtinctáſque patris & filij perſonas, fierique nullomodo poteſt,vt patris & filij perſona vna eadémque eſſe exiſtimetur,niſi per fictionem,quod & Iuſtinianus ſatis admittit iis verbis *penè intelligantur*,quæ nihil minùs denotant quàm præciſam rei veritatem. Porrò nulla fictio eſt ex natura,ſed vt ex iure ſit neceſſe eſt,tanquam quæ in ſubſidium naturæ inducatur,vt per mediam fictionem,poſſit ius cò quo non poteſt natura pertingere.*l filio 23.D.de libert.& poſthum.* Atqui ius nec fingit.nec poteſt fingere,vt filius vna eadémque cum patre perſona ſit,niſi auxilio patriæ poteſtatis,Cùm vt proximè diximus,neque filium habeat pro filio quantumlibet iuſtis ex nuptiis ſuſceptum,niſi quandiu ille in patria eſt poteſtate.Sola igitur patria poteſtas illa eſt quæ ſicuti filium facit & retinet, ita & fictionem iſtam inducere poteſt,vt patris & filij vna eadémque perſona eſſe intelligatur.Et verò quamuis filius emancipatus non eo minùs verè ſecúdum naturam filius ſit, ideóque à prætore qui nihil niſi naturalem æquitatem intueri ſolet, pro filio agnoſcatur,vt perinde ad bonorum poſſeſſionem tam ex teſtamento quàm ab inteſtato vocetur,atque ſi in patris poteſtate mãſiſſet (quia emancipatio cùm ſit tota iuris ciuilis naturalia iura corrumpere nullomodo poteſt *§.vlt.ſup.De iur.natur.gent.& ciuil.*)nemo tamen dixerit patris & emancipati filij vnam eãdémque perſonam cenſeri, ſiue naturam inſpicias quæ individua numero diſtinxit,ſiue fictionem,quæ cum tota ſit iuris ciuilis non poteſt accommodari ad emancipatos, quos nec ius ipſum agnoſcit. Denique cum fictio omnis ſit falſitas vt alibi diſputauimus,aut vt ciuiliùs loquar & more Papinianeo imago & commentum *d.l.filio,l.fideicommiſſum 76.De condic.& demonſt.* nunquam inducitur iure ciuili,niſi ex neceſſitate,Neceſſitas autẽ nulla eſt eius inducendę cùm filius eſt emancipatus, cùm ex eo tempore ne pro filio quidẽ habeatur.

L.vlt.C.de impub. & aliis ſubſtit.

L filio 23. de liber.& poſth.

Iuris fictio nibi niſi fal ſitas,& imago, & commentum.

ILLATIO I.

De nulla lite inter patrem & filiumfamilias mouenda,niſi ex cauſa caſtrenſis peculij.

EX hoc Principio illud primùm fit vt lis nulla nobis eſſe poſſit cum eo quẽ in poteſtate habemus,niſi ex caſtrenſi peculio,vt Caius ſcribit in *l.lis nulla 4.D.de iudic.*qui locus etſi ad ſeruos quoque pertinere videtur propter verba illa generalia,*cum eo quem in poteſtate habemus*,tamen nõ niſi ad filiosfamilias pertinet,vt apparet non ſolùm ex ea exceptione *niſi ex caſtrenſi peculio*,quę ſetuis nullomodo conuenit cùm milites eſſe non poſſint,ſed ex illo etiam quod nec alij vlli magis quàm domino lis vlla cum ſeruo eſſe poteſt *l. cum ſeruo 107. De regul.iur.* Cum filiofamilias eſſe poteſt cuilibet excepto patre. Huius verò illationis rationem ex ſupra ſcripto principio pendẽre docet apertè Paulus in *d.l.ne cum filiofamilias 16.D.de furt.*vbi ait,Ne cum filiofamilias pater furti agere poſſit,non iuris conſtitutionem aut naturam,vt quidam putãt, ſed ipſam rei con-

L. lis nulla 4.D. de iudic.

l.cum ſeruo 107. de reg. iur.

l.ne cũ filiofamilias 16. D.de fur.

rei condicionem quam & naturam Paulus vocat, impedimento esse, quòd nõ magis cum his quos in potestate habemus, quàm nobiscum agere possimus. Itaque cum filio emancipato, quamuis perinde filius sit naturaliter, vt diximus, cãdémque patri reuerentiam debeat, agere pater potest, & filius cum patre, dummodò venia petita ex edicto prætoris, de quo in *l.4.§.1.l.parentes 6.& tot.tit. De in ius vocand.* *l.4.§.1.l.parentes 6. D. de in ius vocand.*

ILLATIO II.

De *liberis adoptiuis.*

SEcundò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit in *l.adoptiuum 8. eod. tit.* filium adoptiuum quandiu in patris potestate est, vocare patrem in ius nõ posse, iure magis potestatis quàm præcepto prætoris, Quia edictum prætoris ad eos liberos pertinet, qui non petita venia, si prætor non prohiberet, parentes impune vocare in ius possent, Quod in filios adoptiuos non cadit, qui cùm non minùs in patria potestate sint, quàm si ex iustis nuptiis suscepti essent, vtique cessante etiam edicto prohiberentur iure potestatis ne patrem in ius vocare possent. Vnde est, quòd quamuis eo edicto nihil aliud inductum sit, nisi vt venia sit petenda, nihil tamen prosit filio qui in potestate est siue ex causa adoptionis, siue quòd ex iustis nuptiis susceptus sit, si veniam petat à prætore ad patrem in ius vocandum. Veniã enim solet prætor indulgere, ne offendatur reuerentia parentibus omnibus debita, etiam in quorum potestate nõn sit filius, non item vt ius patriæ potestatis lædatur, & aliqua ex parte minuatur. Quinetiam, quod magis est, si à me fuerit adrogatus qui mecum erat litẽ cõtestatus, vel cũ quo ego: placet iudiciũ solui, quoniã nec ab initio potuisset inter nos consistere si iam tùm fuisset ille à me adrogatus *l.si à me 11. D. de iudic.* ac proinde peruenit res ad eum casum à quo nõ potuit incipere *l. quia in eum casum 16. D. ad leg. Aquil. l. pro parte 11. D. de seruit.* Etsi enim nõ est nouũ vt quę semel vtiliter cõstituta sunt, durẽt, licèt ille casus extiterit à quo initiũ capere non potuerunt *l.in ambiguis 85.§.1. De regul.iur.* in proposito tamen implicat cõtradictionem, vt iudicium duret inter eos qui iure patrię potestatis vna eadémque persona esse cœperunt, siquidem tritum est iudicium consistere non posse, nisi & actor sit & reus, vt diximus ad Princip. 4. *illat. 1. sup.* De *iust. & iur.* vnum verò eundémque & actorem, & reum esse non posse, nisi duplici respectu, vt in quibusdam interdictis euenit, quę duplicia idcirco appellantur *l.2. in princip. & §.vlt. D. de interd. §. tertia diuis. infr. eod. tit.*

L adoptiuũ 8. eod. tit. De in ius vocand.

L.si à me 11. D. de iudic.

Interdicta quadam duplicia, & cur sic dicta.

ILLAT. III.

De filio acquirente patri etiam ignoranti.

TErtiò ex eodem Principio fit, si iuris veteris rationem inspicias, vt quicquid filiusfam. acquirit, acquirat patri etiam ignoranti quamuis nõinuito *l.1. in prin. D. si à parent. quis manum. l. placet 79. D. de acquir. hered.* Etsi enim iuris regula est, Excepta possessionis causa nihil nobis per liberam personam acquiri posse *l solutum 11. §. per liberam D. de pignor. actio. l. & licèt is D. de constit. pecun.* excipitur tamen ea persona quæ potestati nostræ subiecta est *l.1. C. per quas person. cuique acquir. §.1.* vbi latiùs dicemus *infr. eod. tit.* id est persona filiifamilias, Non alia ratione quàm quia is in patris est potestate: quæ potestas cùm faciat non solùm vt patris & filij vna persona esse intelligatur, sed ita etiam vt in patre cuius potestas illa est, ea persona potiùs quàm in filio constituatur, illud quoque necessariò inducit vt in iis quæ

L.1. D. si à parent. quis manum. sit. L. placet 79. de acquir. hered. L.1. C. per quas person. cuique acq.

per filium acquiruntur,longè maiorem patris quàm filij rationem haberi oporteat. Vnius enim illius personæ quam pater & filius simul constituunt caput est pater, filius verò quicquid sub illo capite est. Dices fortasse, Non esse bonam hanc rationem,quandoquidem etiam per seruum acquiritur domino ex omnibus causis, adcóque inuito, & quidem iure potestatis vt sæpius diximus ex *l.etiam inuitis* 32.*De acquir.rer.domin.l.seruus vetante* 62.*De verb.obligat.*neque tamen dici posse id fieri propterea quòd dominus & seruus vna eadémque persona esse intelligantur, cùm nihil commune sit homini libero cum seruo,neque libertati cum seruitute.Respondeo,quod iam in præcedentibus multoties monere necesse fuit,ius potestatis aliter in filiofamilias, aliter in seruo considerari.Nam in filiofamilias inducit identitatem illam personæ de qua nunc tractamus,quod vtique percommodè facere potest cùm filijfamilias persona non minùs sit integra quàm patris,saltem quantum spectat ad ius reipublicæ & ciuitatis. In seruo autem quoniam is pro nullo habetur non solùm in domo patrisfamilias,sed etiam in ciuitate, fieri certè nullomodo potest vt serui personam eandé faciat cum persona domini,sed tantùm vt quoties acquirendi occasio seruo offertur,solius domini personam inspici oporteat, Ne alioqui euenire necesse esset vt per seruos nihil acquiri posset, Non sine maximo & dominorum & reipublicæ quæ non nisi ex liberis hominibus constat,detrimento.Nec similiter possis dicere, quoties per filium aliquid acquiritur,patris personam inspiciendam esse,cùm sit ipse filius suo iure capax acquirendi sibi quicquid patri acquirere non possit, Et tamen acquirit omnia patri si neque iuris autoritas, neque patris voluntas repugnet, quia cùm acquirit patri,acquirit quodammodo sibi ipsi tanquam qui eadem sit persona cum patre ex fictione iuris licèt à patre,quasi à capite familiæ & à dignio re fiat denominatio *l.in suis* 11.*D.de liber.& posth.*Nam si filiusfamilias etiam viuo patre dicitur quodammodo dominus bonorum paternorum,& illorum quoque quorum acquisitio per ipsius filij personam facta non sit,vt ibi Paulus scribit, Quanto facilius admittendum est, quod volumus filiumfamilias sibi ipsi acquirere videri quicquid acquirit patri? Idque,ni fallor, Vlpianus noster insinuare voluit in *d.l.* 1. D. *si à parent. quis manum.sit*,illis verbis,*quippe si filiusfamilias esset,quodcunque sibi acquireret, eius emolumentum patri quæreret.* Non enim potuit apertiùs scribere etiam filiofamilias acquiri omne id quod per eum patri acquiritur: (quod de seruo nusquam similiter proditum reperias)Eo scilicet iure ac sensu quo dicimus patris & filij eandem esse personam: & omnia quæ sunt patris esse filij in patris potestate constituti. Quamuis non eo minùs verum sit quod idem Vlp.scribit in *d.l.placet* 79. *De acquir. hered.* huiusmodi acquisitiones quæ per filiumfamilias fiunt, ne vno quidem temporis momento in filij persona subsistere, quia patris autoritas & potestas facit vt in ijs omnibus quæ patri cum filio communia sunt,solus pater nominetur. Haud aliter quàm si magistratu iubente præco aliquid publicè denunciet ex supremi Principis autoritate.Neque enim prudens magistratus facilè patietur nominari se cum Principe,ne supremæ potestatis societatem impudenter sibi adrogare videatur,licèt eo potissimùm iubente præconique autoritatem præstante id fiat. Nec tamen quod dicimus patrem filijfamilias quodammodo caput esse sic accipi volumus,quasi filiusfamilias proprium caput non habeat aut in ciuitate,aut in domo (id enim pugnaret cum eo quod toties diximus

l.etiam inuitis 32.de acquir. rer. domin. l.seruus vetante 62.De ver. oblig.

l. in suis 11. D. de liber. & posth.

l.1.D.si à parent.quis manum.

filij fa-

Digitized by Google

filijfamilias perſonam eſſe integram , itémque cumeo quod Vlp. ſcribit in *l. pronunciatio* 195. §. *familiæ De verborum ſignific.* quotquot capita in familia ſunt , patrifamilias ſubiecta eſſe) ſed ad fictionem illam iuris reſpicimus quæ facit vt patris filiique non niſi vna perſona eſſe exiſtimetur. Si enim rei veritatem inſpicimus,etiam ſecundum ius ciuile quod patresfamilias à filiisfamilias diſtinguit,aliud eſt caput patris, aliud filij , nec poteſt fieri ſine monſtro vt duarum perſonarum vnum tantùm ſit caput. Sin iuris fictionem quæ efficit vt duæ illæ perſonæ patris & filij propter ius poteſtatis non niſi vnius iure cenſeantur,dicimus perſonæ illius caput eſſe ſolum patrem , non etiam filium,quia & monſtro ſimile illud eſſet,vt vnius perſonæ duo eſſent capita. Ius autem in fictionibus ſuis inducendis eam naturam ſequi, adumbrare, & imitari ſolet quæ ſuis finibus contineatur,non eam quæ in monſtra & portenta degeneret.

L. pronũciatio 195. § familia De verb ſignif.

ILLATIO IV.

De nomine & iure ſui heredis.

QVartò ex eodem Principio fit vt ſuus heres dici poſſit is tantùm qui in defuncti patris aut aui vel proaui paterni fuerit poteſtate,licèt non ſufficiat hoc vnum fuiſſe in poteſtate,niſi etiam illud concurrat vt in cauſa gradúque ſuccedendi primum locum tenuerit eo tempore,quo de ſucceſſionis iure tractandum fuit *l. ſi filius familias* 33. §. 1. *De milit. teſt. l. ſcripto* 7. D. *vnd. liber.* Quomodo enim fieri poteſt vt qui patris defuncti heres eſt ſuus heres dicatur,niſi priùs fingas patris & filij vnam eandémque perſonam eſſe? Quomodo autem vna cum patre poteſt perſona eſſe filius qui non ſit in patris poteſtate? Idque nimirum eſt,quod Paulus elegantèr & ſubtiliter tractat in *d. l. in ſuis* 11. *De liber. & poſth.* in ſuis heredibus continuationem dominij eò rem perducere vt nulla hereditas fuiſſe videatur: quaſi , inquit , olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimantur. Itaque poſt mortem patris non tam hereditatem conſequi & percipere videntur,quàm magis licitam liberámque rerum ſuarum adminiſtrationem. Nec obſtat quòd filiusfamilias furtum quoque patri facere dicitur *d. l. ne eum* 16. *& l. ſeq. D. de furt.* (licèt furti actio non magis prodita ſit patri contra filium quàm domino contra ſeruum propterea quod qui poteſt aduerſus furem pro arbitrio ſtatuere , non habeat neceſſe contra eum litigare, vt Vlp. ſcribit in *d. l.* 17.) Quod enim dicimus filiumfamil. eandem perſonam cenſeri cum patre,& viuo etiam patre dominum intelligi rerum paternarum,facere tantùm debet vt tantò magis debeat filius prodeſſe patri,non vt ei etiam nocere indéque captare occaſionem delinquendi & in rebus paternis impunè graſſandi: cùm ne quidem patri liceat abuti ſua poteſtate ad licentiam corrumpendi & effundendi patrimonij *l. vlt. C. de ſentent. poſſ.* facit *l. qui fundum* 7. §. *ſtrutor* D. *pro empt.* Itaque quod in *l.* 1. D. *rer. amot.* ſcriptum eſt *ſicuti filia patri faciat* non ſic accipiendum eſt vt ſit à nonnullis quaſi hac in re differẽtia aliqua ſit inter maſculum & fœminam,ſed vt ita ſcripſerit Vlp. quia ſexus ſimilitudo facit vt vxori rectiùs filia quàm filius comparetur. Quonam verò iure cenſeri poſſent viuo patre quodammodo domini rerum paternarum niſi eorum patríſque eadem perſona eſſe fingere-

L. ſi filius familias 33. §. 1. D. *de milit. teſt. l. ſcripto* 7. D. *vnd. liber.*

L. in ſuis 11. *De liber. & poſt.*

L. 16. & 17. D. de furt.

l. 1. D. rer. amot.

Digitized by Google

tur? Nam & huiuſmodi fictionis ſignificandæ gratia filiumfamilias appellamus,ſicut& patremfamilias,ſola nota hac adiecta per quam genitor ab eo qui genitus ſit diſtinguitur,vt lex ait,Ne alioqui dum iuris ciuilis fictionem inducimus,naturam ipſam debeamus quantum in nobis eſt, atque ita aſſequamur tandem vt ſub eo tum deſit cui fictio poſſit accommodari. Nulla ſiquidem fictio per ſe ſubſiſtere ſola poteſt,ſed omnes in natura tanquam in ſubiecto ſubſiſtunt. Denique nunquam ferendum eſt vt huiuſmodi fictionibus quæ nihil niſi quædam iuris imagines ſunt, naturæ veritas adumbretur, quomodo Papin.loquitur in *d.l.filio* 23.*De lib. & poſt.* Proinde cùm patris filiique eandem perſonam fingi dicimus, meminiſſe ſemper oportet re ipſa tamen duas eſſe perſonas,Ne cui materiam ſophiſmatum hæc res præbeat, Si quis de patre & filiofamilias ita differere velit quaſi vel fictio nulla ſit hîc inducenda propter repugnantem veritatem naturæ,vel nulla naturæ veritatiſque ratio habenda, propter fictionis iuriſque ciuilis poteſtatem. Non enim poſſunt omnia tam benè inuicem conuenire ſibíque conſtare,quàm ſi vel nulla fictio inducerétur,vel ſola naturæ ratio haberétur.

ILLATIO V.

De patre qui filio ſuo ſtipulatur quem habet in poteſtate, aut emancipato.

L.eum qui ita,6.§ qui ſibi De ver. obligat. L. dominus 39.eod.

QVintò ex eodem Principio ſit vt ſi pater filio ſuo quem in poteſtate habet ſtipuletur ſibi acquirat.*l.eum qui ita* 56.*§.qui ſibi* D.*de verb.oblig.*Nõ eo iure quo dominus ſtipulando ſeruo proprio ſibi acquirit *l.dominus* 39. *eod.* id eſt,ne alioqui ſit inutilis ſtipulatio ſi domino non acquiratur quod ipſi ſeruo acquiri non poteſt(ſeruus enim ne quidem per ſe acquirere ſibi quicquam poteſt,per dominum verò multò minùs,contra verò filiusfamilias acquiſitionis capax eſt,ſaltem eo caſu quo pater filio acquiri malit quàm ſibi.) Sed quia cùm patris & filijfamilias perſona eadem eſſe exiſtimetur, nihil prorſus intereſt ſibíne an filio ſuo quis ſtipuletur. Alteri enim ſtipulari prohibet iuris regula *l.ſtipulatio iſta* 38.*§. alteri eod.* ac proinde vt valeat ſtipulatio cùm pater filio ſtipulatur,faciendum eſt vt filius non alius eſſe videatur quàm qui ſtipulatus fuit, & conſequenter vt idem ſit,quod tamen non niſi per eam iuris ciuilis fictionem de qua nunc agimus fieri poteſt.Cùm dominus ſeruo ſtipulatur, fictione nulla opus eſt ad ſtipulationem defendendam, quia cùm ſtipulatio ſit iuris ciuilis,eorúmque omnium quæ iuris ciuilis ſunt prorſus incapaces ſint ſerui niſi ex dominorum perſona,conſequens eſt vt nulla etiam inducta fictione,quod dominus ſeruo ſuo ſtipulatur ſibi ſtipulari intelligatur,quẽadmodum ſi ſeruus domino ſtipularetur.Idque Paulus innuere videtur in *d.l. dominus*,vbi poſteaquã ita ſcripſit,*Dominus ſeruo ſtipulãdo ſibi acquirit*,ſubiungit tanquam diuerſum quid & dubitabilius. *Sed & pater filio*, vt intelligamus multò magis mirum hoc eſſe vt pater filio ſtipulando ſibi acquirat quàm vt dominus ſtipulando ſeruo. Nec ſanè rationem vllam id haberet ſi ius patriæ poteſtatis non faceret vt patris & filij vna eadémque perſona eſſe intelligeretur.Nam & è contrario inde fit vt pater emancipato filio ſtipulando nihil

nihil agat,id est neque sibi neque filio suo quærat actionem aut obligationem *l.si genero* 26.*C.de iur.dot.l.pactum* 4.*C.de pact.conuent.*ideſt nec directam nec vtilem.Nam quod ſcriptum eſt in *l.pater* 7.*eod. & in l. Caius* 45. D.*ſolut. matrim.* ſiue pater dotem dans pro filia nepotibus ex filia quos in poteſtate ſua non eſt habiturus,eam dotem reſtitui ſtipulatus ſit vtilem ex ſtipulatu actionem nepotibus quæri tam fauore dotium,quàm adfectione perſonarum, non dubito eſſe Triboniani,cùm ſit à iuris ratione omnino alienum,Vt ſcripſi pluribus *lib.*1.*Coniect.cap.*4.*& libr.*19.*cap.*19.Sicut & quod in *d. l.dominus* additũ eſt,*Secundum quod leges permittunt*, quod & ante nos Iacob. Cuiacius ad eum locum obſeruauit,Sumpta non malè coniectura ex Iuſtiniani conſtitutionibus in *l.cùm oportet* 6.*& l.vlt.C.de bon.quæ liber.* quibus facti ſunt filiifamilias capaces acquirendorum omnium aduentitiorum etiam inuito patre,ſaltem quod ad proprietatem ſolo vſufructu ad patrem ſpectante. Exemplo eius quod iam antè in bonis maternis Conſtantinus ſanxerat in *l.1.C.de bon.mater.* Facit *§.1.infr.per quas perſ. oblig.nob. acquir.* Nec magis errauerit, meo iudicio,qui eidem Triboniano adſcripſerit quod ſcriptum eſt in *l.*2.C.*de patr.poteſt.extra ea quæ non acquiruntur.*Siquidem temporibus Imp. Antonini cuius ea lex eſt nihil omnino erat quod per liberos in poteſtate poſitos patribus volentibus non acquireretur:Solo caſtrenſi peculio excepto, De quo tamen ſupradicta verba non poſſis intelligere cùm ad fœminam reſcriptum illud dirigatur,quæ nec militare nec proinde peculium caſtrenſe habere potuit. Triboninanum,vt ex aui materni ſtipulatione vtilem actionem nepotibus quæri voluerit,illud fortè mouit aut potiùs fefellit,quod Pomponius ſcribit in *l.ſi ita* 9. *D.de pact.dotal.*Si ita conueniat inter patrem filiæ & generum vt ſi viuo patre morietur filia,ipſi patri,ſin mortuo iam patre,filio ipſius,ſi filio quoque defuncto totum patris heredi reddatur,benigna interpretatione poſſe defendi vtilem eſſe ſtipulationem. Sed longè alia diſſimiliſque ſpecies illa eſt. Ibi enim ſtipulatus pater proponitur,pro filio quem ſtipulationis tempore habebat in poteſtate,Nec quicquam erat quod impediret ne vtilis eſſet ſtipulatio ſummo iure,niſi quia quod ad filij perſonam,collata erat in id tempus quo pater ipſe iam defunctus eſſet,atque ita quo filius effectus ſui iuris, non amplius vna eademque cum patre perſona videri poſſet. Etſi enim dici ſolet in ſtipulationibus etiam condicionalibus cùm quæritur an valeant,& cui actio quæratur,inſpiciendum eſſe tempus interpoſitæ ſtipulationis *l.ſi filiusfamilias* 78.*De verb. oblig.* conſtat tamen ſtipulationem in tempus aliquod collatam non tam eo tempore interpoſitam videri quo ſtipulationis verba prolata ſunt, quàm in quod collata ſunt *l.ſi ego* 9.*§.ſi res alicui* D. *de iur. dot. l.* 4. *C.de donat.ant.nupt.* Cæterùm multò maior ratio eſt,vt ex æquitate, benignáque interpretatione, defendatur ea ſtipulatio,quæ interpoſita eſt per patrem habentem filium in poteſtate,quamuis collata in id tempus quo filiusfamilias eſſe deſiſſet, quàm quæ ab auo materno pro nepotibus ex filia,quos neque tunc habuerit, neque habere vnquam potuerit in *l.quodcunque* 45.*§.ſi quis ita* De *verb.oblig. poteſt.* Cur verò in ſpecie *d. l. ſi ita*, non magis valeat ſummo iure ſtipulatio quod ad perſonam heredis,obſcurius videri poteſt, Cùm cuilibet liceat heredi ſuo ſtipulari non minùs quàm ſibi ipſi *l.tale pactum* 40.*§.vlt.*D.*de pact.l.ſi pactũ* 9.

L.ſi genero 26.C.de iur. dot.l. pactũ 4.C.de pact. conuent. L.pater 7. eod.& l.Caius 45.D.ſolut.matrim

L.1.C.de patr. poteſt.

L.ſi ita 9. D. de pact.dot.

L.ſi filiusfamilias 78.. D.de verb.. oblig at..

L.quodcunque 45. §. ſi quis ita eod..

D. *de probat.* Non alia de causa quàm illa ipsa ex qua comparatum dicimus vt filiofamilias stipulari pater possit, Nempe quòd sicut patris & filijfamilias, ita defuncti heredisque vna & eadem persona esse intelligatur *l. heres & hereditas* 22. *D. de vsucap. l. heredem* 59. *De regul. iur. cum similib.* Sed dicendum est in casu *d. l. si ita*, impediri validitatem stipulationis etiam quod ad personam heredis, quoniam interposita erat persona filij, & quidem tanquam filij, non vt in *l. pater* 23. *eod.* tanquam heredis, quæ interpositio personæ filij in sua potestate tunc futuri impediebat ne posset stipulatio rectà & omnimodo transire à stipulatore in heredem, & consequenter ne quod ad eiusmodi stipulatoris ius attineret eadem posset videri persona heredis cum persona defuncti. Ob idque ex hac etiam parte necessaria est benigna interpretatio, vt fauore dotis quam non alia lege pater daturus fuisse creditur, stipulatio defendatur. Tunc enim heredibus nostris rectè stipulamur cùm inter nos & eos medium nullum est impedimentum, quod vtique subest interposita persona extranea, id est, quæ non sit heres. Nam & inde fit, vt si de heredis herede tractetur, non aliter possit fingi eadem persona cum defuncto primo testatore propter interpositam primi heredis personam, quàm si primi testatoris heres esse fingitur. Id enim est quod dici solet heredem heredis, heredem esse primi testatoris *l. si quis filiumfamilias* 7. *§. vlt. D. de acquir. hered. l.* 3. D. *de hered. petit. l. qui per successionem* 194. *De regul. iur. l. vlt. C. de hered. instit.* Fictio autem illa ideo facilè inducitur, quia quisquis eadem cum te cuius heres est persona esse intelligitur, cum necesse est eandem quoque personam esse intelligi cum illo etiam cum quo tu eadem persona fuisse putaris.

L. pater 23. D. de pact. dotal.

L. si quis filiumfamilias 7. § vlt. D. de acquir. hered. l. 3. D. de hered. petit. l. qui per successionem 194. De reg. iur. l. vlt. C. de hered. instit.

ILLATIO VI.

De obligatione inter patrem & filium.

SExtò ex eodem Principio fit vt inter patrem, & filiumfamilias nulla possit contrahi obligatio quia cùm ne intellectu quidem percipi possit obligatio nisi sint duæ personæ, vna quæ obligetur, alia cui obligatio acquiratur, patria verò potestas faciat vt patris & filij vna eadémque persona esse censeatur, nemo non videt fieri nullomodo posse vt salua patria potestate filiusfamilias patri, vel pater filiofamilias obligetur. In eámque rem textus est omnium accommodatissimus & elegantissimus apud Papinianum in *l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell. vers. Nam quia cautiones non poterant interponi conseruata patria potestate, damnum condicionis propter fraudem inflixit.* Quibus verbis, vt iã alio loco in superioribus obseruauimus, apertè docet Papinianus, posse filium familias etiam viuo & inuito patre proprium aliquid habere, saluo nihilominus & integro manente patri iure patriæ potestatis, quia nimirum filiusfamilias perinde ac paterfamilias quilibet capax est acquisitionis, Et tamen fieri non posse vt filiofamilias pater obligetur, quin patriæ potestatis ius violetur. Facit quod Iustin. scribit in *§. item inutilis infr. De inutil. stipulat.* Dices, Non minùs verum esse, dominum à seruo proprio stipulari nihil posse, Nec tamen ei consequens esse vt serui dominique vna & eadem persona esse credatur. Sed iam dixi sæpius, Tametsi ius idem hac in re, vt & in aliis plerisque in filiofamilias & seruo constitutum fuerit, non eandem tamen in vtriusque persona iuris esse rationem. Dominus enim ne à seruo proprio stipulari possit, illud impedit,

L. imperator 50. D. ad SC. Trebell.

§. item inutilis De inutil. stipulat.

dit,quod seruus,cùm pro nullo habeatur,iure ciuili obligari nullomo potest, ne quidē ei in cuius nō sit potestate. At filiifamilias persona nō impedit quominus possit ille cuilibet obligari,Excepto solo patre in cuius potestate est *d. §. nē inutilis.* Ac proinde fatendū est non alia ratione impediri filiūfamilias ne vel sibi patrem obliget vel patri obligetur , quàm quòd iuris ciuilis fictione eadem sit persona filij cum persona patris. Sed ista intellige de ciuili obligatione ex ijs quæ mox dicemus.

ILLATIO VII.

De *obligatione naturali inter patrem & filium.*

SEptimò ex eodem Principio fit vt ea obligatio quæ naturalis tantùm sit, non ciuilis,inter patrem & filium bene contrahatur , nec malè filiusfamilias patri debere dicatur,& pater filio relato debiti nomine ad naturalem obligationem *l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. præterea D. de pecul.* quia cùm obligatio naturalis æstimetur ex facto ipso,id est non tam ex iure quàm ex facti reique veritate *l. nec seruus* 41. D. *eod.* naturaliter autem & in rei veritate alia patris,alia filij persona sit,consequens est vt fictio illa iuris ciuilis,quæ sola facit eandem videri personam patris ac filij,non possit impedire naturalem obligationem quæ cum fictionibus iuris nihil commune habent. Vnde etiam est quod seruus quoque naturaliter & obligat & obligatur *d. l. nec seruus. l. serui* 14. *D. de obligat. & action.* quia vt pro nullo habeatur fit ex iuris tam ciuilis quàm honorarij fictione non ex rei naturæque veritate *l. quod attinet* 32. *De regul. iur. l. vllomodo* 7. D. *de leg. Cornel. de falsis.*

L. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. præterea D. de pecul. L. nec seruus 41. eod. L. serui 14. De oblig. & act. D.

ILLATIO VIII.

De obligatione ciuili & naturali inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos.

OCtauò ex eodem Principio fit vt non solùm inter patrem & filiumfamilias nulla obligatio ciuilis nullaque actio esse possit , sed nec inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos. Naturalis tamen obligatio inter eos non malè contrahatur,haud aliter quàm inter patrem & filiumfam. rectè contraheretur *l. frater à fratre* 38. *D. de condict. indeb.* De cuius tamen loci sententia,quoniam & obscura esse creditur,& à clarissimis ætate nostra Iureconsultis maximè agitata fuit,commodiore loco coniecturam nostram latiùs exposuimus *lib.* 20. *Coniect. cap. vlt.* Nunc sufficiat illationis huius rationem illam reddidisse , quòd cùm frater fratri per mediam patris personam coniungatur, idcóque in computandis iure ciuili gradibus cognationis frater non in primo sed in secundo gradu constituatur,fieri certè nequit vt iuris ciuilis fictione filiusfamilias eadem cum patre persona esse fingatur, quin quotquot sunt in eiusdem patris familia & potestate constituti fratres,vna etiam eadémque persona inuicem esse existimentur. Quomodo enim possent singuli vna eadémque cum patre persona censeri , si non inter se quoque eandem retinerent fictionem? Textus est elegans & ad hoc Principium referendus in *l. non solùm 67. §. sed etsi filiusfamilias D. de rit. nupt.*

L. frater à fratre 38. D. de condict. indeb.

L. non solùm 67. §. sed etsi filiusfamilias D. de rit. nupt.

ILLATIO IX.

De filiofam. ſtipulante ſeruo patris ſui.

NOnò ex eodem Principio fit vt ſi filius meus in mea poteſtate conſtitutus ſeruo meo ſtipulatur, mihi obligatio & actio ex ſtipulatu acquiratur *l. ſi filius* 40. *De verb. oblig.* quia acquireretur mihi ſi ego ipſe ſeruo meo ſtipulatus eſſem. Patria namque poteſtas facit vt vox filij mei mea eſſe credatur & contrà, *§. ſi quis alij infr. De inutil ſtipul.* licèt Tribon. ſæpe memor noui illius iuris, de quo diximus *illat.* 5. additum voluerit *in iis rebus quæ tibi acquiri poſſunt.*

L. ſi filius 40. de ver. oblig. § ſi quis alij De inutil. ſtipu.

ILLATIO X.

De donatione à patre collata in filiumfamilias.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt filiofamilias pater donare non poſſit *l. donationes in concubinã*, 1. *§. pater D. de donat. l. 2. C. de inoffic donat. l. ſi donatione* 15 *C. de collat. l. ſiue emancipatis* 17. *C. de donat.* non quòd filiusfamilias non ſit capax acquiſitionis etiam conſentiente patre vt vulgò imperitè creditur, quod nos iam in præcedentibus ſatis ſupérque confutauimus, Aut quòd nolit pater acquiri ſtatim filiofamilias, quod ei donat maximè inter viuos. Sed quia non poteſt donatio valere, quin obligatio contrahatur, vel ob hoc ſaltem ne donatori ſiue antè ſiue poſt perfectam donationem liceat pœnitere *l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ ſub mod. l. velles necne* 6. *& paſſ. C. de reuoc. donat.* Atqui iam diximus inter patrem & filiumfamilias obligationem ciuilem contrahi nullam poſſe. Ergo nec fieri inter eos donatio poterit. Etſi enim capax eſt filiusfamilias acquirendi dominij earum rerum omnium quas pater ſuas eſſe nolit, in quarum numero fatendum eſt collocari poſſe illas quas pater ipſe filio donat, prius tamen eſt vt contrahi poſſit obligatio inter patrem & filium, quàm vt ex traditione per patrem facta filio donationis iure dominium in filium transferatur. Nam ſi transferretur, vtique ex dominij natura irreuocabiliter transferretur *arg. l. 1. D. de iur dot.* Dominium namque non niſi certis modis vt acquiritur, ita & amittitur. Hoc ipſum autem vt dominium ex donationis cauſa tranſlatum reuocari à donatore nunquam poſſit, non ex alio loco proficiſci poteſt, quàm ex poteſtate obligationis quæ contracta fuerit in donando *l. ſicut* 5. *C. de oblig & action.* Cùm igitur inter patrem & filium non poſſit contrahi vinculum obligationis obſtante vinculo poteſtatis, quod & antiquius eſt & potentius, quis iam miretur dominium rei quam pater filio donauerit à patre in filium transferri non poſſe? Ex quo etiam apparet quàm egregiè vulgò errent interpretes noſtri. Exiſtimantes in donatione quam pater filiæ fecerit ex cauſa dotis aliud iuris eſſe, vt ipſo iure valeat & defendatur, Fauore, inquiunt, & priuilegio dotis, inter cuius priuilegia quàm plurima quæ ipſi congerunt vel hoc vnum maximè connumeratur, ex *l. Pomponius Philadelphus* 35. *D. famil erciſc.* Nam ſi ius patriæ poteſtatis ſolùm illud eſt quod facit ne donare filio aut filiæ pater poſſit, ius autem illud per nuptias filiæ non diſſoluitur *l. 1. §. vlt. D. de lib. exhib.* cur fauor dotis aut matrimonij faciet vt immutetur ius cuius ratio non ſit immutata? In eámque rem non obſcurus textus eſt in *l. cùm pater* 77. *§. pater filiæ De legat. 2.* ſed elegantior & apertior in *d. l. Pomponius*,

L. donationes 31. § pater D. de donat. l. 2. C. de inoff. don. l. ſi donatione 19. C. de coll. l. ſiue emancipatis 7. C. de donat.

L. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. erciſc.

ponius,qua noſtri in contrariam partem miſerè abutuntur. Vt à nobis pluribus demonſtratum eſt *lib.Coniect*,

ILLATIO XI.

De filiofamilias exercente ſine mandato actiones patri competentes.

VNdecimò ex eodem Principio fit,vt illas etiam actiones,quæ patri competunt poſſit filiusfam.exercere etiã ſine mandato,ſi modò pater aut abſens ſit aut ſuſpectæ vitæ,adeóque ad eiuſmodi actiones exercendas procuratorem dare *l.filiusfamilias* 8.D.*de procurat.l.exigendi* 12.*C.eod.l.ſi liberius*: 2.D. *de in ius vocand.l.ſi longius* 18.*§.ſi filiusfamilias* D.*de iudic.*Etſi enim actio non per alium exerceri poteſt,quàm per eum cui competit,quia nemo agit ſine actione *l ſi pupilli* 6.*§.videamus* D*e negot geſt.*quid tamen intereſt an pater agat an filius ſi pater aut abſens aut vitæ ſuſpectæ ſit,cùm ſint vna eadémque perſona?Planè cùm pater nec abſens nec ſuſpectus eſt, non permittimus filio vt agat,niſi mandante patre, quia præferri patrem tanquam digniorem conuenit in cuius poteſtate filius ipſe eſt.

L.filiusfamilias 8.D.de procurat.l.ſi libertus 12. De in ius vocand. l.ſi longius 18.§. ſi filiusfamilias D.de iudic.

ILLATIO XII.

De filiofamilias dando patri curatore.

DVodecimò ex eodem Principio fit,vt quamuis indecorum pleriſque viſum ſit patrem à filio regi daríque filium curatorem patri qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſit,tamen obtinuerit tandem ex Diui Pij Diuorúmque fratrum reſcriptis filium ſi ſobriè viuat curatorem patri dandum potiùs quàm extraneum *l.his qui* 12.§.1.D.*de tutor.& curat.dat.l.* 1. 2. *&* 4 D.*de curat.furioſ.* Cùm enim patris & filij vna eadémque perſona ſit propter ius patriæ poteſtatis, fere eſt vt ſeipſum regere poſſit pater qui per filium bene regi poteſt. Etſi non ignoro non ex ſolo iure poteſtatis id fieri ,ſed potiſſimùm intuitu pietatis, indéque eſſe quod matris quoque furioſæ curatio ad filium pertinet *d.l.* 4. *quamuis non habeat mater filium in poteſtate §.fœmina infr. De adopt. l. mulierem* 5.*C eod.*Quo exemplo poſſit quis tentare etiam ab emancipato filio patrem furioſum regi olim potuiſſe.Sed tamen non puto ita eſſe,Non ſolùm quòd id nullibi ſcriptum ſit,ſed etiam quia magis fuit olim extraneus patri filius ab eo emancipatus quàm matri filius quilibet,tanquam qui de familia expulſus eſſet per emancipationem non aliter ferè quã ſi per abdicationẽ eiectus eſſet de familiaGręcorũ more(niſi quòd abdicatio erat ignominioſa miſſio& eiectio de familia,emancipatio verò ignominiam non habebat *l. abdicatio* 6. *C.hoc tit.*) Etſi neque in patris neque in matris poteſtate aut hic aut ille eſſet. Minus enim iuris habet filius ratione patris poſt emancipationẽ,quæ ei familiam paternam adeunit,quàm ratione matris,in cuius nunquam fuerit poteſtate.Vnde fiebat vt ad matris inteſtatæ hereditatem filius admitteretur ex iure ciuili,hoc eſt ex ſenatuſconſulto Orficiano quod iuris ciuilis partem conſtituit *notit. De SC Orfic infr.*emancipatus autem nullomodo ad patris hereditatem legitimam vocaretur niſi mero beneficio & indulgentia prætoris. Quare nec diſtinguunt Iureconſulti vinculum poteſtatis à vinculo pietatis,ſed vtramque pro eadem accipiunt *l. vltim.* D.*ſi à parentib. quis manumiſſ. l. nec in ea* 22.*§. vltim.* D.*ad leg Iul.de adulter.*vt ſignificent emancipationem filij ſicut diſſoluit vinculum patriæ poteſtatis, ita & diſſoluere vinculum pietatis. Nec abs re ſ, quia nullam pietatem debet filius patri niſi tanquam filius.

L.his qui 12. §.1 D.de tu. & curat. dat.l.1.2.& 4.D de cur. furioſ.

L abdicatio 6.C.hoc tit.

L. vlt. D.ſi quis à par. manum ſit. l.nec in ea 22.§. vlt. ad leg Iul.de adult.

Atqui per emancipationem desinit esse filius, vt diximus in præcedentibus, cùm ius ciuile nullos filios agnoscat ratione patrum, quàm qui sint filijfamilias, hic autem ex filiofamilias paterfamilias fit. Dixi *ratione patrum* quia quod ad matres attinet non similiter dici potest non esse filium matris suæ cum qui desierit esse filiusfamilias, siquidem ea mutatio status & familiæ non interuenit respectu matris, quæ filios duntaxat habere potest, filiosfamilias habere non potest. Cúmque filiusfamilias is demum sit, qui ex iustis nuptiis susceptus est, matérque etiam extra iustas nuptias certa sit, multò magis autem iustis nuptiis contractis, apparet non feciſſe ius ciuile nec facere potuisse, vt ob id minùs filium haberet mater, quòd eum non haberet in potestate. Planè non nego potuisse olim filium etiam emancipatum dari curatorem patri, sed tanquã extrancum, non tanquam filium, & consequenter non nisi post agnatos omnes. Hodie verò postquam sublata est per Iustiniani *Nouell. constit.* 118. *De hered. ab intest. venient.* omnis differentia suitatis & emancipationis, itémque agnationis & cognationis, multò facilius admitto posse & debere filium emancipatum dari curatorem patri, sed ita tamen si alius nullus sit in potestate, cui prius ea cura mandari possit. Sicut enim non sustulit Iustinianus patriam potestatem, ita nec fecit quominùs etiam hodie filius qui in potestate est hac in re vt in cæteris omnibus minimè ad successionis iura pertinentibus, emancipato sit præferendus in pari saltem causa.

Nouell. 118. de hered. ab intest. venient.

ILLATIO XIII.

De exceptione quærenda patri ex iureiurando filijfamilias.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis iusiurandum sit quid valde personale ex parte iurantis, tamen si iurauerit filiusfamilias patrem dare non oportere acquiratur patri exceptio ex iureiurando filij *l. vltim. D. de except. l. 2. in princip. D. quar. rer. act. non det.* Nec ad rem facit quod idem cõstitutum sit fauore quoque domini, si seruus aduersario deferente iurauerit, dominum dare non oportere *l. si seruus iurauerit* 23. *D. de iureiur.* In seruo etiam aliam rationem id habet, quia non potest iusiurandũ prodesse ipsi seruo qui iurauerit, ideóque non pro se, sed pro domino iurasse intelligitur, sibíque debet imputare vt lex ait, qui seruo detulit iusiurãdum. At in filiofamilias qui proprio nomine & agere & conueniri posset, itémque iurare, quoniam persona libera & integra est, non alia ratio facit, vt iurando patrem dare non oportere acquirat patri exceptionem, quàm quòd vna eadémque cum patre persona esse intelligatur. Non tamen similiter è contrario dicendum est si deferente filiofamilias aduersarius iurauerit dandam ex iureiurando exceptionẽ contra patrem, Non magis quàm si seruo deferente iuratum esset, quia neque seruis, neque filiisfamilias permittitur condicionem eorum quorum potestati subiecti sunt facere deteriorem, vt ex Paulo subiungitur in *l. multò magis* 24. *eo.*

L. vlt. D. de except. l. 2. in princip. D. quar. rer. act. non det. L. si seruus iurauerit 23. D. de iureiur.

L. multò magis 24. eod.

ILLATIO XIV.

De *non extendenda fictione identitatis personæ patris & filijfamilias ad ea, quæ sunt meri facti.*

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt in iis quæ sunt meri facti nec quicquam iuris habent, filius quantumlibet in patris potestate constitutus,

tus,non cenſeatur eadem perſona cum patre. Vt ecce ſi pater ſoli filio ſuo quē in poteſtate habet dari ſtipuletur placet vtiliter contrahi obligationem, perinde acſi pater ſibi ipſi eſſet ſtipulatus, Et tamen ſi filiofamilias ex ea ſtipulatione ſolutum ſit patre ignorante non contingit liberatio, nec valet ſolutio *d. l.eum qui ita* 56.*§.qui ſibi verſ.quòd ſi ſoli* D.*de verb. obligat.* nempe quia obligatio quæ per ſtipulationem contrahitur iuris eſt, ſolutio autem facti *l.conſilio* 9.*§.vlt.* D.*de cur.furioſ.* ad ea porrò quę facti ſunt fictiones iuris ciuilis non accommodantur *l.denique* 19.*quib ex cauſ.maior l.in bello* 12.*§.facti.* D.*de cap. & poſtlim.l.qui heredi.* 44.*De cond. & demonſtr.*

L. eum qui ita 56.*§.qui ſibi verſ. quòd ſi ſoli D. de verb. oblig.*

L. denique 19.*D. quib. ex cauſ. maior. l.in bello* 12.*§ facti de capt. & poſtlim.*

ILLATIO XV.

De *oneribus patriæ poteſtatis.*

DEcimoquintò & vltimò ex eodem Principio fit vt patria poteſtas, licèt ſit perutilis &perhonorifica patri, adeóque res inæſtimabilis, vt iā diximus ex *l.filiusfamilias* 114.*§.ſed ſi liberos De leg.*1. ſua tamē habeat onera ex parte patris, quæ ex parte filij cōmoda ſunt nec parua, nec pauca. Puta vt à parentibus ali debeant& exhiberi, vt nominatim inſtitui, vel exheredari. Hoc enim fit ex iure poteſtais *l.inter cætera* 30.*l.penult.* D.*de libert. & poſth.* Denique ne ſingula congeramus, vt qui in poteſtate eſt fiat patri ſuus heres omniáque ſui heredis cōmoda conſequatur. Propter quam cauſam in *l* 5.*§.non tantùm* D.*de liber.agnoſc.* ita ſcriptum eſt *cætera quoque onera liberorum* & in *l.pen.eod.tit.* Nō quemadmodum maſculorum liberorum noſtrorum liberi, inquit Marcellus, ad onus noſtrum pertinēt, ita & in fœminis eſt, Nam manifeſtum eſt id quod filia parit non auo, ſed patri ſuo eſſe oneri, & in *l.penult.D.de adopt.* Onera eius, inquit Paulus, qui in adoptionem datus eſt, ad patrem adoptiuum transferuntur. Non alia ratione quàm quod in eundem transferatur quoque ius patriæ poteſtatis. Vnde etiam eſt quod ſicut pater inuitus filium non cogitur emancipare, at ne quidem auus paternus, nec ſi adſit principis reſcriptum *l. nec auus* 4.*C.de emancip.liber.* ita nec inuitum poteſt *l.3.& 5.eod.tit.* Item, quòd ſi quis nepotis loco adoptet, vel quaſi ex filio quem habet iam adoptatum, vel quaſi ex illo quem naturalem in ſua poteſtate habet, eo caſu & filius conſentire debeat, *ne ei inuito ſuus heres adnaſcatur*, vt ait Iuſtin. in *§.ſed ſi quis infr. de adopt.poſt Paulum in l.cùm nepos* 6.*& l.ſi is qui* 11.*eod.tit.* Ex quibus locis apparet non eſſe oneri patri quod habet liberos, niſi quatenus habet eos in poteſtate, taléſque qui futuri ſint, aut fieri poſſint ſui heredes. Qua etiam ratione Senatuſconſultum quod factum eſt de liberis agnoſcendis ad eos tantùm liberos pertinet, qui ſint in poteſtate, quíque ſui heredes agnoſcantur, non ad alios *l.1.§.1.& §.vlt.ill.tit. De liber.agnoſc.* Nec pugnat quod ab Vlpiano ſcriptū eſt in *d.l.*5.*§.*1.*eo.* patrem non tantùm eos liberos quos in poteſtate habeat cogendum exhibere, ſed etiam emancipatos, vel ex alia cauſa ſui iuris cōſtitutos. Id enim non ad ſenatuſconſultū, aut ad aliā vllā meri iuris ciuilis partē referendū eſt, ſed ad officiū iudicum datorū à prætore, apud quē nulla erat differentia, præſertim hac parte, ſuorum heredum & emancipatorum. Etſi vt verum fatear, tota illa *l.*5. aut ſaltem maiore ex parte, mihi valde ſuſpecta eſt, vt Triboniano magis quàm Vlpiano tribuenda videatur hoc ipſo quod de iudice ac

L. inter cætera 30. *l pen. De liber. & poſth.*

L.5.§.non tā tùm de liber. agnoſc. L.pen. eod. L pen. D.de adopt.

L 3 & 5. C. de emancip. liber.

§ ſed ſi quis De ado.l.cū nepos 6.& l. ſi is qui 11. eod.tit.

L.1.§. 1. & vlt. De liber. agnoſc. L.5.§.1.eod.

iudicibus loquitur,nunc in singulari numero,nunc in plurali.Cùm tamen neque nomina iudicum & magistratuum soleat Vlp.aut alius quisquam ex prudentibus confundere,neque vlla iudicis notio fuerit,nisi quatenus à magistratu datus esset,maximè verò à prætore,nec denique dubitãdum sit quin omnes de alimentis quæstiones ad solius prætoris iurisdictionem pertinerent,multò magis verò si inter patrẽ & filium de eo cõtrouerteretur *l.cùm hi* 8.*D.de trãsact.l. pen. & hoc tit.*Sed & eidem Triboniano facilè adscribo quod in *d. l.pen. de lib.agnosc.*additum video,*nisi pater aut non sit superstes aut egens est.*Cur enim auo materno debeãt esse oneri nepotes,etiã defuncto patre qui fuerit locuples & opulẽtam reliquerit hereditatem?De illo enim accipi debere verba illa *aut non sit superstes* ostendit manifestè disiunctio quæ sequitur *aut egens est*,cui sci licet locus non est nisi inter diuersa.Tunc verò nónne mortuo patre superesse potest auus paternus,æquè ac maternus?Etsi cùm loquimur de liberis qui one ri aliquando fuerint patri suo , ponendum est prędefunctum fuisse auum paternum,quo scilicet viuo non possint nepotes oneri esse patri , qui eos in potestate non habeat,quique in patris sui sit ipse potestate *l.si maritus* 7.*C.hoc tit.* Illo sanè casu quo pater omnino egẽs sit vt liberis suis alẽdis sufficere nequeat, ratio humanitatis & pietatis facit vt ad aui paterni onus ea res debeat pertine re.Et ad hunc casum proculdubio restringendum est quod de rescripto Diui Pij proponitur in *d.l.5.§.item Diuus Pius*,his verbis,*item Diuus Pius significat quasi auus quoque maternus alere compellatur.*Quę verba etsi minùs diserte cõcepta sunt quàm vt sapiant Vlpianum,significant tamen non obscurè, nec ferè ausum Diuum Pium eã alendorum nepotum necessitatẽ auo materno iniungere.Adeò videtur id à iuris ratione alienum vt eos liberos quos quis in pote state non habet alere cõpellatur.Quãquam in auo materno facilius id admitti potest etiã ex iure ciuili,quàm in patre qui filium emancipauit,argumẽto eorum quæ illat.12.scripsimus de matre,cui filius extraneus non est,sed filius,tametsi nunquam fuerit in eius potestate.Quod enim obtinet in matre,idem in auo quoque materno locum habet.Planè dubium non est quin filius etiam emancipatus debeat alimenta patri,sed nõ tanquam filius,at eo iure quo libertus alere cogitur egentẽ patronum *d.l.5.§.solent iudices.* Pater enim plus quàm manumissor est cùm sit & pater *l.1.§.vlt. D.si à parent.quis man.*Sed si alio mo do soluta sit patria potestas , non idem dici potest , Et tamen non dubitauit Tribon.addere in *d.l.5.§.1.vel ex alia causa sui iuris constituto.*

l.cùm hi 8. D. de trans. fact.l. pen. C.hoc tit.

L.1.§.item Diuus Pius D.de liber. agnosc.

d.l.1.§.solent iudices & §.1.

L.1.§.vlt.si à parẽt.quis manum sit.

II.LATIO XVI.

De priuilegiis concessis filio in honorem patris.

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt in honorem patris plerumque filio priuilegium concedatur,vt in *l.honor* 5.*l.*9.*&* 12.*C.de pœn.l.medicos* 8. *C.de profess.& medic.lib.*10.*tit.*52.Iunge *l.si quidem* 8.*D.quod met.caus.*

l.honor.5.C. de pœn.l.medicos 6 C. de profes.& medic.

PRINCIPIVM VIII.

De iure potestatis fœminis denegato & auo materno.

FOemina neque in sua potestate liberos suos habet,neque facit vt in aui materni potestate esse possint *§.fœmina quoque infr.*De *adopt.l. mulierem* 5. C. *eod.l.pen.*

§. fœmina de adopt. l. mulierem 5. C.eod.l.pen. D.de agnosc. liber.

*eod.l.penult.*D.*de agnosc.liber.* Prior pars Principij rationem illam habet quòd ius potestatis inductum sit iure ciuili ad familias tuendas & propagãdas vt in Principij primi declaratione docuimus,familia autem nulla est de cuius tuitione & propagatione tractari queat,nisi quæ sit patris,quia fœmina quælibet quãuis familiã suam habeat sicut & maritus,tamen illius suæ familiæ & caput,& finis est *l.pronunciatio* 195.§.*vlt.*De *verb.signific.*Posterior verò pars Principij huius,ex eo pendet quòd neque plus iuris habere potest ex persona filiæ in nepotes,quàm filia in proprios liberos,cùm ius aui in nepotes ex iure patris in liberos matrisve æstimandum sit,siquidã auus nepoti non nisi per mediã patris matrisve personam coniungitur *l.dotem* 6.D.*de collat.* Item ex eo, quod cùm nepos hic in patris sui auique paterni potestate sit, cuius & familiam sequitur,fieri nequit vt in aui quoque materni potestate sit, Ne alioquin eueniat contra ea quæ constituimus in superioribus,vt in duorum simul sit potestate.

L.pronũciatio 195 §. vl. De verb. signific.

L. dotem 6. de collat.

ILLATIO I.

De *fœminarum liberis in familia non numerandis.*

EX hoc Principio illud primũ fit quod Caius scribit in *l.familiæ* 196.§.1.De *verb.signific.*fœminarum liberos in familia earum non esse, quia qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.Quibus verbis obseruandum est non illud significari quod vulgo plerique putant,fœminas familiam nullã habere,(quotquot enim capita sunt in familia mortuo patrefamilias propriam familiam habere incipiunt *l.pronunciatio* 195.§. *familiæ* De *verb.signific.*nec tractari posset an fœminarum liberi in earum famialia essent,si familiã ipsæ nullam haberent)sed in ea familia liberos fœminarum non esse, Nempe, quia vt diximus mulier quælibet familiæ suæ & caput& finis est *d.l.pronunciatio §.vlt.* Atqui nec caput,nec finis esset familiæ suæ si nec familia ipsius vlla esset.

L. familia 196.de ver. signific.

ILLATIO II.

De *liberis filiarum quòd non auo,sed patri suo sint oneri.*

SEcundò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *d.l.pen.*D.*de agnosc.liber.*Non quemadmodum masculorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent,ita & in fœminis esse.Nam manifestum esse id quod filia parit non auo sed patri suo esse oneri.Siquidem,vt superiore Principio docuimus, non alia de causa nepotes ex filia non sunt oneri auo materno, quàm quòd neque in matris,neque in aui materni sint potestate.

L.pen.de liber.agnosc.

ILLATIO III.

Fœminas non habere suos heredes.

TErtiò ex eodem Principio fit vt fœminę non habeant suos heredes *l.illud notandum* 4.§. *ad testamenta* D.*de bonor.poss.contr.tabul.* non enim potest suus heres esse qui priùs non sit in potestate *l.si filius familias* 33.§.1. *D. de test. milit.l.si quis filio* 6.*De inoffic.supe.l.scripto* 7.*D.vnd.liber.*Vt diximus ad Prin. *1.allat.3.sup.eod.*

L. illud notãdum 4. §. ad testamenta De bonor. poss. contr. tab.

Digitized by Google

ILLATIO IV.

De matris præteritione habenda pro exheredatione.

QVartò ex eodem Principio fit vt mater filium ſuum, neque inſtituere, neque exheredare teneatur, ſed eius præteritio habeatur pro exheredatione. Quod & in auo materno, cæteriſque per matrem aſcendentibus perſonis obtinet §. *mater infr. De exhered. liberor.* cùm inſtituendi vel exheredandi filij neceſſitas ex ſuitatis & poteſtatis iure proficiſcatur quemadmodum diximus in præcedentibus ex *l. inter cætera* 30. *& ſeq. D. de liber. & poſt.*

§. *mater de exhered. liber.*

L. inter cætera 30. *De liber. & poſthum.*

ILLATIO V.

De filio deneganda bonorum poſſeſſione contra tabulas matris.

QVintò ex eodem Principio fit vt filio non detur à prætore bonorũ poſſeſſio contra matris tabulas quia non aliis ea poſſeſſio iure prætorio accommodatur quàm qui iure ciuili teſtamenta turbant, id eſt qui ſi præteriti ſint, non patiuntur iure ciuili valere teſtamentum *d. l. 4. §. ad teſtamenta l. non putauit* 8. *in princip. De bonor. poſſ. cont. tabul.* Niſi quod emancipatis liberis auxilium illud datur, qui quoniã iure ciuili pro liberis non habẽtur nõ impediunt quin iure ciuili valeat teſtamentum in quo præteriti fuerunt. Sed ſi ſufficit tales eos eſſe, qui ſi iuri ciuili eſſent cogniti, neceſſariò, vel inſtituendi eſſent, vel exheredandi.

L. 4. §. *ad teſtamenta de contr. tab. l. non putauit* 8. *in princ. eod.*

§. *fœmina De adopt.*

ILLATIO VI.

Fœminæ non poſſe adoptare.

SExtò ex eodem Principio fit vt fœminæ adoptare nõ poſſint, quia per adoptionem ius poteſtatis acquiritur *d. §. fœmina quoque infr. de adop.*

De familia & agnatis fœminarum.

OBſerua tamen fœminam licèt alios non habeat in familia ſua eſſe nihilominùs de familia & agnatione *l. cùm pater* 77. *§. cùm inter de leg.* 2. & conſequenter habere etiam agnatos cùm agnati ſint omnes qui per maſculos non qui maſculis coniunguntur *l.* 2. *§. agnati De ſuis & legit.*

L. cùm pater. 77. *§. cùm inter leg.* 2.

L. 2. *§. agnati de de ſuis & legit.*

TIT. IX.

De nuptiis.

PRINCIPIVM I.

De iuſtis nuptiis inter ſolos ciues Romanos contrahendis.

§. 1. *hoc tit.*

IVSTAS nuptias inter ſe ſoli ciues romani cõtrahunt qui ſecundum legum præcepta coeunt, maſculi quidem puberes, fœminæ autem viripotentes, vt Iuſtin. in princip. huius tit. ſcribit. Etſi enim maris & fœminæ coniunctio quæ modò non brutorum more, ſed cum ratione fiat qualis illa eſt quam nos matrimonium appellamus, iuris naturalis eſſe dicitur ab Vlpiano in *l. 1. §. ius naturale D. de iuſtit. & iur.* eorum autem quæ iuris naturalis adeóque iuris gentium

L. 1. §. ius naturale De iuſti. & iur.

Digitized by Google

tium ſunt,capaces exiſtimantur,illi etiam qui ciues romani non ſunt *l.ſunt quidam 17.§.1.D.de pœn.* Aliud tamen eſt de maris & fœminæ cõiunctione, aliud de matrimonio iuſto,iuſtíſque nuptiis tractare. Iuſtum namque matrimoniũ iuſtáſque nuptias ſolum ius facit. Siquidem iuſtum in iure noſtro id dicitur non vt vulgo æquum eſt,ſed quod ſecundum ius quod iure cognitum eſt & approbatum.Ius autem cùm ſimpliciter & abſolutè dicimus,non aliud quàm romanorum ius intelligimus *§. ſed ius quidem,ſup.De iur.natur.gent.& ciuil.* Proinde iuſtum matrimonium iuſtáſque nuptias dicimus eam duntaxat cõiunctionem maris & fœminæ quę ex legum præſcripto facta ſit,legũ, inquam romanarum.Habent quidem cæterę gentes omnes ſua matrimonia,eáque iuſta ſi alterius cuiuſque populi & ciuitatis iura,leges,& inſtituta conſiderentur. Sed nõ ſunt iuſta Romanis,qui hac in re ius adeo ſuum propriúmq; habere voluerunt,vt ſi non ſecundum Romanas leges matrimonium cõtractum ſit,nec pro matrimonio id haberi poſſit,& quod eſt conſequens,nec vir nec vxor,nec liberi,nec dos vlla eſſe intelligatur *§.ſi aduerſus inf.eod.* Idque ſanè fuit conueniens pro tuenda & amplificanda romanæ reipublicæ maieſtate, Vt quemadmodum pendet illa ex ſingularum familiarum dignitate quæ ipſa niſi per iuſtos & legitimos liberos,atque ita per iuſtas nuptias conſeruari & propagari non poteſt,Sic leges quaſdam conſtitui neceſſe fuerit,quæ matrimoniis contrahendis non ſolùm formam,ſed etiam dignitatem darent,ne quid fieret non ſolùm contra ius naturale, ſed nec contra publicam ciuilémque honeſtatem *l.ſemper.in coniunctionibus 42.D.de rit.nupt.*

§.ſi aduerſus hoc tit.

L.ſemper in cõiunctionibus 42. D. de rit. nupt.

ILLATIO I.

De *iniuſtis nuptiis contra populi Romani leges aut mores contractis.*

EX hoc Principio illud primũ fit quod iã diximus,vt ſi cõtrà quàm legibus aut moribus populi romani conſtitutum ſit contractæ fuerint nuptię pro nuptiis nõ habeantur,quia iuſtæ non ſint *d.§.ſi aduerſus infr.eo.* Ius enim ciuile romanorum pro nullo habet quicquid non ſecundum ius romanum eſt,vt vnuſquiſque tanto ſtudioſiùs pareat legibus,ex earúmque autoritate ſe ſuáque omnia pendêre intelligat,nec tantùm ſibi adroget vt iis poſſe ſe derogare putet *l.nemo poteſt 55.De leg.1.l.vlt. D.de ſuis & legit. l. non dubium 5.C. de legib.* Hinc dicimus nulla eſſe teſtamẽta quę ſunt iniuſta,id eſt in quibus nõ ſunt obſeruatæ ſollennitates iure ciuili introductæ, aut quibus fuerit inſtitutus is cuius inſtitutio iure ciuili non ſit permiſſa.*l.1.D.de iniuſt.rupt. & irrit. facl.teſtam.l.1.C.de hered. Inſtit.* Nullam emancipationem, nullam manumiſſionẽm, nullam adoptionem, nulla denique omnia quæ non ritè nec ex legum præſcripto facta ſunt.

d.§.ſi aduerſus.

L. nemo poteſt.55.de le. l.vlt.de ſuis & legit.L.nõ dubium 5. C.de legib. C.1. De iniuſt.rupt.l.1. C.de hered. inſtit.

ILLATIO II.

De contubernio inter ſeruos & ancillas.

SEcundò ex eodẽ Principio fit vt inter ſeruos & ancillas non poſſit eſſe matrimoniũ ſed cõtuberniũ dũtaxat,nec ſi cõtracti matrimonij tẽpore vterq; cõiũgũ pro ciue romano haberetur,adeóq; nec ſi alteruter ciuis fuerit *l.C.3.ſolut.matr.* quamuis non eo minùs dos cùm repetitur habeat priuilegiũ ſi mulier in mariti condicione errauerit probabili errore *l.ſi cùm dotem 22.§.vlt.D.eod.*

L.3.C.ſolut. matrim. L.ſi cùm dotẽ 22.§. vlt. D.eod.

ILLATIO III.

De matrimonio dissoluendo per seruitutem alterutrius ex coniugibus.

TErtiò ex eodem Principio fit vt quamuis matrimonia pleraque facta durent quæ fieri prohiberentur, vt euenit quoties alteruter coniugum constante iã matrimonio furere cœperit *l. patre furioso* 8. *De his qui sui vel alien. iur. sunt.* fieri tamẽ nequeat vt duret matrimoniũ inter eos quorũ alteruter redactus sit in seruitutẽ, siue ea seruitus contigerit ex captiuitate, siue ex pœna legibus irrogata *l.* 1. *D. de diuort. l. si quis sic stipuletur* 56. *De solut. matr. l. res vxoris* 24. *C. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ergo si alteruter coniugum nõ seruus factus sit, id est neque captus ab hostibus, neque in metallum puta damnatus, sed tantùm deportatus? De relegato enim dubiũ non est quin & nuptias & patriã potestatem retineat cùm non amittat ciuitatem *l.* 7. *§. siue ad tempus* D. *de interd. & releg.*) Constat deportatione amitti ciuitatem duntaxat, libertatẽ verò retineri *§. minor infr.* *De capit. diminut. l. vlt. D. eo. l.* 2. *§.* 1. *l. sunt quidam* 17. *§.* 1. *de pœn. l. inter pœnas* 6. D. *de interd. & releg.* Ideóq; cùm nuptiæ iustæ nõ inter alios possint consistere quàm qui nõ modò liberi homines sint, sed etiã ciues, consequens videtur vt nuptiæ per deportationẽ soluantur. quod & apertè scriptum est in *d. l. si quis sic stipuletur* 56. *De solut. matr.* Cõtrà tamẽ placuit deportatione matrimoniũ non dissolui *l. res vxoris* 24. *ver. sin autẽ C. de donat. int. vir. & vxor. l.* 1. *C. de repud.* vbi additur cõdicio *si casus in quẽ maritus incidit, nõ mutet vxoris affectum.* Nã cùm etiã deportatus liber nihilominùs remaneat, nihil prohibet, & virũ mariti affectionẽ, & mulierem vxoris animũ retinere, vt Vlpianus ex Marcello scribit in *l.* 5. *§.* 1. *De bon. damnat.* Ex quibus verbis apparet retineri vinculũ matrimonij non tã sola iuris potestate, quàm ex noua licèt tacita coniugum voluntate, cùm in alterius coniugis qui deportatus nõ est arbitrio sit, an in matrimonio manere velit necne, quod non ita esset si deportatio nõ interueniisset. Tũc enim non nisi aperto sollenníque diuortio matrimoniũ dissolui posset *l.* 1. 2. *& tot. tit.* D. *de diuort. l. inter stipulatum* 101. *§.* 1. *l. inter diuortium* 191. *De verb. signific.* Facit quod scriptũ est in *l. sed si mors* 13. *§.* 1. *D. de don. int. vir. & vxor.* etsi adsentior facilè Iacobo Cuiacio qui locũ illũ ab iis verbis *cùm igitur deportatione* Triboniani esse mauult, respiciẽtis ad illã Constãtini cõstitutionẽ quæ extat in *d. l. res vxoris C. eo.* & quã Iust. laudat & cõfirmat *Nouell.* 22. *De nupt. cap.* 13. *§. deportatio*, vbi & expressim scribit legibus romanis non dissolui matrimonia per deportationẽ. Quod sanè ita est accipiendũ vt nõ dissoluãtur, vtique, quomodo loquitur Vlp. in *d. l.* 5. *De bon. damn.* id est omnimodo & indistinctè, sed ita demũ si ex coniugibus ea persona quę deportata nõ est dissolutũ esse velit. Alioqui quid obsecro, matrimonij vinculo dignius est quàm cæsium mariti participẽ esse vxorẽ & cõtrà? *l. si cùm dotem* 22. *§. si maritus D. solut. matr.* nimirũ propter individuam illam vitę societatẽ quę per matrimonij vinculũ cõtrahitur *Li. D. de ri. nu.* Silicet quãdiu cõiugũ vterq; liber manet. Alterutro enim seruo effecto, siue per captiuitatẽ, siue ex pœna, vt loquitur *l. sed si maritus* 14. *§. sed si morte D. qui & à quib. manu.* finiri necesse est individuã illã vitę societatẽ, ex quo tẽpore verũ esse incipit nõ nisi vnũ ex cõiugib' supersse, cùm is qui seruus est pro nullo & mortuo habeatur *d. §. sed si morte.* Cęterùm potest dici matrimoniũ quodãmodo solui deportatione, hoc respectu quod diuortio nullo opus est sed nuda coniugis voluntate vt dissolutum perinde intelligatur acti diuortiũ interceſſisset. Ad quod videntur allusisse ij quos Vl. in *d. l. sed si mors* 13. *De don. int. vir. & vxor.* scribit existimasse, donationẽ inter cõiuges factam

L. 1. *D. de diuor. l. si quis sic stipuletur* 56. *solut. matr. l. res vxoris* 24. *donat. int. vir.*

L. si quis sic stipuletur 56 *D. de solut.*

L. res vxoris 25. *§. sin autem C. de donat. int. vir. & vxor. l.* 1. *C. de repud.*

L. 1. *§.* 1. *de bon. damnat. & l.* 2. *D. de diuort. l. inter stipulatum* 101 *§.* 1. *l. inter diuortium* 191. *de verb. signific.*

L. sed si mors 13. *§.* 1. *de donat. int. vir. & vxor.*

Nouell. 22. *De nup. cap.* 13. *§. deportatio.*

L. si cùm dotem 22. *§. si maritus D. solut. matr.*

L. sed si maritus 14. *§. sed si mortis qui & à quib. manu.*

& ã in casum deportationis perinde valere acsi facta esset in casum diuortij. Atque ita videntur supradictæ leges conciliari posse. Multò melius & cõmodius, quàm quomodo Iacob. Cuiacius cõciliauit ad *dict. Nouel.* 22. *De nupt.* vbi scribit deportatione solui matrimoniũ iure Quiritium, nõ solui iure gẽtiũ, quod inquit, in nuptiis cõtrahendis & retinẽdis maximè spectatur *ar. l. adoptiuus* 14. §. 1. *D. de rit. nup.* Is enim locus non de iure gentiũ loquitur, sed de iure naturali, quod cũ omnes homines pro liberis habeat, nec istam liberorũ differentiam agnoscat, consequens esset si quid ex eo loco inferri posset, æquè probandum esse, non dissolui matrimonium dãnatione in metallũ aut captiuitate, licèt his modis seruitus iure vel gentiũ vel ciuili irrogetur, Quod tamẽ nemo vnquam dixit, quia matrimonium cũ seruo neque contrahi, neque contractum durare potest, vt ex supradictis omnibus legibus apparet. Longéq; alius sensus est eius quod Paulus scribit in *d. l.* 14. §. 1. in cõtrahendis matrimoniis naturale ius & pudorẽ inspiciẽdũ esse. Id enim eò pertinet vt in matrimoniis cõtrahendis ab iis cõiũct omnibus abstinẽdũ sit quas natura ipsa abhorreat nõ autẽ vt ad ius naturale accõmodãtæ sint leges quæ à romanis circa matrimonia sunt constitutæ. Illud sanè admittendum est aliã esse libertatem iuris gentium de qua accipiendi sunt ij omnes loci qui probãt per deportationẽ nõ amitti libertatẽ, sed tãtùm ciuitatẽ *d §. minor infr. De ca. minu. l. vl. D. eo. l. 2. & 17. §. 1. De pœn.* cũ aliis sexcẽtis, Aliã verò libertatẽ iuris Quiritiũ, de q ... quũtur ij loci qui volũt libertatẽ quoq; amitti per deportationẽ vt *l. pen. in fi. De extr. cog. l. 4. §. vl. De grad. & ad fi.* De quo scribemus latiùs ad *ti. De ca. diminu.* Deniq; multò facilius est vt iã ... tractũ matrimoniũ etiã à deportato retineatur ita volẽte vxore, quàm vt cũ eo cõtrahatur *d. l. patre* 8. *De his qui sui*, præsertim propter spẽ restitutionis quę sub est quãdiu libertas iuris gẽtiũ retinetur, nõ etiã cùm illa quoq; amissa est, quia seruitus nõ etiã deportatio morti sẽper adsimilatur *l. interciditur* 59. *D. de cond. & dem.*

d. Nouel. 22. cap. 1.

L. si adoptiuus 14. §. 1. D. de rit. nupt.

§. minor infr. De capit. minut. l. vlt. D. eod. l. 2. & 17. §. 1. D. de pœn. l. pen. in fin. C. de extr. cognit.

ILLATIO IV.

De nuptiis inter duorum fratrum vel sororum vel fratris & sororis liberos.

QVartò ex eodem Principio fit vt inter duorum fratrum vel sororum vel fratris & sororis liberos, valeat iure ciuili matrimoniũ, tãquã quod legibus romanis nõ fuerit prohibitũ, siue antiquiora iura spectes *l. 3. D. de ri. nupt. l. 2. C. de instit. & subst.* siue recẽtiora *§. duorũ infr. ti.* licèt medio tẽpore aliud ius obtinuisse videatur, non solùm si Theophilo credimus & Caio in Instit. sed & si ponderare volumus constitutionẽ illam Arcadij de qua in *l. celebrãdis* 19. *C. hoc tit.* quę celebrandorũ inter consobrinos matrimoniorũ licẽtiã indulget, reuocata, inquit, id est renouata prisci iuris quod abolitum fuerat, autoritate. Sicut & multò meliore ratione tandẽ obtinuit ex põtificij iuris potestate vt huiusmodi nuptię interdictę sint propter nimiã sanguinis proximitatẽ. Cuius veneratione factũ etiã illud est, vt in agnationis & cognationis gradibus cõputã dis incipiatur à fratre, tãquã ab eo qui sit in primo gradu cùm tamẽ iure ciuili cõputetur in secũdo *l. iurisconsultus* 10. *D. de gradi. & adfi.* Ratio iuris ciuilis est, quia frater fratri nõ nisi per mediã parẽtis personã cõiũgitur. Nec enim alia de causa frater meus es, quàm quia ex eodẽ parente natus es. Ius verò põtificiũ ad id respexit, quod cùm intra quartũ cognationis gradũ prohibeat nuptias, tãtò maior sanguinis veneratio & pudor erit, quanto remotior fiet quartus ille gradus, vt qui reuera quintus est, pro quarto tantùm, & cõsequẽter pro interdicto habeatur. Cęterùm hac in re vt & in cęteris omnibus quę ad nuptias pertinẽt, sequimur ius põtificiũ etiã in terris imperij, nõ modò propter ipsius dignita-

L. 3. D. de ri. nupt. l. 2. C. de instit. & subst.

§. duorum hoc tit. L. celebrandis 19. C. eo.

Ius pontificium quoties de nuptiis agitur sequendum.

tem, sed etiam propter religionem sacramẽti, quod non aliunde quàm à Christo Domino sponsáque ipsius sacrosancta ecclesia leges suas accipere potest.

ILLATIO V.

De *incesto ciuili.*

QVintò ex eodem Principio fit vt si quis vxorem duxerit ex his personis quas etiãsi non legibus scriptis tamen moribus romanorũ vxores ducere prohibemur, incestum committere dicatur *l. fororis* 39. §. 1. *De ri. nupt.* Quod enim ius moribus cuiusque populi & sine scripto receptum est, nõ minùs constituit partem iuris ciuilis, quàm quod scripto constitutum fuit, vt diximus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* Inde est quod libertinus libertinam matrẽ aut sororẽ ducere vxorẽ non potest *l. libertinus* 8. *eod. tit.* vbi rationem Pomponius reddit *quia hoc ius moribus non legibus introductum est.* Quãquã si quis huius non scripti iuris rationẽ pergat quærere, illa adferri potest, quam Paulus reddit in *d. l. adoptiuus* 14. §. 1. *eo. ti.* quod in cõtrahendis matrimoniis ius naturale potissimùm inspiciendũ sit, ius autem naturale nullã inter seruiles & ciuiles cognationes differentiã cõstituat. Eóque pertinet quod scriptum est in *l. nuptiæ* 53. *& seqq. eo.* nuptias consistere nõ posse inter eas personas quę in numero parentũ liberorúmve sunt siue proximi, siue vlterioris gradus sint in infinitũ, nihílque interesse an ex iustis nuptiis cognatio descendat an non, Nã & vulgo quæsitam vxorem ducere quẽ prohiberi, Quihetiam nefas existimant eam quoque vxorẽ ducere, quę per adoptionem filia neptísve esse cœperit in tãtum vt etsi per emancipationẽ adoptio dissoluta sit, idem iuris maneat. Id enim ius non lege aliqua cõparatũ est, sed moribus ex iure gentiũ profectis, nã iure gentiũ incestũ cõmittit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium vxorem ducit *l. vlt. eo.* Neque distinguitur an palam, vel clã ducat, quia erroris obtentus vix vllus esse potest inter ascendentes & descendentes. Sed inter veniẽtes extatere distinctio illa locũ habet, quia qui palã fecit leuiùs, qui clã grauiùs punitur. Qui enim palam delinquunt vt errantes, qui verò clam, quasi contumaces plectuntur *d. l. vl.*

L. fororis 39. §. 1. De rit. nupt.

L. libertinus 8. eod.

L. adoptiuus 14. §. 1.

L. nuptiæ 53. & seqq. eo.

L. vlt. eod.

ILLATIO VI.

De *matrimonio quod Senator vel Senatoris filius cum libertina contraxerit.*

SExtò ex eodem Principio fit, vt matrimonium quod Senator vel Senatoris filius cum libertina cõtraxerit ipso iure nullius sit momenti, quia lege Iulia nominatim id prohibitum est. licèt cęteris ingenuis præter Senatores eorúmq; liberos fuerit permissum *l. lege Iulia* 23. *eo. ti. l. semper* 42. §. 1. *De rit. nupt.* Excellentia enim Senatorię dignitatis quę non tantùm Senatoribus ipsis, sed & ipsorum liberis acquiritur *l. filiam* 9. *D. de Senat. l. generali* 34. §. *vlt. D. hoc tit. De rit. nupt.* hoc ius exigere visa est ne sordesceret per indiuiduam illam vitæ societatem quæ ex iustis cum libertina nuptiis, si licitę essent, contraheretur. Itaque casus patris remoti à Senatu non faciet vxorem filiam ipsius nuptam libertino, quia nec aufert filiæ dignitatem *d. l.* 34. §. *vlt.*

L. lege Iulia 23. l. semper 42. § D. hoc ti. l. generali 34. §. vlt. eod. tit. l. filiam 9. De senat.

ILLAT. VII.

De nuptiis eius cuius parentes ludicram artem fecerunt.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt nec eam cuius pater matérve artem ludicram fecerit vxorem ducere Senator vllúsve ex Senatoris liberis possit, sicut nec filia Senatoris nubere libertino, eíve cuius pater aut mater artem ludicram similiter fecerit, quoniam & eadem lege Iulia idipsum nomi-

nominatim, districtéque prohibitum est *l. lege Iulia* 44. *eod. tit.* Quòd hoc genus scenicarum personarum vile sit & abiectum *l. humilem* 7. *C. de incest. & inu til. nupt.* vbi Impp. istis equiparãt, tabernarios, lenones, arenarios, eos qui mercimoniis publicè prefuerunt, eorúmque liberos, hactenus scilicet ne senatoriarũ nuptiarũ possint esse capaces. Alia ratio est pauperũ personarũ ex ingenuis parẽtibus natarum. Nulla enim inter ingenuas ex diuitiis & opulentiore fortuna debet esse distantia, vt in *d. l. humilem* eleganter & verè scribunt Imperatores. Planè si Senatoris filia quæstum corpore, vel artem ludicram fecerit, vel iudicio publico damnata fuerit, impunè libertino nubit. Nec enim honos ei seruandus est quæ in tantum scelus se deduxit, *l. Senatoris filia* 47. *de rit. nup.* sic enim ibi Haloander legit, melius quàm vulgo *in tantum fœdus*, nisi malis, quod ego probabilius arbitror, legere *in statum fœdum*.

L. lege Iulia 44. eod. tit.

L. Senatoris filia 47. D. hoc tit.

ILLATIO VIII.

De nuptijs inter Senatorem & libertinam permittente Principe contractis.

OCtauò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit *in l. si senatori* 31. *D. eod.* Si Senatori permissum fuerit indulgentia Principis libertinam vxorem iustam habere, futuram illam iustam vxorem. Non enim videri potest contra leges vxorem duxisse qui duxit Principe permittente, & indulgente, siue Principem accipias pro viua voce iuris ciuilis, quomodo de prætore ac iure prætorio scriptum est *in l. nam & ipsum* 8. *de iust. & iur.* (vnde & in Codice passim oraculum appellatur, nunc simpliciter, nunc oraculum viuæ vocis, nunc celeste, nunc diuinum, nunc sacrum] siue Principem consideres tanquam qui sit supra leges.

L. si Senatori 31. eod.

ILLATIO IX.

De nuptijs cum adulterij rea post abolitionem contractis.

NOnò ex eodem Principio fit vt si quis ream adulterij quam siue mariti siue non mariti, hoc est, extranei iure postulauerit denuo vxorem duxerit post abolitionem, iure contractum matrimonium videatur *d. l. generali* 34. §. 1. *De rit. nup.* nempe quòd nulla lege prohibitum illud sit, & impetrata iure abolitio prioris accusationis & memoriam & iniuriam extinguat salua & accusatoris & reæ existimatione, *l. abolitio* 8. *& seqq. D. ad SC. Turpill. l. vlt. & tot. tit. C. de abolit.*

d. l. generali 34. §. 1. D. hoc tit.

ILLATIO X.

De nuptijs contractis inter priuignos mariti & vxoris ex alijs matrimonijs.

DEcimò ex eodem Principio fit quod subiicit Papin. *in d. l. generali*, Inter priuignos, id est, mariti & vxoris ex aliis cuiusque matrimoniis liberos nuptias contrahi posse, quamuis fratrem communem ex nouo parentum matrimonio susceptum habeãt, Nimirum quia id neque moribus, neque legibus prohibitum est, nec iusta vlla prohibendi causa fuit, licèt species ista & elegans sit, & valde singularis.

d. l. generali §. 2.

ILLATIO XI.

De nuptijs inter tutorem vel curatorem & adultam prohibitis.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt tutor vel curator adultam vxorem ducere non possit, *l. tutor* 36. *D. eod. tit. l. 1. & tot. tit. C. de interd. matrim. int. pupill.*

l. tutor 36. D. hoc tit. l. 1. & tot. tit. C. de interd. matrim. int. pupill.

by Google

L.nō eſt matrimoniū 66. & hoc tit l. qui pupill. 7. D. ad leg. Iul. de adul. L. Senatuſconſulto 59. & ſeq. hoc tit. L. libertum 64 §. 1. eod.

pupill. Nimirum intra annum viceſimum ſextum eius quæ pupilla fuit *l. non eſt matrimonium* 66. D. *de rit. nupt. l. qui pupillam* 7. D. *ad leg Iul de adult.* vbi additur non ſolùm hoc matrimonium non valere, ſed & adulterij accuſari poſſe hunc qui tutor vel curator fuit. Hoc verò ius profectum eſt ex Senatuſconſulto, de quo in *l. Senatuſconſulto* 59. *& ſeq.* D. *de rit. nupt d. l.* 1. C. *de interd. matr.* Et rationem illam habet, ne pupillæ in re familiari circumſcribantur ab his qui rationes tutelæ geſtæ eis reddere compelluntur *l. libertum* 64. §. 1. *De rit. nupt.* ideóque licèt Senatuſconſultum non niſi de tutore tutoriſque filio locutum ſit, ad extraneum tamen tutoris heredem Senatuſconſulti ſententiam porrigendam eſſe Calliſtratus eo loco ſcribit, Propterea quòd in eo quoque ratio Senatuſconſulti locum habeat, cùm perinde tutelæ actione teneatur. In omnibus enim legibus & interpretandis & ampliandis & reſtringendis rationem potiſſimùm quæ legiſlatorem mouit, inſpicere ſemper oportet: vt perſonæ omnes, quibus ea ratio conuenit lege comprehendantur, non etiam illæ quibus non conuenit. Finge tutorem pupilli velle filiam ſuam collocare pupillo ſuo in matrimonium aut curatorem adulto. Non prohibetur *d. l. libertum §. vltim.* quia non faciet id matrimonium ne prohibeatur pupillus quandoque rationes exigere à tutore quamuis ſocero effecto. *l.* 5. *C de interd. matr. int. pupill.* Idē eſt ſi pupillæ mater cum tutore filiæ ſuæ vel cum filio tutoris nuptias contrahere voluerit *l.* 2. *C. eod.* Finge auum tutelam geſſiſſe neptis ex filio emancipato natæ. Nepoti ex altero filio eam collocare nihilominùs poteſt, ſiue emancipato, ſiue manenti in poteſtate, quia par adfectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amouet, Et quamuis Senatuſconſultum ſtricto iure contra omnes tutores nitatur, attamen ſummę adfectionis auitæ intuitu, nuptiæ huiuſmodi concedendæ ſunt quaſi ceſſante Senatuſconſulti ratione *l. non ſolum* 67. §. 1. *eod.* Rurſum finge, Titium tutelam puellæ adminiſtraſſe vel curatoris iure negotia ipſius geſſiſſe, illam verò nondum recepta ratione deceſſiſſe filia herede relicta, Placet poſſe Titium eam filio ſuo in matrimonium collocare, quia ratio non iam tutelæ eſſet vt anteà, ſed facta hereditaria, & ſic ſimplicis potiùs quàm priuilegiarij debiti iure cenſenda. Alioquin omnis debitor eam cui obligatus eſſet ex aliqua ratione prohiberetur ſibi filióque ſuo coniungere, quod alienum eſſet à ſententia & ratione Senatuſconſulti cuius finis duntaxat ille fuit ne qua tutelaribus rationibus fraus fieri poſſet, Vt ſubtiliter ratiocinatur Thryphoninus in *d. l. non ſolùm §. ſi puellæ.* E contrario finge datum quem eſſe curatorem ventri boniſque, prohibitio Senatuſconſulti inducetur, quia licèt hic tutor non ſit (nec enim tutor ventri dari poteſt vt ſuprà diximus ad *tit. De ingen. Princ.* 3. *ex l. ventri* 20. *D. de tutor. & curat. dat.*) perinde tamen acſi tutor eſſet, rationem reddere tenetur. Nec mouere nos debet perexiguum ſpatium huius adminiſtrationis quæ partu edito finitur. Nam neque in tutore, neque in curatore diſcrimen habitum eſt minoris aut maioris temporis, quo quis fuerit in adminiſtratione *d. l. non ſolùm. §. & ſi quis.* Finge quem tutorem quidem non eſſe, ſed tamen periculum tutelæ ad eum pertinere. Sententia orationis hic quoque cōtinebitur, quia quamuis tutor non ſit, ob ídque non contineatur verbis Senatuſconſulti, parum tamen intereſt an tutor ſit, an tutelæ periculum ad eum ſpectet, cùm & huiuſmodi periculum in numero trium tutelarum computetur *d. l. ſi quis tutor* 60. *eod.* vbi adfertur exemplum ſi pupilla ab hoſtibus capta ſit, quo caſu certum eſt finiri tutelam, & deſinere tutorem eſſe illum qui prius

L. non ſolùm 67 §. 1. D. hoc tit.

d. l. non ſolùm §. ſi puella.

§ etſi quis d. l. non ſolùm.

L. ſi quis tutor 60. eod.

L. §. & 2. C. de interd. matrim.

fuit

fuit cùm tutela ſit ius & poteſtas in caput liberum §.1.*infr. De tutel.* pupilla autem ab hoſtibus capta facta ſit ſerua vt dicemus ad §.1.*infr. quib. mod. tutel. finit.* neque tamen finitur periculũ tutoris ſi interim aut nihil aut malè adminiſtret cũ pupilla redire ab hoſtibus poſſit, Aliud exẽplũ eſt ſi quis falſis allegationibus excuſauerit ſe à tutela, aut per ambitionẽ, id eſt per gratiã iudicis cuius fuit tutorẽ dare. Nam & ad hoc tutores perperam & ſine cauſa excuſatos periculum adminiſtrationis exinde pertinet, *l.1.& tot. tit. C. ſi tut. vel curat. falſ. allegat. excuſ. ſit*, id eſt ex die non propoſitæ ſed admiſſæ excuſationis. Quid ergo, ſi quis honoris cauſa tutor datus ſit? ſunt enim etiam honorarij quidam tutores, qui licèt adminiſtrare non poſſint ſunt tamen quaſi obſeruatores & cuſtodes adminiſtrationis tutoris, nec minùs ad eos quàm ad veros tutores adminiſtrationis periculum pertinet *l.3.§.ceteri D. de admin.& peric. tutor. l. quòd ſi forte* 14. *§.1. D. de ſolut.* Facit dubitationem quod huiuſmodi tutela honoraria non computatur in numero trium tutelarum quæ ad iuſtam excuſationem prodeſſe ſolent. Sed tamen cùm & hic tutor ſit quamuis non niſi honorarius, & periculum tutelæ ſubeat ſi ab alio malè tutelam adminiſtrari paſſus fuerit, magis eſt vt pertineat & ad verba & ad ſententiam Senatuſconſulti *d.l.ſi quis tutor §. quid ergo ſi honoris*, vbi Paulus addit nec dubitandum eſſe quin ad orationẽ ille quoque pertineat qui poſteaquã datus eſt tutor ceſſat in adminiſtratione: Siquidem perinde tutelæ actione tenetur ex ſacris conſtitutionibus atque ſi geſſiſſet *l.1. C. ſi tut. vel curat. non geſſ.* Planè ſi quis tutor ſit neque tutelæ periculo ex propria perſona obſtrictus, licèt periculum ob alterius perſonam aliquo caſu agnoſcere cogatur, puta quòd pro tutore vel curatore fideiuſſerit, vel magiſtratus ſit qui quòd non benè proſpexerit vt cautum eſſet pupillæ, ipſe in tutelæ periculum inciderit ex *tit. De magiſtr. conuen.* ad Senatuſconſultum nullomodo pertinebit neque ex verbis neque ex ſententia. Tantò minùs quòd nec in trium tutelarum numero periculum hoc computatur. *d. l. ſi quis tutor §. ſed ſi propter.* Senatuſconſultum enim ſicut de ſolo tutore locutum eſt, ita nec de alio ſenſiſſe dici poteſt quàm qui tutelæ rationem ex propria perſona reddere teneatur. Difficilius illud eſt, Si cùm ſe vellet quis excuſare aliquo titulo nec in promptu probationes haberet, excuſationis negotium fuerit dilatum, & inter moras pupilla adoleuerit, an pertineat ille ad Senatuſcõſultum. Quæſtio in eo eſt an & poſt pubertatem officio tutelæ iam finito excuſationem eius recipi oporteat. Nam ſi recipitur, impunè ducere poteſt, Sin minùs, non rectè ducit. Papiniano placebat officio finito excuſationem recipi non oportere. Præpoſterum enim videbatur de excuſatione quæri & pronũciari eo tempore quo tutela iam finita eſſet. Et ideo præteriti temporis periculum ad hunc pertinere putabat Papinianus. Sed aliud Pauli iudicium eſt in *d. l. ſi quis tutor §. quid ergo ſi cùm.* Ratione illa quòd iniquum ſit propter dilationem quæ non dolo malo (tunc enim aliud eſſet) ſed ex neceſſitate contigerit, non excuſari, vel excuſatione recepta nuptias impediri. Quanquam vt liberè dicã quod ſentio vix mihi poſſum imperare quin cum Papiniano ſentiam. Propoſuit enim ille quæſtionem de eo qui ſe excuſauit, generaliter, & indiſtinctè, id eſt, nõ adhibita illa facti diſtinctione, An dolo malo, an verò ex neceſſitate petierit dilationẽ ad probandã excuſationis ſuæ cauſã. In dubio autẽ ſi à cõmuniter accidentibus arguere licet, vix ſanè eſt vt non dolo malo captata dilatio ſit per-

L.1. C. ſi tut. vel curat. falſ alleg. excuſ ſit.

d.l.ſi quis tutor §. quid ergo ſi honoris.

L.1 C. ſi tut. vel curat. non geſſer.

§. ſed ſi propter d.l. ſi quis tutor.

§. quid ergo ſi cùm d. l. ſi quis tutor. Papiniani & Pauli diſſenſio.

quam factum est vt tutelæ tempus priùs transierit, quàm de excusationis iure vel iniuria potuerit pronunciari, manente interea pupillo pupilláve sine tutore. Maximè cùm de excusationibus tutorum & curatorum summariè quantum fieri potest cognosci oporteat, soleátque. Quòd si proponas eam speciem incidisse in qua ex necessitate, dilationem in tam longum tempus protendi contigerit, fatebor sanè quod nec Papinianus vt puto negaret, non eo minùs admittendam esse excusationem eius cui nihil imputari possit. Sed non video quo colore possis idcirco contra Papinianum generaliter constituere admittendam huius tutoris excusationem etiam post pubertatem, & tamen verba illa *propter dilationem quæ fortè non dolo sed ex necessitate contingit*, præ se ferre videntur, non esse inquirendum an dolo, an ex necessitate dilatio illa contigerit, sed sufficere ad recipiendam omnimodo & quandocunque excusationem, vt potuerit aliquo casu necessitas exigere tam lõgam dilationem: quod tamen fuerit certè iniquum. Itaque quamuis non ignorem Paulum à Papiniano in aliis plerisque iuris nostri quæstionibus facilè dissensisse, vt ex ipsius ad Papinianum notis apparet: Suspicor tamen ab iis verbis *sed mihi hoc nequaquam placet* reprehensionem Triboniani esse potiùs quàm Pauli, quem vtique credibile est rationem aliquam qua sola vinci poterat autoritas Papiniani, allaturum fuisse sumptam ex iure certo, non ex eo quod in facto euenire posset aut non euenire. Nam & in eadem lege alia multa sunt, Tribonianum multò magis quàm Paulum redolentia, vt cùm in *d. §. quid ergo si honoris* scripsit *quatenus* pro *quandoquidem* illo loco *quatenus nec huiusmodi tutela in numerum computatur*. Item cùm toties inculcat verba illa *Quid ergo si*, quater scilicet vt videas insulsè repetita: quasi non alia essent quibus instituta disputatio peragi posset. Item cùm in respondendo ad propositas quæstiones bis inculcat hæc ipsa verba *Et consequens est hoc probare*, nimirũ in *§. 1. & §. vlt.* vbi multò insulsiùs & per pleonasmũ Triboniano familiarẽ sic quæstio alia & noua cõcipitur. *Quid ergo si tutor datus prouocauit, & postea heres eius victus est? Prateriti tẽporis periculũ præstare debet. An verò si filius heres fuit & victus est ad orationem pertineat?* His namque verbis duplex quæstio proponi videtur, quarum prior si de alio hærede quàm de filio intelligatur, quomodo intelligi necessariò debet si à secunda distinguatur, omnino aliena est à proposita disputatione, nec ad senatusconsultum de quo agimus, aut ad Diui Marci orationem ad quam senatusconsultum factum est, vllo modo pertinet. Quòd si vna tantùm quæstio sit de victo filio tutoris qui à tutelæ datione prouocauerat, quid attinebat obsecro de quolibet tutoris herede primùm, postea de filio proponere quæstionem? An non & breuiùs & elegãtiùs poterat concipi quæstio his verbis, *Quid ergo si tutor datus prouocauit, & filius idémque heres eius victus fuit, An quia prateriti temporis periculum præstare debet, ad orationem pertinebit?* Paulum verò ita potius loquuturum fuisse nemo certè dubitabit, qui diligentiùs tanti I.C. consilium obseruauerit, nisi quod tractaturus quæstionem nihil omnino commune habentem cum eo quod dixerat in vers. præcedente, Naturales liberos licet in adoptionem datos, senatusconsulto contineri non fuisset vsus illis verbis, *Quid ergo*, quibus scilicet tunc accommodatè vtimur, cùm ea connectere volumus quæ similitudinem, & vt loquuntur, dependentiam aliquam habent. Planè hunc quoque tutoris filium, qui post patris mortem

Manus Triboniani in d. l. si quis tutor, variis locis.

mortem in causa appellationis per patrem interpositæ succubuit, ad orationē pertinere certum est,cùm,vt in lege sequitur,tutelæ rationem reddere debeat & quidem tanquam tutor & ex propria persona.Non solùm enim viuo tutore,sed & post eius mortem filius tutoris ducere vxorem prohibetur cā cuius tutelæ rationi obstrictus pater fuit *d.l.non solum in princip.* Vbi quod magis est,addit Thryphoninus, nihil interesse an patri heres extiterit filius,an abstinuerit paterna hereditate,imò an nec heres fuerit, Vt puta si cùm suus heres esset,fuerit exheredatus, vel si cùm esset emancipatus fuerit præteritus. Nam & fieri potest,inquit,vt per fraudem siue patris,siue filij, siue, quod frequentius est,vtriusque in alium(sic enim lego non *in eum*) collocata bona patris, metu reddendarum tutelæ rationum,tandem reuocari oporteat, vt beneficio actionis reuocatoriæ competentis ex interdicto fraudatorio,de quo in *tit.quæ in fraud.credit.*perinde consulatur indemnitati pupillæ, acsi filius heres patri extitisset.Ea namque omnia quę in fraudem Senatusconsulti siue tutor siue tutoris filius cōminisci potest pro irritis haberi conuenit, sicut & aliàs dici solet de iis omnibus quæ in fraudem legum excogitata probari possunt*l.quidam* 29. *in fin.* D.*ad SC.Velleian.*Facilè autem fraudis suspicio & præsumptio subest inter coniunctas personas ,maximè inter patrem , & filium propter commune votum parentum omnium,vt liberis omnia parent. *l.pen. §. sed numquid* De *bon.libert.*Illud etiam constat,tametsi tutor pupillam bonis paternis abstinuerit,siue inconsultiùs id fecerit vt eo nomine debeat condemnari, siue optimo consilio,prætoriæ iurisdictionis auxilio,id est abstentionis beneficio vsus sit, quia non soluendo pater eius decesserat,nihilominùs tamen nuptias impediri, quoniam facti sui rationem reddere tutor debet, cámque probare in iudicio cuius plerumque dubius & incertus est euentus, & longè alius quàm quem sperauerat,culpæ licèt conscius sibi nullius.*d.l.non solum §. vlt.* Qua etiam ratione rectissimè constitutum est,quemadmodum ibidem Thryphoninus ait, vt non minùs qui benè & ex fide quàm qui perfidè tutelam administrauit,pupillam suam vxorem ducere prohibeatur,quia licèt nulla fraudis suspicio eadere possit in eum tutorem qui pupillam potiùs ex tutelæ administratione sibi obligauerit,non priùs tamen certò sciri potest an tutor pupillæ debitor sit, an creditor,quàm diligenter excussæ & plenissimè redditæ sint tutelæ rationes: nec semel euenit vt qui se creditorem putabat debitor tandem inueniatur. In tetim igitur& incerto eo,cùm melius illud semper sit,quod est tutius,rationis fuit ita ius constitui vt nuptiæ prohiberentur,ne ex euentu redditarum postea rationum,dissolui matrimonium necesse esset cum infamia tutoris, Est enim legibus omnibus non solùm facilius,sed etiam longè honorificentius ab initio prohibere ne fiat id quod si factum esset aliquo casu rescindi oporteret, quàm vt id fiat permittere,ac posteaquàm factum fuerit rescindere. Denique pro futuro habet quod veretur ne futurum sit, licèt sciat posse id etiam euenire.Nimirum vt prohibeat faciendum potiùs quàm vt factum rescindat.De illo qui cùm tutor non esset, pro tutore tamen gessit, aut etiam pro curatore cùm curator non esset, dubitatio maior est an ad SC. sententiam pertineat. Nam ad verba non pertinere certum est, cùm neque tutor sit neque curator, Sententia verò Senatusconsulti eum idcirco complecti videtur, quia tutelæ periculum ad eum perinde pertinet,itéque curationis acsi reuera tutor aut curator esset *tenet. De ea qui pro tut. vel curat.* D. & C.& quidem ex propria

d.l. non solū 67. in princip. D. hoc tit.

Commune votum parentum omnium.

d. l. non solum §. vlt.

Melius semper est quod est tutius.

L. *pro officio* 20. C. *de admin. tut.*

ipsius persona, Ita vt vulgò creditum sit ad *l. pro officio* 20. *C. de admin. & peric. tutor.* ipsius quoque bona hodie non secus quàm veri tutoris aut curatoris tacitè obligata esse pro administratione. Quasi vtili actione hypothecaria in eam rem comparanda, ad exemplum hypothecariæ quæ ex legibus competit in bona veri tutoris aut curatoris, sicut & protutelæ actio comparata est ad exemplum directæ actionis tutelæ. Sed tamen aliter visum est Imperatorib. *in l. vlt. C. de interd. matrim.* quæ lex sicut præfert ius nouum, ita probat non obscurè contrariam fuisse iuris veteris rationem. Nouæ autem illius legis ratio ab ipsis Impp. expressa illa est *ne ex huiusmodi subtili vel maligno tractatu matrimonia seu proles ex his progenita vel dos super his data vel promissa aliquã lasionem vel calumniam patiantur.* Quibus verbis illud etiã significare videntur Imperatores, odiosum esse id Senatusconsultum quod nuptias prohibet inter pupillam & tutorem seu curatorem filiósque ipsorum, tanquam quod restringat libertatem nuptiarum. In quo tamen falluntur. Etsi enim nihil fauorabilius est nuptiis & iis legibus quæ nuptiis fauent, si generaliter loquamur, quidam tamen casus sunt, inter quos hic vnus, neque ex vltimis, in quibus multò salubrius est nuptias prohibere quàm permittere. Propter quã causam sic Imp. Seuerus & Antoninus in *l. 1. C. eod. Senatusconsulti autoritatem quo inter pupillam & tutoris filium connubium saluberrimè sublatum est, circumuenirj rusticitatis & imperitiæ velamentis non oportet.* Indéque nimirum etiam fit vt id Senatusconsultum tanquã quod fauorabile censendum sit potiùs quàm odiosum, facilè recipiat extensionem, vt quamuis de filio duntaxat locutum sit, tamen porrigatur etiam ad nepotem *d. l. Senatusconsulto* 59. D. *de rit. nupt.* quinetiam ad patrem si filiusfamilias tutor fuit *d. l. non solum* 67. *§. sed etsi filiusfamilias eod.* adeóque quod magis mirum est ad fratrem in eiusdem patris potestate cõstitutum, vt lex ait, non ex significatione verborum siue propria, siue impropria (etsi namque dici solet filij appellatione plerumque ac potissimum in fauorabilibus nepotẽ contineri *l. filij* 84. *l. iusta* 201. *De verb. sign.* quis tamen vnquã dixit, filij nomine patrem quoque & fratrem comprehendi?) sed ex rationis vt loquuntur, identitate, quia pupillam filiofamilias eidémque tutori nuptam nõ est difficiliùs tutelę agere cum marito, quàm cum mariti sui patre, fratréve qui in eiusdem patris sit potestate, si patri ipsi fratrive tutores sui nupta proponatur, cùm ius patriæ potestatis efficiat vt & patris & liberorum omnium in eius potestate constitutorum vna eadémque persona esse intelligatur, vt diximus ad *Princip. 7. tit. super.* Rursum quamuis verbis orationis cautum sit ne vxorem tutor pupillam ducat, nec quicquam dictum sit de sponsalibus, intelligendum tamen est sponsalia quoque prohiberi *l. tutor* 15. *cum l. seq.* D. *de spons. d. l. si quis tutor* 60. *§. quamuis De rit. nupt.* vbi ratio redditur, quia cum quæ nuptiæ contrahi non possunt, ea ne desponderi quidem potest. Cur enim despondetur, nisi vt ducatur? Aut quid aliud spondet qui despondet nisi se ducturum? Etsi in vidua singulare ius est vt intra annum luctus citra periculum infamiæ sponderi possit, duci verò non possit *l. solet* 10. *§. 1. D. de his qui notant. infa.* cessante scilicet in sponsa edicti ratione propter quam prohibitæ sunt nuptiæ intra annum luctus, id est turbationis & permixtionis sanguinis *l. liberorum* 11. *§. 1. in fin. eod. l. decreto* 15. *C. eod.* quanquam reuerentia mariti facit vt pro decem

L. *tutor* 15. *cum l. seq.* D. *de spons.* — *d. l. si quis tutor.* 60. *§. quamuis* D. *hoc tit.* — *l. solet* 10. *§. 1. D. de his qui not. inf.* — *L. liberorũ n. §. 1. eod. l. decreto 15. §. C. eod.*

d. l. Senatusconsulto 59. D. *hoc tit.* — *d. l. non solũ* 67. *§ sed etsi filiusfamilias.*

L. 1. C. *eod.*

L. *vlt. C. de interd. mat.*

L. *pro officio* 20. C. *de admin. tut.*

men-

mensibus qui edendo partui sufficere possent,annus præstitutus sit si talis vir proponatur,qui luctu dignus videatur. *Vt Cuiac.tractat.lib.*10. *obser. cap.* 32. & *De præscript.cap.*20.Sed & finge libertinum filio suo naturali quem in seruitute susceperat postea manumisso pupillam suam eandémque patroni sui filiam in matrimonio collocasse.Non pertinebit quidem ad verba orationis & Senatusconsulti,quia licèt hic verè & naturaliter filius sit, tamen verus filius non est quod ad ius ciuile attinet cùm non ex iustis nuptiis sit natus *l.vlt.* D. *de iur. delib.* Sed tamen pertinet ad sententiam Senatusconsulti *l. libertinum* 4. *C. de interd.matr.*Ne alioqui faciliùs magísque impunè liceat liberto qui filiæ patroni sui tutelam gesserit,fraudem aduersus eam comminisci. Aliud est si quis filio suo naturali & legitimo,id est ex iustis nuptijs suscepto, quamuis in adoptionem alii dato,pupillam suam iunxerit.Hic enim Senatusconsulti non modò verbis sed etiam sententia continetur *d.l.si quis tutor* 60.*§. naturales De rit. nupt.* quoniam filius à patre naturali in adoptionem datus licèt inspecto Pandectarum iure exeat de patris naturalis potestate,non desinit tamen verus esse filius qualis anteà fuit.*l.pen.*C.*de adopt.* Vsque adeo autem filium esse sufficit,vt & adoptiuus filius Senatusconsulto contineatur, cùm veros liberos adeóque filiosfamilias non solùm natura sed etiam adoptio faciat *l.*1.*D.eod.tit. De adopt.*Nisi vinculum illud quod totum iuris ciuilis est contrario eiusdem iuris remedio id est per emancipationem dissolutum proponatur, quia non quemadmodum naturæ ita & adoptionis vestigium vllum remanet post emancipationem *d.l.si quis tutor,vers.quid ergo si adoptiuus.* Inde quæritur, Si Titij filius duxerit vxorem eam quæ tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaueris,an perimantur nuptiæ,an potiùs adoptio impediatur,Et magis est matrimonium ab initio ritè iustéque contractum ex postfacto per alium vitiari non posse:Non magis quàm si puellæ nuptæ filio tuo siue in potestate tua existenti,siue emancipato,postea curator datus esses *l.cùm proponas* 3.*C. de interd.matrim.*tametsi hoc etiam casu longè melius sit alium curatorem substitui, vt ea lex ait,Et consequenter admittendum est in proposito casu adoptionem impediri.Sed ita tamen si tu ipse curator factus eius puellæ cuius etiam tutor fuisti, dum eam curam geris maritum ipsius adoptaueris. Nam vbi iam alii nupta puella est,atque ita finita tutela (finitur siquidem ea ætate quæ ad nuptias contrahendas necessaria est,id est pubertate,*infr.quib.mod. tut. finit.in princip.*)vereor,inquit lex,ne longum sit hoc est longè petitum,non vt Accursius interpretatur,à ratione remotum, adoptionem mariti eius impediri hoc vno prætextu, quasi propter hoc interponatur vt ratio reddendæ tutelæ cohibeatur,quam causam prohibitionis contrahendarum nuptiarum oratio Diui Marci continet. *dict. l. non solum* 67. §. *sed videamus*, *De ritu nuptiarum*, cuius loci ficut hunc esse rectum sensum non dubito, ita facilè suspicor locum fuisse corruptum, siue ab imperito aliquo interprete, siue quod potiùs crediderim, à Triboniano, Cui quoties sub Iureconsulti alicuius nomine suas quæstiones & opiniones proponit, familiaris est illa locutio *sed videamus an.* Familiare item ei articulo *an* diuersi temporis verba aptare vt hic factum est, quæ eiusdem esse deberent. *Sed videamus*, inquit, *an perimentur nuptiæ, an impediuntur*

L.vlt. D.*de iur.delib.*

L. libertinã 4. C. *de interdict.matrim.*

d.l.si quis tutor §. *naturales hoc tit.*

L.pen. C.*de adopt.*

d.l.si quis tutor vers. quid ergo si adoptiuus.

L. *cùm proponas* 3. C. *de interd. matrim.*

d.l.non solum 67. §. *sed videamus D. hoc tit. Triboniani manus.*

adoptio. Scribendum enim erat *impedietur* Nec facilè quiſquam ex prudentibus noſtris ita loquitur,vt dicat perimi nuptias,ſed diſſolui.Nec minùs eidem Triboniano familiare eſt quæſtionis à ſe propoſitæ deciſionem ſumere ex eo iure quod aliquo alio caſu obtineat,& in illo iure non ſolùm adaptando ſed etiam referendo frequenter errare. Quod hîc eueniſſe probant verba illa *vt in genero adoptato dictum eſt*, Nemo enim vnquam dixit, diſſolui nuptias per generi adoptionem,ſed è contrario contractis iam nuptiis talem adoptionem impediri. Id enim eſt quod idem Tribon.ſcribit in *§. inter eas hoc tit.* Si quis generum adoptare velit,debere eum antea filiam ſuam emancipare.Et contra ſi quis nurum ſuam velit adoptare,debere eum antea filiũ ſuũ emancipare.Et verò ſicut priùs eſt vt adoptio valeat quã vt propter ſuperuenientẽ adoptionẽ bene anteà contractæ nuptiæ diſſoluantur,ita fatendum eſt eam iuſtarum nuptiarum vim eſſe debere vt impediant adoptionem antè quam conſtiterunt, & cum qua conſtare non poſſunt.Alioqui debuerat Tribon.in *d.§.inter eas in fin.*ſic ſcribere,*ſi quis generum ſuum ſic adoptare velit vt nihilominùs nuptiæ durent*,non quomodo ſcripſit.*ſi quis generum adoptare velit.* Itaque auſim dicere tollendam eſſe illam clauſulam *vt in genero adoptato dictum eſt*, cùm nec fieri poſſit, vt gener adoptetur niſi filia priùs emancipetur. Tribonianum etiam non obſcurè illud prodit,quòd ad propoſitam quæſtionem ſuo more ſic reſpondet *quod magis dicendum eſt.*Sed illudomnium apertiſſimè quod ſequitur, *etſi curator dum gerit curam, adoptauerit maritum eius puellæ cuius curator eſt.* Quod enim ſtatim ſequitur,*nam finita iam tutela & nupta puella alij, vereor ne longum ſit adoptionem mariti eius impedire.*oſtendit manifeſtè ſuperioribus verbis non proponi nouam ſpeciem de curatore,quaſi eadem ipſius ratio ſit quæ tutoris,ſed eam peragi quæ priùs fuerat inſtituta de tutore, quem ponendum neceſſariò erat ex tutore factum curatorem,cùm & nupta puella,& conſequenter per eius pubertatem tutela finita proponeretur,nec vlla cauſa ſubeſſe videretur,propter quam impediri deberet adoptio ſecuta ex interuallo & longo fortaſſis tempore poſt tutelam finitam, ſi non adoptionis quoque tempore adminiſtratio duraret,iure ſcilicet curationis.Et tamen cùm quæſtio de te concepta eſſet in ſecunda perſona ijs verbis,*deinde Titium,vel filium eius adoptaueris*,tranſit Tribonianus incautè vt ſolet,eadem retenta ſpecie ad aliam & tertiam perſonam,quod vnum vel maximum & præcipuum eſt ex quo Triboniani manum ſtatim agnoſco.Itémque ex inſulſa eorundem verborum repetitione,quæ nec hîc deeſt.Nam poſt dictionem *curator* quid attinebat ſubiungere *dum gerit curam.*aut ſaltem poſtrema illa verba *cuius curator eſt.* Scribendum potiùs erat *ſi modò curator factus adoptaueris maritum cuius tutor fuiſti*: vt & præcedentia & ſequentia conuenirent. Illud vtique mendoſum eſt quod vulgò legitur *etſi* nullo prorſus ſenſu pro *ſi*, Denique vereor ne illud etiam Tribonianum valde prodat quod ſic loquitur *ne longum ſit*,pro eo quod exprimere voluit *ne ſit nimis longè petitum* vt nos explicauimus.Quid ergo?inquies: An Triboniani erit tota quæſtio?Minimè vt puto.Sed cùm Thryphoninus & ſpeciem & quæſtionem ſanè perelegantem propoſuiſſet, ad eam verò longè aliter,ni fallor reſpondiſſet,Tribonianus ille noſter cui non placebat reſponſio, totam Iurisconſulti ſententiam corrupit & ad animi ſui ſenſum detorſit. Videtur autem mihi Thryphoninus reſpondiſſe quod ad iuris rationem erat accommodatius,Nuptias nullomodo diſſolui,ſed adoptionem omnimodo &

§. inter eas hoc tit.

indiſtin-

indiſtinctè impediri, hoc eſt non adhibita ea diſtinctione quæ Triboniano placuit, An adoptionis tempore finitáque iam tutela curator ſit qui antea tutor fuit, nécne. Nimirum ea ipſa ratione poſt contractas nuptias adoptionem impediente quæ nuptias ipſas ſi adoptionem ſequerentur, impediret: Scilicet ne ratio reddendæ tutelæ cohibeatur. Quam impediendæ adoptionis cauſam, non video cur Tribonianus tam longè petitam putet, ob id ſolùm quòd finita iam tutela adoptio facta proponeretur, cùm tutelæ ratio reddita nondum eſſet. Cùm enim & ſenatuſconſultum & oratio Diui Marci non tam ad tutelã quàm ad tutelæ rationes reddẽdas reſpexerit, quid prodeſſe debeat finitam eſſe tutelam quandiu redditæ non ſunt rationes? Aut cur illud etiã exigimus, vt idem qui tutor fuit poſteà curator fiat, quò magis ad reddendas rationes obligetur, cùm iam ex tutelæ quamuis finitæ cauſa ſatis ſupérque ſit obligatus? Alioqui multò magis poſſit quis dicere longè petitum quod Papin. ſcribit in *l. quãquam* 62. §. *vlt. eo.* tutorem etiam qui rationes curatori reddidit puellam ſuam ante conſtitutum ætatis eius tempus vxorem ducere non poſſe, Nec ſi mater illa ex alio matrimonio facta ſit. Nimirum quoniam intra id tẽpus reſtitui puella poteſt aduerſus redditas rationes, vt poſtea dicemus. Moueri Tribonianus debuit potiùs ex eo quod oratio Diui Marci de impediendis nuptiis tantùm locuta fuerat, non de impedienda adoptione. Sed iam dixi eo caſu quo nuptiæ cum adoptione ſtare non poſſunt, ſenatuſconſulti rationẽ & autoritatem, quæ nuptias iam bene contractas propter ſolam adoptãdi mariti voluntatem non magis diſſoluere poſſit quàm impedire, vires ſuas in eo exerere vt ſubſiſtentibus nuptiis nondum factam adoptionem impediat, ne fiat. Siquidem nõ tam id principaliter egit Senatus vt nuptias impediret, quibus fauere potiùs vellet, quàm ne reddẽdis tutelæ rationibus fraudem fieri pateretur, quæ tamen fraus non minùs fieret per eam adoptionem de qua tractamus, quàm per nuptias ſi adoptionem iſtam ſequerẽtur. Quod tamen diximus tutorem vel curatorem adultam vxorem ſuam ducere non poſſe, exceptionem vnam habet. Niſi à patre deſponſa deſtinatáve, teſtamentóve nominata condicionem nuptiarum ſecuta fuerit *d. l. tutor* 36. vbi ſic legẽdum eſſe rectè monuit Cuiac. *lib.* 16. *obſer. cap.* 33. *ex l. non eſt matrimonium* 66. *eod. tit.* *De rit. nupt. l. pater Seuerianam* 101. *in princ.* *De condic. & demonſtr. l. qui pupillam* 7. D. *ad leg. Iul. de adult. l. filius* 28. §. *ſi eo tempore* D. *de lib. & poſt. l. ſi patris* 6. C. *de interd. matr. l.* 11. *circ. fin. C. ſi nupt. ex reſcript. pet.* Solet enim legis prohibitio ferè ſemper excipere iudicium paternum, *l.* 4. *C. de ſponſal. & arr. ſponſalit.* Vt & euenit cùm agitur de alienatione prædiorum pupilli vel minoris ſine decreto facienda *l.* 1. *D. de reb. eor. qui ſub tutel. l.* 3. *C. quand. decret. opus non eſt*, licèt aliquãdo etiam à patris iudicio recedatur *l. ita autem* 5. §. *pen. D. de adm. tutor. l.* 1. §. 1. *D. vbi pupill. educ. deb.* Quid ergo ſi pater in arbitrio matris eſſe voluerit cui nuptũ filia cõmunis collocaretur? Nõ eo magis licebit matri eligere tutorẽ filiæ datũ, Neq; enim intelligitur pater de perſona tutoris cogitaſſe, cùm ideò maximè prætulerit matrem, ne filiæ nuptias tutori committeret quem is ipſe filiæ dederat eodem teſtamento, vt eleganter & ſubtiliter Papinianus reſpondit in *l. quãquam* 62. *De rit. nupt.* Tutori autem vel curatori eiúſve filio adultam vxorem ducenti non illa ſolùm pœna conſtituta eſt, vt neque matrimonium illud ſit, neque illa vxor, neque liberi qui ex ea coniunctione ſuſcepti ſunt *d. l. non eſt matrimonium* 66. *eod. d. l. ſi patris* 6. *C. de interd. matrim.* itémque vt adulterij reus

L. quanquã 62. §. *vlt. D. hoc tit. de rit. nup.*

d. l. tutor 36. *hoc tit.* *l. non eſt matrimonii* 66. *eod.*

l. 4. *C. de ſponſal. & arr. ſponſalit.*

d. l. quamquam 62. *hoc tit.* *d. l. non eſt matrimonium.* *L. ſi patris* 6. *C. de interd. matr.*

Digitized by

L. qui pupillam 7. D ad leg. Iul. de adult.

postulari possit *d.l.qui pupillam 7. D. ad leg. Iul. de adult.* quin etiã relegandus sit si proponas libertum eundémque tutorem pupillæ, sibi eam filióve suo in matrimonium collocasse *d.l.libertum 64. in princip.* (tantò magis enim peccat libertus, quanto patronæ suæ fidelior, & obseruantior esse debet. Nam nec liberto curatoris licet eam ducere vxorem cuius res curator administrat *l.libertum 37. d.l.non est 66. §. vlt. eod.*) sed illa etiam vt ipso iure sit infamis: veluti confessus de tutela, cùm credibile sit eum laborasse, vt huiusmodi coniunctione tegeret fraudem administrationis, inquiunt Impp. in *l. si tutor 7. C. de inter. matrim.* Confessus enim pro iudicato est, quandoquidem suæ quodammodo sententia damnatur *l.1. l.certum 6. D. de confess.* Constat autem infamia notari ex edicto prætoris eum maximè qui tutelæ iudicio sit condemnatus *l.1. l.furti 6. §. pen. D de his qui not. infam.* Nec tantùm tutor ipse aut curator infamis fit sed & filius, si nostris credimus, siue in potestate manens, siue enancipatus, tametsi iussu patris duxerit vxorem *d.l.non est matrimonium.* Is enim vulgo creditur esse sensus eorum verborum *quo facto vterque infamatur.* Quibus tamen obiicitur, quod scriptum est in *l.liberorum 11. §. vlt. D. de his qui not. infam.* excusari filium qui iussu patris in cuius erat potestate vxorem duxit, quam alioqui ducere non licebat, ipsum verò patrem qui duci, vel iussit, vel passus est notari. Etsi enim non tractatur eo loco de tutoris aut curatoris filio qui patris sui adultam duxerit vxorem, sed de illo qui viduam intra luctus annum duxit, ratio tamen quæ apud Vlpian. sequitur, generalis est, *Vtrumque rectè*, inquit, *nam & qui obtemperauit venia dignus est, & qui passus est ducere notari debet ignominia.* Idque adeò verum est, vt qui iussu patris duxit quamuis liberatus patria potestate eam retinuerit, tamen non notetur, vt in *l. seq.* subiungitur ex Paulo. Qui cùm sit etiam autor *d.l.non est matrimonium*, probabile mihi fieri non potest in hac fuisse illum sententia vt crediderit filium tutoris infamia notari, ob ductam vxorem adultam patris sui, idipsum, siue iubentis, siue permittentis, Nec si post solutam quoque patriam potestatem, & post legitimos annos eam retinuerit. Est enim hic casus longè diuersus ab illo ad quem accommodatur ea exceptio in *l.qui contra 4. C. de incest. & inutil. nupt.* quoniam licèt ea lex ad omnes illos pertineat qui contra legum præcepta vel contra mandata constitutionésque Principum, nuptias contraxerint, in quo numero hic quoque filius, de quo agimus procul dubio continetur, Nõ tamen tractat de pœna infamiæ, sed amissionis lucrorum nuptialium, quæ tam quam indigno ablata, fisco sunt vindicanda. Nam infamiæ alia ratio est ne in proposito casu, tutoris vel curatoris filio debeat irrogari, cùm non tam in pœnam contractarum nuptiarum irrogetur, quàm quòd is qui tales nuptias contrahit, de tutela confessus & consequenter iudicatus habeatur. Atqui tutelæ iudicio damnatus non aliter ex edicto sit infamis quàm si proprio nomine non etiam si alieno condemnatus sit. Generale siquidem est vt si quis alieno nomine quacunque de re condemnatus fuerit non laboret infamia *d.l.furti 6. §. si quis alieno D. de his qui not. infam.* vbi ex hoc infertur neque procuratorem meum, neque defensorem vel tutorem, vel curatorem, vel heredem meum furti, vel ex alia simili specie condemnatum infamia notari. Vnusquisque enim ex admisso suo forti & pœnæ subiicitur, nec alieni criminis successor constitui debet, vt pœnã alteri debitã patiatur *l.crimen 26. D. de pœn. l. sanctimus 22. C. eo.* Porrò ex causa tutelæ vel curationis quã pater gesserit, nõ aliter cõdẽnari filius

L. libertum 61. in princ. l. libertũ 37. d.l. nõ est 66. §. vlt. D hoc tit. De rit. nupt.

L. si tutor 7. C. de interd. matr.

L. liberorũ 11. §. vlt. D. de his qui not. infam.

L. qui cõtra 4. C. de ince. & inutil. nupt.

L. furti 6. §. si quis alieno D. de his qui not. infam.

potest

potest quàm si patris heres proponatur. Cõsequẽs igitur est vt ob huiusmodi nuptias neque viuo patre infamis fiat, cùm eo tempore patris heres esse non possit *l.1.D.de hered.vel act.vendit.l.1.D.pro hered.* neque eo mortuo tamẽsi heres patris proponatur, cùm eo quoque casu futurum sit vt non nisi alieno id est defuncti patris nomine de tutela, vel cura cõdemnetur. Quãquam enim aliquando euenit vt heres quoque proprio nomine condemnetur ex causa infamiam irrogante, atque ita infamis fiat, vt puta in deposito & mandato si malè ipse versatus sit, Nunquã tamen in tutela, vt nec in societate fieri potest vt suo nomine dãnetur heres, quia neque in tutelam, neque in societatẽ succedit, sed tantùm in æs alienum defuncti *d.l.furti §.illud planè.* Quid igitur, inquies, sibi volunt verba illa Pauli in *d.l non est matrimonium, quo facto vterque infamatur?* Respondendum est dictione illa *vterque* non patrẽ & filium, vt vulgo creditur significari, sed tutorẽ & curatorem. De vtroque enim dictũ fuerat in præcedẽtibus & *d.l.tutor* 36. *eo.* & quãuis senatusconsultum non nisi de tutore tutorisque filio locutum esse videatur, *arg.d.l.senatusconsulto* 59. *eo.* tamen ad curatorẽ quoque protractũ fuit per interpretationẽ, ex rationis, vt sæpius diximus, identitate *d.l.si tutor* 7. *C.de interd.matr.* Etsi parũ hoc refert scire, an ex verbis an ex sententia senatusconsulti ius hoc inductũ sit. Similiter quod sequitur apud Paulum *& pro dignitate pupillæ extra ordinẽ coercetur*, ego sic intelligo vt vterque tam curator quàm tutor extraordinaria & arbitraria pœna pro dignitate pupillæ coerceatur, non vt etiam cum patre filius qui proculdubio venia omnino dignus est cùm patri obtemperauerit *d.l* 11. *§.vlt.& l.*12. *De his qui not. infam.* An siue sui iuris filius fuerit, siue in patris potestate? Id enim consequens videtur ei quod in *d.l.non est*, Paulus scribit nihil interesse an filius sui iuris, an in patris potestate sit, Sed non ita est. Ei nãque demum filio ignoscendum est qui vinculo patriæ potestatis obstrictus, non potuit patri non parere *d.§. vlt. l.is damnum dat* 169. *De regul.iur.* quod in emancipato secus est qui licèt reuerentiam quoque & obseruantiam patri debeat sublato etiam vinculo potestatis *l.4.D.de curat.furios.l.4 C.de patr.potest.* non potest tamen iuberi à patre eam ducere vxorem quam duci leges vetent. Pauli verò in verbis supradictis sensus ille est cùm de patre tutore vel curatore infamia notando aliterve coercendo agitur ob pupillam, vel adultam cum ipsius filio nuptui collocatam, nihil referre an filius sui iuris sit an emancipatus. Vtroque enim casu eadem patris, quamuis non etiam filij culpa est: & ideo vterque casus ad senatusconsultum & Diui Marci orationem pertinet. In quo tamen dubitationem cuipiam facere illud fortasse possit quod alibi sæpius diximus filium emancipatum ne pro filio quidem haberi iure ciuili, vt proinde ad senatusconsultum quod non nisi de filio locutum est minimè pertinere videatur. Sed in contrarium multa faciunt ne hac parte distingui possit filius emancipatus ab eo qui sit in potestate. Primùm quia licèt iure ciuili pro filio non habeatur, nisi quisquis filiusfamilias est, tamen reuera & naturaliter filius manet cùm naturalia iura corrumpi per ciuilia non possint *§.vlt supr.De iur. nat.gent. & ciuil.* Et ob id in omnibus edicti prætorij partibus pro vero filio habetur. Deinde quia senatusconsultum non de filiofamilias aut suo herede locutum fuit, quæ sunt nomina iuris ciuilis, sed personam filij naturaliter designauit, id est per nomen filij, *l.tutelæ 7. in fine principij D. de capitis minutione.* Emancipatus verò, vt diximus, non eo minùs verè ac naturaliter

d.l. furti §. illud planè. d.l. non est matrimonium 66. D.hoc ti. De rit. nup. d.l tutor 36. eod. d. l. si tutor 7.C de interd.matr.

L. peto 69. §. vlt. de lega. 2. filius est, licet non de familia *l. peto 69. §. vlt. De legat. 2.* Postremò quia prohibendarum nuptiarum eadem ratio est in filiofamilias & emancipato, Non quòd filiofamilias perinde ac emancipato liceat rationes exigere à patre, in eámque rem agere contra patrem, Sed quia non sit dubitandum quin fraudis consilium cum filio etiam emancipato iniisse præsumatur pater, sciens futurum vt difficilius tardiúsque de gesta tutela conueniatur à filio quàm ab alio quolibet puellæ marito, Itémque vt etiamsi fortè conuenietur, non in plus tamen quàm facere possit ei condemnetur, qui tamen & pupillæ & alij cuilibet ipsius marito in solidum condẽnaretur *l. sunt qui 16. D. de re iudi.* Denique paterni nominis adfectio & ratio sanguinis elicit facilè vt inter patrem & filium in necem pupillæ quam filio emancipato pater iunxerit colluſum esse intelligatur *d. l. non solùm 67. in princip. De rit. nupt. l. penult. §. sed nunquid De bon. libert.* Planè mortuo patre, non posset filius siue in potestate retentus, siue emancipatus notari infamia quamuis adultam patris sui vxorẽ duceret, nisi in effectu patris heres proponeretur, vel per immixtionem si suus esset, vel per additionem si emancipatus, si fieri posset, vt nulla hìc fraudis suspicio subesset, cùm in hoc filio cessent verba non minùs quàm sententia senatusconsulti. Nõ enim prohibuit senatusconsultum filio tutoris aut curatoris ne patris sui adultam vxorem ducat, sed ipsi tutori, ne pupillam, vel filio suo, vel sibi nuptum collocet *d. l. senatusconsulto 59. De rit. nupt.* Sed tamen quia fraudis suspicio subest, eáque maxima, necesse fuit recedi ab hoc tractatu, vt suprà diximus ex *d. l. non solum in princip.* Quod si proponas filium emancipatum patri heredem esse, alia ratio est ob quam senatusconsultum ad eum quoque pertinet, quamuis per emancipationem extraneus fuerit cõstitutus, quia & ad heredem extrancũ pertineret. Vt diximus ex *d. l. libertum 64. §. 1. eod.* Tempus autem constitutum intra quod nuptiæ istæ prohibitæ sunt, diximus esse ad annum vsque vicesimum sextum completum, aut quod idem est vicesimum septimum ex *d. l. non est matrimonium & d. l. qui pupillam 7. D. de adult.* Nimirum eo casu quo etiam ante vicesimum quintum annum redditæ sint tutelæ rationes. Alioqui quandiu redditæ non sunt, nec si quadragesimum annum quondam puella excesserit, nuptiæ permittuntur subsistente scilicet ac durante semper causa prohibitionis. At redditis rationibus, expectandũ est vt exactus sit non solùm quintus & vicesimus annus, intra quẽ potest minor quilibet ac cuiuscũq; sexus mereri beneficiũ restitutionis in integrum si qua in re læsus proponatur, sed & annus vtilis non nisi ex vicesimi quinti finiti tempore vtiliter computãdus, quia intra vtilem illum annum restitutio impetrari potest aduersus ea quæ in minori ætate malè gesta sunt *d. l. si patris 6. C. de interd. matr. l. intra vtile 39. D. de minor.* Ergo cùm hodie in vicem veteris illius anni vtilis substitutum sit quadriennium continuum ex Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. de temp. in integr. restit.* pro vicesimo sexto anno substituendus est annus vicesimus nonus, quod & interpretibus nostris bene placet. Verùm illud quoque addi vellem, non simpliciter & indistincte substituendum annum hunc vicesimum nonum pro vicesimo sexto, sed ita demum si ex die completi vicesimi quinti cœperit quadriennium illud posse currere. Certi namque iuris est esse id vtile initio inspecto licèt sit continuum ex postfacto *d. l. vlt.*

d. l. nõ solùm in princip. l. pen §. sed nũ qui / De lib. libert.

L. senatusconsulto 59. De rit. nupt.

d. l. si patris 6. C. de interd. matr. l. vlt. C. de tempor. in integr. restit.

ILLA-

ILLAT. XII.

De nuptiis prohibitis cum oriunda ex ea prouincia quam quis administrauerit.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt nõ sit matrimonium si is qui officium in aliqua prouincia administrat vxorem duxerit inde oriũdam vel ibi domicilium habentem, quia huiusmodi matrimonium mandatis Principum interdictum est *l. si quis officium 38. De rit. nupt.* Vbi tamen Paulus addit sponsalia non prohiberi, Ita scilicet vt si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere liceat ei hoc facere, arris tantummodo redditis, quas acceperat. Quod ipsum tamen abrogatum & immutatum fuit constitutione Imperatorum Gratiani, Valent. & Theod. in *l. vni. C. si rect. prouinc. vel ad eum pertin. sponsalit. deder.* quæ induxit vt talibus contractis sponsalibus, siue sponsa, siue parentes eius mutent voluntatem, non modò iuris laqueis liberentur, id est ab ea obligatione quæ verbis contracta sit, pœnæque statutæ sint expertes, sed etiam data sibi pignora lucratiua habeant & impunè retineant. Prohibitionis autem huius ratio exprimitur tam in *d. l. vnic.* quàm in alia eorundem Imperat. constitutione quæ vnica etiam est sub *tit. C. si quacunque prædit. potest.* Ne quis siue ordinariæ, siue alterius cuiuslibet potestatis occasione abutatur, minacémque feruorem suum exhibeat ad eiusmodi nuptias contrahendas inuita muliere aut inuitis cæteris, de quorum re & vtilitate vel incommodo agitur. Sed & aliæ pœnæ eadem lege constitutæ sunt aduersus eos qui minacẽ illũ feruorẽ exhibere aut exhibuisse detegantur. Nec enim aliter iis pœnis locus est quàm si minę probẽtur, quas tamẽ probari necesse nõ est quod ad hoc vt matrimoniũ aduersus mãdata legésque contractũ pro nullo & iniusto habeatur. Siquidẽ sufficit vt qui in publica potestate atque honore administrandæ prouinciæ positus est, possit esse terribilis aut parentibus, aut tutoribus, aut curatoribus, aut ipsis etiã mulieribus quę contractura sunt, vt ait *d. l. vnic. Si rect. prouinc.* Quæ ratio facit vt non solùm ad ipsos administrãtes ea prohibitio pertineat, sed etiã ad filios nepotésq; ipsorũ, Imò & ad propinquos & participes, hoc est consiliarios domesticósque quibus tamen operã dedisse administrator probetur. Nõ enim sicut filius nepósve, sine consensu patris aut aui nuptias contrahere prohibetur, ita & rectoris prouinciæ cõsiliariis domesticísque necesse est rectoris volũtatem habere ad nuptias ineundas, ob idque nec eorũ nuptias ob solius rectoris non se interponentis personã impediri æquum fuit, neque rectorem innocentem ob eorũ nuptias notari. Ex hac autẽ prohibitionis ratione intelligimus prouinciæ rectorẽ nõ prohiberi in ea prouincia vxorẽ ducere sponsam suã veterem, id est quã despõderat ante susceptum officium administrationis, quia sponsalia præcedẽtia ostendunt consensum ex quo æstimantur nuptiæ liberum fuisse nõ per impressionẽ metúmve extortum. Atque ita cessat hoc casu ratio prohibitionis, cũ id vnũ legislator cauendum putauerit ne rectores prouincię vxores eas ducerent, quę quarúmve parentes vel tutores, aut curatores contradicerent, aut etiã potestatis metu contradicere non auderent. Quã potentatus rationem eleganter & breuiter vocat Papin. in *l. præfectus 63. De rit. nupt.* addens speciem hanc pupillæ cõparandã esse, id est quod ad hoc vt matrimoniũ impediatur nullóque modo contractum dici possit, parũ interesse an puella suo tutori nubat, an alii

L. si quis officium 38. De rit. nupt.

L. vnic. C. si rect. prouin. vel ad eum pertin. sponsalit. deder.

Ti. C. si quacunque prædit. potest.

L. præfectus 63. D. rit. nupt.

mulier quælibet prouinciæ ſuæ aut in qua domicilium habeat, rectori, vtroque enim caſu matrimonium eſt interdictum, licèt non eadem ratione. Ex quo ſubinde Papinianus quærit, An huic quoque mulieri quæ præfecto cohortis vel equitum aut Tribuno contra interdictum nupſit, ſi virgo nupſerit, non ſit aufferendum quod ei teſtamento relictum eſt exemplo pupillæ nuptæ tutori. Nam ſi tutor pupillam ſuam contra ſenatuſconſultum vxorem duxerit, ipſe quidem ex teſtamento eius capere nihil poteſt, ſed ipſa poteſt. Delinquunt enim qui prohibitas nuptias contrahunt, & meritò puniendi ſunt quod imputari non poteſt mulieri quæ à tutore decepta fuit, vt bene ratiocinatur Marcianus in *lege vltima* De *leg.* 1. Et ſanè non alia videtur ratio eſſe mulieris ei nuptę cui vel contradixerit apertè, vel contradicere auſa non ſit. Quid enim refert an mulierem quis deceperit, an coegerit? Nam & vis omnis iuſtúſque metus habet in ſe dolum ex parte metum inferentis. Atque ita accipio quod de huiuſmodi caſibus exæquandis ſcriptum eſt in *l.* 2. §. 1. D. *de his quæ vt indign.* ſed ſi mulier vltro nupſerit rectori, vt puta ſi condicionem eius & coniunctionem prior quæſierit, longè difficilius eſt vt ei ſubueniatur. Quomodo enim decepta, vel potentatus metu coacta dici poteſt ea quæ ſponte & vltro tales ambiit nuptias? Proinde cùm negari non poſſit eam deliquiſſe & contra leges contraxiſſe, hactenus certè puniri eam æquum eſt vt non magis ex teſtamento viri capere poſſit quàm vir ex teſtamento ipſius. Húncque Papiniani ſenſum eſſe puto in *d. l. præfectus verſ. ſed hanc huic quoque*, licèt verba meo iudicio corruptiſſima longè alium præſeferant. Scriptum enim eſt *ſi virgo nupſit* pro eo quod ſcribi debuiſſe puto *ſi vltro nupſit.* Quid enim attinebat hîc de virgine quærere cùm legis prohibitio iſta ad omnes omnino mulieres pertineat cuiuſcumque ſint condicionis & ſortis, vt loquitur *d. l. vnic.* C. *ſi quacumque prædit. dignis.* id eſt ſiue pupillæ, ſiue apud patrem virgines, ſiue viduæ erunt, ſiue ſui iuris viduæ, vt eadem lex explicat, quæ tamen quod ait *pupillæ* non de impuberibus accipiendum eſt, quæ ſcilicet per ætatem prohibentur, ne eum quoquam matrimonium contrahere poſſint, *l. hæc condicio* D. *de condic. & demonſtr. l. ſancimus* 24 *C. de nupt.* ſed de puellis virginibus ſine patre, vt antitheſis illa demonſtrat, *ſiue apud patrem virgines*, etſi non nego perinde, imò multò magis puniendum eſſe rectorem prouinciæ ſi puellã impuberẽ necdum viripotentem quaſi nuptam in domum ſuam deduxerit, licèt nullo iure, vt in *d. l. hæc condicio.* Quòd ſi virginem pro impubere apud Papinianum accipias cum Iacobo Cuiacio *lib.* 6. *obſer. capit.* 16. non ſo lùm illud obſtabit quod modò diximus cum impubere matrimonium contrahi numquam poſſe, ſed etiam quod ſtatim eandem mulierem vocat Papin. qua appellatione non alia virgo quàm quæ viripotens ſit continetur *l. mulieris* 13. De *verb. ſignific.* viripotens autem eſſe non creditur quæ duodecimum annum non impleuit, quod tẽpus ideireo ex parte mulieris definitum eſt & præſtitutũ matrimoniis contrahendis *l. quæſitum* 9. *l. in ſponſalibus* 14. D. *de ſponſal. l.* 4. D. *de rit. nupt.* Non quod impleto anno duodecimo ſemper ſit viripotens (facilè namque eueniat vt non ſit, ob idque in longius tempus matrimonium differri oporteat ſi non ex corporis, ſed ex oris aſpectu & habitu tam euidens illud ſit vt non egeat probatione) ſed ne ante duodecimum annum pro viripotente haberi debeat, quamuis reuera ſit viripotens, quoniã periculoſa malíque

L. vlt. De legat. 1.

L. 2. §. 1. De his quæ vt indign.

§. ſed an huic quoque dict. l. præfectus. d. l. vnic. C. ſi quacunque prædit. poteſt.

L. hæc condicio De condic. & demonſtr.

L. quæſitum 9. l. in ſponſalibus 14. D. de ſponſal. l. 4. D. hoc tit.

que exempli res esset,ne dicam infamis,si facto & conatu ipso quasi malitia, interdum vt aiunt ætatem supplente,idipsum exploraretur. Quare nec enim quæ ante duodecimum annum in mariti domum tanquam vxor traducta est pro vxore tamen habere possumus , nisi duodecimo demum anno completo *l. cùm hic status* 32.§. *penult. D. de donat. int.vir. & vxorem.l.quæsitum* 17. *in fin.* De *reb. aut. iud.possid.*licet adulterium in eadem mariti domo commiserit *l.si vxor* 13. *§.si minor D. ad legem Iuliam de adulteriis* , cùm tamen vix esse possit,vt adulterium committat puella quæ viripotens nondum sit. Indéque etiam est quod cùm de masculo loquimur , qui ad pubertatem peruenerit , ita loqui solemus *si pubes factus erit* , vel *si in tutelam suam peruenerit l.quoties* 9.§.1. *De admin. tut.l. vltim. D.de iur.delib.l. cùm filiofamilias* 50. De *legat.* 3. Cùm autem de puella *si viripotens fuerit*, vt loquitur Iustinianus *in princip. huius titu.*& edictum prætoris relatum ab Vlpiano in *l.hæc autem* 5.§.*ait prætor* D. *quibus ex causis in possess. eat. d.l.pater Seuerianam* 101.*De condic. & demonstrat.* Etsi enim communeillud erat masculis & fœminis , vt tutela pubertate finiretur , pubertatem tamen aliter in masculis , aliter in fœminis æstimabant. In masculis,enim erant qui ex eor poris habitu æstimari eam debere putarent , Erant qui decimóquarto anno eam præcisè ac indistinctè concluderent,quorum sententia ficut publicæ honestati conuenientior , ita & receptior apud veteres prudentes & à Iustiniano tandem comprobata fuit , vt dicemus ad *titu. Quib. mod tutel. finit.* At in fœminis æstimandam esse pubertatem ex habitu corporis nemo vnquam dixit. Tantum abest , vt esse quisquam potuerit, qui diceret posse puellam viripotentem esse , aut an viripotens esset , probari ante annum duodecimum impletum, quemadmodum Iustinianus eo loco scribit. Ergo cùm Papinianus in *d. l. prafectus* , loquatur de muliere adeóque de nupta , id est quæ vxor iusta esse posset si legis & mandatorum interdictio non obstaret , non potest recipi interpretatio Cuiacij existimantis de puella impubere accipiendum esse quod lex ait de virgine. Sicut & certum est quod ibidem Papinianus tractat de pupilla nupta tutori , non de illa accipi debere quæ sit minor annis duodecim , quia nec alij vlli magis quàm tutori nubere posset , sed de illa quæ pupilla fuit quam & adultam aliis locis Iureconsulti vocant. Cùm igitur dictio illa *virgo* nullius sensus sit , non video cur pertinacius vulgarem lectionem tueri debeamus , secundum quam si recta esset , aliud in fœmina non virgine , aut in pubere admittendum esset. Cur enim de virgine tractat Papinianus si idem est in non virgine ? Cur de impubere si idem est in pubere ? Sed etsi dicendum esset mutari personam cùm priùs actum esset de vxore ducta , nunc verò de illa ageretur,quæ nec duci,nec vxor esse posset. Porrò personam non mutari , sed tantùm quod ad mulieris voluntatem mutari casum ostendunt apertè verba illa *sed an huic quoque.* Priùs enim actum fuerat de illa quæ nupserat potentiæ metu , nunc verò de illa quæ vltro & sponte. Sed tamen videtur quoque mihi in eo Papiniani versiculo mendum subesse , ac deesse negationem quæ reponenda sit ante verbum *potest.* Nam , vt iam duximus , ratio nulla est ob quam exemplo pupillæ tutori nuptæ debeamus fauere mulieri quæ vltro rectoris prouinciæ nuptias contra leges & mandata Principum expetiuit. Atqui dicat

L. cùm hic status 32. §. *pen. D.de donat.int.vir. & vxor.*
L.quæsitum 17 in fin.De reb.auctor.iud. possid.
L.si vxor 13. §. *si minor D. ad leg. Iul de adul.*
L. hæc autem 5 §. *ait prætor D. quib. ex caus. in poss.eat l.pater Seuerianam* 101. *De condic.& demonstr.*
Differentia sexus in pubertate æstimanda.
d. l. præfectus 63. *D. hoc tit. De rit.nupt.*
Midii apud Papinianū.

aliquis, verba illa *exemplo pupillæ nupte tutori* quæ nos retinemus, non patiuntur vt hanc addamus negationem. Siquidem indubitati iuris est pupillam tutori nuptam licèt contra senatusconsultum, ex ipsius tamen testamento capere posse *d.l.vlt.de legat.1.d.l.2.§.1.De his qua vt indign.* Et hoc nimirum est quod primum fefellit eum qui negationem sustulit, & quod deinde fecit ne ad mendum hoc alij interpretes animaduerterint. Cùm potiùs obseruare debuerint, eorum verborum hunc veriùs sensum esse, vt quamuis proximè dictum sit, hanc speciem pupillæ comparandam esse, quod ad hãc rem tamen attinet non sit rectum exemplum, quod & dictio illa aduersatiua *tamen* non obscurè demonstrat acsi scriptum esset, non posse mulierem hanc quæ viro nupsit rectori contra mandata obtendere exemplum pupillæ tutori nuptæ, vt, quemadmodum illa, quod sibi ab iniusto viro relictum est consequatur, Propter eam nimirum differentiæ rationem quam attulimus, quòd non deliquerit, ideóque nec punienda sit puella, quæ à tutore decepta est, Deliquerit verò & consequenter punienda sit hæc quæ rectori vltrò nupsit. Idémque probat apertiùs ni fallor, quod apud Papinianum sequitur, *Pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui æquum est.* Hic enim versiculus per eandem aduersatiuam dictionem *tamen* conceptus, & exprimens eam sententiam quæ ad mulieris, de qua agimus, fauorem respiciat, ostendit manifestè prioris versiculi sensu aliquid contineri quod contra mulierem sit, non pro ipsa. Alioqui si prior versiculus ille & pro muliere & affirmatiuè conceptus esset, debuerat in posteriore ita scribi *Pecuniam quoque* non *tamen.* Nihil autem potuit ad propositam quæstionem contra mulierem responderi, nisi hoc ipsum quod nos volumus, Non esse illi permittendum, vt quod sibi testamento rectoris relictum est, consequatur. Et verò longè facilius est, vt mulier incapax sit relicti quàm vt dotem amittat, Non solùm quia dotis amissio non tantùm mulieri noceret, sed etiam viro prodesset qui dotem à se acceptam restituere obligatus est, cui tamen delictum suum prodesse non oportet, Verùm etiam quia mulier quæ dotem amitteret damnum incurreret, quæ verò liberalitatis sibi relictæ incapax sit, lucrum duntaxat amittit. Accedit, quòd non modò mulieris interest, sed & reipublicæ dotem saluam esse *l.interest* 16.*D.de reb. autor. iudic. possid. alias l.* 3. *De priuil. credit.* Nec est contrarium quod idem Papinianus scribit in *lege dote* 61.*eod. tit.* De *rit.nuptiar.* dotem propter illicitum matrimonium fieri caducam, Quod & Paulus tractat in *dicta l.si quis officium* 38.*§.* 1.*eod.* cùm ait, non fieri caducam dotem datam ei qui veterem sponsam suam duxit vxorem in ea prouincia quam administrat. Id enim non in odium mulieris inductum est, sed in odium mariti, cui dos, si caduca non fieret, acquireretur. Et pœna mariti potissimùm in eo consistit, vt non eo minùs cogatur mulieri reddere dotem quam amisit, & quæ ad filiũ peruenit. Mihi tamen dubitationem illud facit apud Papinianum, quod loquitur de dote mulieris heredi restituenda, cùm tamen non mulierem, sed maritum ponat in præcedentibus, decessisse. Non enim quærendum esset an consequi mulier deberet quod ei vir iniustus testamento reliquisset, si non secuta viri mors proponeretur. Itaque hunc etiam versiculum corruptum esse arbitror, & sic emendandum vt legamus *Pecuniam tamen in dotem datam mulieri heredem restituere*

l. dote 61. eod. tit. De rit. nupt.

d.si quis officium 38.§.1. eod.

Aliud mendum apud Papin.

necesse

neceſſe eſt,nato vetiſimiliter errore ex eo quod ita fortaſſe ſcriptum erat,vt fieri paſſim ſolebat,paucioribus literis *Mulier. hered. reſtit.* Quamquam ſi quis totam hanc ſecundam illius legis partem à Triboniano potiùs quàm ab interprete aut librario corruptam fuiſſe diceret,ego non valde repugnarem. Ab illis enim verbis *cùm ratio potentatus nuptias prohibuerit* nihil video ſiue verba ſiue ſententiam conſidero quod dignum ſit elegantia Papinieni, cui nec moris eſt in libris præſertim Definitionum,ita quæſtionem concipere, & talibus verbis qualibus hæc concepta proponitur *ſed an huic quoque ſi vltrò nupſit non ſit aufferendum quod teſtamento relictum eſt deliberari poteſt.* E contrario fuit mos ille loquendi Triboniano familiaris. Mouet me,etiam inſulſa illa inculcatio dictionis *tamen* prodens infantiam hominis non ſatis facilè felicitérque animi ſui ſenſum verbis exprimere valentis,quod an Triboniano an Papiniano magis conueniat,iudicium eſto eruditiorum. De illo planè non dubito quin Papinianus quæſtionem ſubiecerit de muliere quæ vltrò nupſerit viro in ea prouincia officium gerenti,Capta nimirum occaſione ex præcedentibus iis verbis *quæ ſpecies pupillæ comparanda eſt.* Nã vt alibi ſæpe monuimus totus in eo paſſim eſt Papinianus vt ſingulares caſus perquirat, in quibus aliter reſpondendum ſit,quàm prima facie vel ex iuris communis ratione, vel ex aliis quæ ab eodẽ ipſo Papiniano cõſtituta ſunt,reſpõdẽdũ eſſe videatur. Neque rurſus apud me dubiũ eſt quin ad eã quæſtionẽ aliis quidẽ verbis quã nos, ſed eo tamen ſenſu quẽ nos expoſuimus reſponderit,Et aliter fortaſſe quàm Tribonianus reſpondendum crediderit, cui nihil vnquam fuit antiquius quàm vt ſemper plus æquo mulieribus faueret non modò ſi de dotibus,quod eſſet tolerabilius,ſed & ſi de quouis alio ipſarum commodo ageretur. Nec ſanè laborandum magnopere putaremus,vt ex iuris ratione locus hic reſtitueretur ſi in confeſſo eſſet Papiniani ſententiam ab Triboniano corruptam fuiſſe. Nihil enim eſt tam alienum à iuris ratione,quod non admittã libentiſſimè à Triboniano ſcriptum eſſe,ſcribíque potuiſſe. Sed non poſſum pati, vt Papiniano adſcribatur ea ſententia quæ nec verbis elegantibus expreſſa ſit , nec ad iuris rationem accommodata. Verum de illius loci interpretatione ac emendatione iam ſatis. Supereſt vt concludamus , quod diximus parum intereſſe an tutor puellam ſuam vxorem duxerit an prouinciæ rector prouincialem, propterea quòd vtroque caſu nullum & iniuſtum ſit matrimonium,hanc primùm exceptionem admittere de qua hucuſque diximus,quòd in prouinciali nupta rectori prouinciæ diſtinguendum ſit an potentiæ metu nupſerit an vltro & ſponte, quæ diſtinctio in puellam tutori vel curatori ſuo nuptam non cadit , quia etiamſi maximè conſtaret ab ea primùm expetitas nuptias tutoris ſui vel curatoris,lex tamen præſumeret calliditate & illecebris ſubdolis tutoris vel curatoris allectam illam vt eum ſibi eligeret in virum , nunquam electuram ſi is tutor curatórve nunquam fuiſſet, At prouincialem mulierem quid prohibet ambire ac expetere nuptias rectoris prouinciæ quem nunquam fortaſſe viderit,nunquam allocuta fuerit ante illum diem? Aut quænam in eo contra rectorem prouinciæ doli præſumptio veriſimilis eſſe poteſt ? Etſi non eo minùs peccat ille contra leges,matrimonium contrahendo quod ipſe ſciat aut ſcire debeat,mandatis Principum diſtrictiſſimè ac indiſtinctè ſibi eſſe interdictum. Sed & alia exceptio ſubiicienda inſigniſque differentia inter hæc duo genera nuptiarum prohibitarum. Nam nuptiæ inter eam quæ pupilla vel adulta

Tribonieni manus.

Differentia adultæ & prouincialis mulieris quod pertinet ad nuptias interdictas.

Alia differentia inter

hæc duo genera nuptiarum prohibitarum. L. si patris 6. & seq. C. de interd. matrim.

fuit & tutorem curatorémve ipsius aliquémve ex eorum liberis contractæ vsque adeò inualidæ ab initio & nullæ sunt, vt nunquam conualescant, nec si mulier post annum vicesimum sextum aut vicesimum nonum in eius matrimonij figura perstare & senescere velit. *l. si patris 6. & seq. C. de interdict. matrim.* At quamuis contra mandata Principum contractum sit in prouincia dummodò consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium si in eadem voluntate mulier perseuerauerit, iustæ nuptiæ efficiuntur, & ideo posteà susceptos liberos tanquam natos ex iusto matrimonio, legitimos esse placuit *l. etsi contra 6. C. de nuptiis, l. eos qui 65. §. 1. D. de ritu nuptarum.* Cuius differentiæ ratio hæc est, quòd priore casu numquam cessat ratio prohibitionis quæ ab initio fecit ne matrimonij vinculum contrahi posset. Non enim fieri posset vt constante matrimonio is qui verus maritus esset aut ad rationes reddendas vrgeri posse videretur, aut vltro eas ex bona fide reddidisse crederetur, quantumuis mulier consentiret, quia maritalis verecundia, & individua illa vitæ societas quæ inter coniuges contrahitur, potius quàm iusta plenáque rationum redditio hunc consensum expressisse putanda esset, Posteriore verò casu cùm alia ratio nulla mandatis Principum causam dederit; quàm quòd non posset videri omnino plenéque liber fuisse consensus mulieris ei nubentis, qui in prouincia illa dignitatem aliquam & imperium habuit, tametsi de metu illato non constaret, qui etiamsi verè illatus esset, probari tamen haud facilè posset, Nemo non videt cessare hanc rationem si post depositum officium mulier quæ nuptiis ab initio consentisse proponitur, in eadem perseuerauerit voluntate. Illa namque perseuerantia non solùm inducit nouam voluntatem, quæ iudicio meo non sufficeret ad matrimonium inducendum si ab initio mulierem inuitam, coactámque nupsisse constaret, sed probat etiam ab initio liberam eiusdem mulieris voluntatem liberúmque consensum interueniisse, vt proinde dignus sit maritus, cum quo fauorabilius hoc casu agatur, quàm si inuitam vxorem ducendo non tantùm mandata Principum, sed ipsum etiam ius gentium violasset, quod procul dubio non patitur vt inter inuitos matrimonium contrahatur. Neque tamen potest ea perseuerantia facere vt matrimonij validitas ad eum diem quo contractum fuit retrotrahatur, sed tantùm vt ex depositi officij die valere intelligatur, iique demum liberi iusti & legitimi intelligantur, qui post id tempus sunt nati & suscepti, vt supradictis locis scriptum est. Ex quibus verbis obseruandum est, ad rem non facere si ante depositum officium concepti proponantur, dummodò posteà nati sint, quia nec habetur pro nato is qui est in vtero, quoties ei noceret si pro nato haberetur *l. 7. & 26. D. de stat. hom.* Tertia inter has illicitarũ nuptiarũ species differẽtia ea est quòd nuptiis cõtra Principũ mãdata cõtractis dos fit caduca, vt suprà diximus ex *d. l. si quis officiũ §. 1. D. de rit. nu.* nec eo minùs tamẽ obligatur maritus vt dotẽ restituat mulieri *d. l. præfectus 63. in fi.* quippe cui vel nihil omnino vel multominus imputari possit, *d. l. 2. §. 1. D. de his quæ vt ind.* nisi cũ se vltrò nuptiis obtulit, quãquãnec eo quoq; casu dotis iacturã incurrit, propter cõiũctũ reipublicę ac dotiũ fauorẽ. *d. l. præfectus.* Idq; mãdatis Principũ cautũ fuisse necesse est, vs ipsis scilicet quib' huiusmodi nuptię sũt interdictæ. Alioqui cũ iuris prohibitio faciat vt nõ sit matrimoniũ *d. l. præfectus*, certũ est nec dotẽ vllã esse posse *§. si aduersus infr. hoc tit. l. 3. D. de iur. dot. l. à Diuo Pio 58. D. de rit. nupt.* licèt quasi dos dicatur in *l. nec vlla 13. §. 1. D. de petit. hered.* Ac proinde fatendũ esset repeti dotẽ posse quasi datã sine causa vt aliis casibus euenire solet *l. vlt. D. de cond. sin. cas.* Præsertim verò cũ puella

L. etsi contra 6. C. de nup. l. eos qui 65. §. 1. D. hoc tit. De rit. nupt.

Tertia differentia; d. l. si quis officium §. 1. D. hoc tit. d. l. præfectus in fin. L. à Diuo Pio 58. eod. L. nec vlla 13. §. 1. D. de petit. hered. L. vlt. D. de condict. sin. caus.

tutori aut curatori ſuo nupſit,quo caſu dotẽ datã repeti poſſe per conditionẽ apertè ſcriptũeſt in *l.ſi tutor* 7.*C.de int.mat.* Anquòd fauorabilior ſit puella quę decepta eſtà tutore vt loquitur *l.vl.De legat.*3.quã quę coacta eſt à rectore prouinciæ? Minimè. Nã neq; hæc,neq; illa quicquã deliquit *d.l.*2.*§.*1.*De his qua vt ind.* Nec rurſus ad fauorẽ mulieris ſed mariti ſpectat illud quòd dos nõ fit caduca.Cũ & eo caſu quo caduca fiat nihilominùs obligetur maritus eiúſve heres ad ipſam mulieri reſtituendã *d.l.præfectus.* Sed quia maiore odio dignus ille viſus eſt qui dignitate & poteſtate publica in ſuũ cõmodũ abutatur, & in eius necẽ cui proſpicere potiùs deberet,quàm qui priuata,Cauſa enim tutelæ licèt quaſi publica dici poſſit eo reſpectu quod ſit ex iure publico,id eſt ex legibus, nõ tamen perinde publica dici poteſt,atque adminiſtratio reipublicæ rectori prouinciæ aut alij publicũ officiũ gerẽti data.Itaque quod Papin.in *d.l.dote* 61. *eod.* ſic ſcribit *dote propter illicitum matrimonium caduca facta* nõ ita accipiendũ eſt vt quoties matrimoniũ illicitè cõtractum eſt dos caduca fiat,ſed vt quoties caduca fit ita cõſtituto iure ſiue ex mãdatis Principũ,ſiue qua alia lege,cogẽdus ſit maritus fiſco ſoluere quicquid iudicio de dote redditurus eſſet,exceptis impenſis neceſſarijs quæ dotẽ minuere ipſo iure ſolẽt.Ex ſuperioribus autẽ intelligimus non ſolũ ei qui prouinciã regit, eſſe prohibitum ne vllam ex prouincialibus ſuis vxorẽ ducat,quandiu in adminiſtratione eſt, verũ etiã ne filio ſuo eam ducenti cõſentiat *l.qui in prouincia* 57.*De rit.nupt.* Filio inquã ſiue in poteſtate manenti,ſiue emãcipato,eũ lex non diſtinguat,Sicut nec diſtinximus cũ de puella filio tutoris aut curatoris non nubenda tractauimus ex Thryphonino in *d.l.non ſolũ* 67.*eo.tit.* Nã eadẽ vtriuſque filii hac parte ratio eſt, niſi quod ſi emancipatus inſcio patre duxerit vxorem in prouincia,neque puniendus eſt pater qui nihil cõtra mãdata fecit,neque eo minùs valet matrimoniũ, quia neque mãdatis Principũ,neque alia vlla iuris cõſtitutione prohibetur filius vxorẽ ducere inſcio patre in cuius nõ ſit poteſtate,vt in ſequẽtibus dicemus, Ne quidẽ in ea prouincia in qua pater officiũ publicũ gerit,dũ ne in cõtrahẽdo matrimonio patris opera intercedat,quã tamen præſtare nullã poteſt pater qui filij matrimoniũ ignorat *d.l.vnic.C.ſi rect.prouinc.* Filiæ alia ratio eſt,Nã qui in prouincia aliquid adminiſtrat,in eadẽ prouincia filiã ſuã,etiã quã in poteſtate habeat,collocare in matrimoniũ eique dotẽ cõſtituere nõ prohibetur *d.l.ſi quis officiũ* 38.*§.vlt.De rit.nupt.* Diuerſitatis ratio eſt,quia cũ vxor familiã viri ſequatur,& à viro tanquã à capite pẽdeat,nõ ſit credibile patrẽ quẽpiã ſua poteſtate abuſurũ vt filiãſuã inuito prouinciali collocet in matrimoniũ,ex quo filia toto vitæ ſuæ tẽpore nihil niſi cõtinuas perpetuáſque miſerias aut diuortiũ expectare poſſet.Deinde quia dos filiæ nomine data acquiritur marito, tantóque locupletioré prouinciã facit,nec aliud quicquã cõmodi ex eo matrimonio filiæ pater ſentire poteſt,niſi quod ab onere collocãdæ dotãdæque filiæ ſe liberat melioré fortaſſis cõdicione,minoréq; data dote quã dare debuiſſet ſi paris dignitatis virũ filiæ extra prouinciã quæſiiſſet.Etſi hoc quoque tandẽ correctum eſt nec ſine ratione *Nouell.Leonis* 23.quæ nõ patitur vt melior hac parte ſit conditio filiarũ quàm filiorũ.At cũ rectoris filius in prouincia vxorẽ ducit, ſimul cũ vxore omnia vxoris bona dotalia transfert in familiã patris,in cuius eſt poteſtate.Sin emãcipatus proponatur,trãsfert in ſuã propriã quæ licèt diuerſa ſit à familia patris,ad patrẽ tamẽ aliquatenus pertinet,ſiue propter vinculũ illud cõiunctionis naturalis,quod per emãcipationẽ non vſque adeò diſſoluitur vt non maneat naturaliter filius is qui eſt emãcipatus,ſiue propter iura ſuccedẽdi

L.ſi tutor 7. C.de interd. matr.

L.dote 61.D. hoc tit.

L.qui in prouincia 57. eod.

L.vnic.C.ſi rect prouin. d.l.ſi quis officium 38.§. vlt.D.hoc tit.

Nouell.Leonis 23.

quæ ex prætoris edicto inter eos mutua inducuntur, non solùm tanquam inter patrem & filium, sed etiam tanquam inter manumissorem & manumissum, exemplo patroni libertique *l.1.§.vlt. & tot. tit. D. si à parent. quis manum.* Quanquam de illo inquirendum non est, An commodum aliquod ex emancipati filij nuptiis pater sentire possit, sed tantùm an ex iis damnum aliquod sentire possint prouinciales, quorum commodis & vtilitatibus prospicere officialis debuerat, potiùs quàm iis nuptiis contrahendis operam dare, ex quibus commoda ipsorum læderentur. Vnde est quod non minùs contra mandata peccat, qui vni vel minimo ex suis domesticis vxorem in prouincia sua quærit, quàm qui filio *d.l.vnic.C. si rect. prouinc.* Ab hac tamen prohibitione excipiuntur ii qui in prouincia sua militant vel aliud publicum officium gerunt, Non enim videntur contra mandata feciſſe, si ex eadem prouincia vxorem duxerint, idque etiam quibusdam mandatis continetur vt Paulus refert in *d.l.eos qui 65. in princip. eod. tit.* Ratio euidens est, quoniam aliter posito iure, necesse esset alterutrum euenire, Nimirum, vt vel reuocarentur ciues ab officiis publicis in patria sua gerendis, vel à nuptiis liberorúmque reipublicæ procreandorum studio interim abstinere cogerentur, si non in aliena prouincia vxores quærere mallent, quæ omnia tamen à reipublicæ vtilitate essent aliena. Vbi enim digniùs & honorificentiùs quàm in patria sua & militare & vxorẽ quærere quisquam potest? Aut cur feramus probo ciui damnosum esse officium suum quod patriæ suæ exhibeat? *arg.l. videlicet 29. D. ex quib. caus. maior.* Sed & obseruandum est prohibitionem istam ad eos tantùm pertinuisse, qui officium aliquod in prouincia gererent temporale: Nec proinde ad illos hodie pertinere qui in aliena prouincia perpetuam non temporalem habent administrationem, ne alioqui prætextu officii publici aut vxoris extra eam prouinciam quærendæ, aut in perpetuo cœlibatu viuendi necessitas iis iniuncta videatur.

L.1.§.vlt. D. si à par. quis manu. sit.

d.l.vnic.C. si rect. prouinc.

L. eos qui 65 in princip. eod. tit.

ILLATIO XIII.

De nuptiis inter Senatorem & mulierem publico iudicio damnatam.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit vt non sit matrimonium, si Senator vxorem duxerit publico iudicio damnatam mulierem *l. palam 43. §. Senatus censuit De rit. nupt.* vbi Vlp. refert ita Senatum censuisse, non esse conueniens vlli Senatori talem vxorem ducere at neque ductã retinere, Ob rationẽ quam attulimus suprà *illat. 6.* Sed neque mulierẽ in adulterio deprehensam, siue à quolibet, siue vbilibet, aut vxorẽ ducere, aut ductã retinere potest, quia & hæc pro dãnata habetur, & lex factũ ipsum adulterij non sententiã de adulterio latã notauit *§. quæ in adulterio & seq. ea. leg.* Multò minùs eã quæ palã quæstũ fecerit, hoc est passim & sine delectu siue in lupanario se prostituerit siue in taberna cauponia, Nec magis eã quæ sine quæstu se prostituerit, siue adhuc id faciat, siue antè fecerit, licèt facere desierit, Adeo vt neque ignoscatur ei quæ paupertatis prętextu vitã turpissimã egit, siue prostituta ipsa sit, siue quã aliã mulierẽ quæstuariã prostituerit cùm non minùs sit lenocinũ facere siue suo siue alieno nomine quàm corpore quæstum exercere vt pluribus omnia & singula ista persequens tractat *Vlp. in d. l. palam.* Obseruandũ tamen est in alijs quàm mulieribus publico iudicio damnatis non ita ius esse vt Senator eam vxorem reti-

L. palam 43. §. Senatus censuit D. eod.

§. quæ in adulterio & seq. eod. leg.

d. l. palam.

Digitized by Google

retinere prohibeatur,quam ducere non possit. Etsi enim prohibetur Senator eam ducere vxorem cuius pater matérve, non etiam auus & auia, de quibus lex locuta non est,artem ludicram fecerit,siue in potestate pater filiam habeat siue non,dummodò iustus pater sit,mater autem etiam quæ vulgo concepe-rit, & siue naturalis pater sit siue adoptiuus. Si tamen ingenuæ vxoris pater matérve artem ludricrã facere cœperit, iniquissimum est dimittere eam cogi Senatorem,cùm nuptiæ contractæ sint & fortè liberi iam procreati: quamuis si ipsa artem ludicram facere cœperit vtique dimittenda sit *d. l. Iulio* 44. §. 1. *& penult. eod.* Sanè mulieres illas quas ingenui cæteri ducere prohibentur, Senatoribus ducere multò minùs licet *§. vlt. ibid. l. obseruandum* 49. *eod.*

l. lege Iulia 44. §. 1. *& pen. eod. §. vlt. eiusd. leg. l. obseruandum* 49. *eod.*

ILLATIO XIV.

De patrono qui libertam suam ignominiosam vxorem duxit.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt si ignominiosam libertam suam patronus vxorem duxerit,maritus non sit,quia contra legem id fecit, ob idque non debeat habere legis beneficium quod patronis omnibus datum est, vt patrono nupta liberta inuito eo alij nubere non possit *l. filio patroni* 48. §. 1. iunct. *l. in eo iure* 45. *eod.* Non enim legis beneficium & auxilium implorare potest qui contra leges commisit *l. auxilium* 37. *in fin. D. de minor.*

L. filio patroni 48. §. 1. iunct. *l. in eo iure* 45. *D. eod. l. auxilium* 37. *in fin. D. de minor.*

ILLATIO XV.

De nuptiis prohibitis ob maritidignitatem.

DEcimoquintò obseruandum est quod Marcellus notat in *l. obseruandum* 49. *De rit. nupt.* inferioris gradus homines ducere vxores eas posse, quas hi qui altioris dignitatis sunt ducere legibus prohibentur,si non nisi propter dignitatem ea prohibitio inducatur. At contrà antecedentis gradus homines non posse eas ducere,quas his qui inferioris dignitatis sunt ducere non licet. Nam & illud est quod suprà diximus ex *d. l. lege Iulia* 44. §. *vlt. eod.* Non posse Senatores eas vxores ducere quas cæteri ingenui ducere prohibentur. Neque verò existimandum est abrogatum hoc ius fuisse lege Catulcia cuius meminit Liuius,per quam connubia promiscuè sunt permissa. Nunquam enim vsque adeò promiscuè permissa sunt,vt non habita habendáque semper fuerit ratio dignitatis,præsertim Senatoriæ, vt ex suprádictis iuris locis apparet qui & lege Catulcia & Liuio ipso sunt longè posteriores.

L. obseruandum 49. *D. hoc tit.*

l. lege Iulia 44. §. *vlt. eod.*

PRINCIPIVM II.

De nuptiarum potestate vt patrem demonstrent.

PAter est quem nuptiæ demonstrant *l. quia semper* 5. D. *de in ius vocand.* Alio enim modo quàm per iustas nuptias probare patrem prorsus impossibile est *l. Lucius* 87. D. *de condic. & demonstr.* Ac nisi huiusmodi probationis species legibus inducta fuisset,saltem ad producendam præsumptionem quã

L. quia semper 5. D. *de in ius vocand. L. Lucius* 87. *de condic. et demonstr.*

Digitized by Google

vocant iuris & de iure contra quam non sit admittenda probatio in contrarium , nulla omnino esset aut esse posset in republica familiarum distinctio aut certitudo,nec proinde dominiorum,sine qua tamen stare respublica nullomodo posset, vt scriptimus ad *Princ.2.illat.1.sup.tit.prox. De patr.potest.* Vnde alia peti poterunt, quæ ad huius Principij cognitionem & explicationem pertinent.

ILLATIO I.

De naturalibus liberis Tractatus insignis.

Nouell. 89. quib.mod. natur. effic. sui.

EX hoc Principio illud primùm sit quod Iustinianus scribit in initio *Nouell.89.quib.mod.natur.effic.sui.* Naturalium liberorum nomen qui scilicet aut ex concubina,aut vulgo concepti essent fuisse incognitum legibus nostris ante tempora Constantini,nullámque eorum rationem habitam fuisse tãquã qui essent alienigeni,peregrini,& à republica omnino alieni. Nam cùm extra iustas nuptias concepti essent,atque ideo sine patre esse dicerentur , fieri non poterat vt non essent sine ciuitate qui nati erant in ciuitate sine patre. Idcirco autem loquor de natis sine patre in ciuitate,quoniam vnus in toto iure nostro casus est ísque valde singularis , in quo euenit vt quis & ciuitatem & matrem habeat, non tamen patrem. Nimirum si ex parentibus captiuis apud hostes natus sit , & ibidem defuncto patre , tandem reuersus sit in ciuitatem cum matre. Cùm enim mater quæ ciuis fuerat ante captiuitatem habeat ius postliminij eóque pleniſſimè gaudere debeat vt in omnibus & per omnia perinde habeatur acsi numquam ab hostibus capta fuisset,necesse est euenire vt filius hic quamuis postliminium ex propria persona habere non possit, quia captus non est,matris tamen postliminium & condicionem sequatur, vt cum ipsa reuersus in ciuitatem fiat ciuis,Ne alioqui non sit matri plenum ius postliminij si filius ei non reddatur *l.1.C.de postlim.reuers.* Habet igitur matrem,& cum matre ciuitatem , sed non patrem,quia pater ex quo natus est iam inde ab eo instanti quo captus fuit decessisse in ciuitate retrofingitur per legis Cornelиæ fictionem,vt dicemus ad *§.si ab hostibus infr.quib.mod.ius patr.potest.solu.* At verò vt is qui in ciuitate natus est sine patre ciuitatem nihilominùs habeat fieri certè nullomodo núllóque casu potest. Siquidem romanorum ciuium summa diuisio illa est vt vel patresfamilias sint vel matresfamilias , vel filijfamilias,vel filiæfamilias *l.nam ciuium 4.D.de his qui sui vel alien.iur. sunt.* Atquin hic qui nascitur sine patré neque filiusfamilias neque si fœmina sit filiafamilias est cùm non sit in aliena potestate.Patria namque potestas non nisi iustis ex nupriis comparatur,vt diximus ad *dict.Princ.2.sup.tit.prox.* Paterfamilias verò dici multominùs potest , quia paterfamilias nemo est nisi qui priùs fuerit filiusfamilias , cùm patresfamilias demum mortuo incipiant patresfamilias fieri quotquot capita in ipsius viui fuerant potestate *l. pronunciatio 195.§.familiæ De verb. significat.* Præterquàm si proponas natum quem posthumum & defuncto iam patre. Hic enim filiusfamilias nunquam fuit, nascitúrque paterfamilias , sed non alia ratione quàm quia nascitur ex iusto patre qui familiam habuit , & quem ex iustis nuptiis licèt iam defunctum demonstrare potest,aut saltem nominare. Nec enim facit natiuitas , sed conceptio filij dummodò postea quandocùmque nati , præsertim cùm in iis

Casus singularis in quo habet quis & ciuitatẽ & matrem, at nõ etiam patrem.

L.1.C.de postlim. reuers.

§.si ab hostibus Quib. mod.ius pat. potest.solu.

L.nam ciuium 4. D. de his qui sui vel alien.iur. sunt.

L. pronunciatio 195.§. familiæ De verb.signif.

quæ

quæ ad filij commodum pertinent, quale illud potiſſimum eſt vt iuſtum patrem habeat, qui in vtero eſt pro nato habeatur *l. qui in vtero 7. & 26. D. de ſtat.homin. l. Titius 6. in fin. cum l. ſeq. D. de ſuis & legit.* Cùm igitur hic qui extra iuſtas nuptias conceptus natúſque eſt, neque filius familias, neque paterfamilias ſit, quia nec familiāvllā habet, nec in vllius familia naſcitur (mater enim ex qua & cui naſcitur, licèt habeat familiam, ſuæ tamen familiæ & caput & finis eſt *dict. l. pronunciatio in fine*,) conſequens eſt vt ciuis romanus eſſe nequeat. Ex quo illud etiam neceſſariò ſit, vt quamuis in ciuitate natus ſit, tamen pro alienigeno haberi debeat & peregrino. Quotquot enim toto terrarum orbe ſunt homines eos neceſſe eſt, aut ciues romanos eſſe, aut peregrinos, cùm peregrini ſint quicunque romani ciues non ſunt. Immo & ſi quod res eſt fateri volumus monſtra potiùs quàm homines dici debent. An non enim contra naturam eſt, nec minùs à naturæ quàm à ciuitatis iure alienum, denique inſtar monſtri, vt quiſquam naſcatur homo ſine patre? Quare non minùs eleganter quàm verè idem Iuſtin. noſter *Nouell. 39. De reſtit. & ea quæ par. vndec. menſ.* in nuptiarum laudem ſcribit, Nihil in republica eſſe nuptijs vtilius *tanquam ſolis homines facere valentibus.* In quo obſeruandum eſt non ſic eum loqui, vt dicat non niſi ex nuptiis iuſtos liberos parari poſſe, ſed de hominibus agere, Vt intelligamus homines qui nullius iuſti liberi ſunt ſicut nec liberi ſunt quia patrem non habent (cùm patris & filij nomina ſint correlatiua, quorum poſito vno alterum quoque poni neceſſe eſt) ita nec homines quidem dici poſſe. Quòd ſi quis cum iis agere humaniùs volet, vt homines eſſe fateatur, illud tamen negare ſaltem non poſſit, ciues romanos non eſſe, ſed alienigenos & peregrinos, quod ſufficit vt iure ciuili hoc eſt in iis omnibus quæ ad ius ciuile pertinent pro nullis & quod idem eſt pro non hominibus habeantur, Non enim alijs quàm romanis ciuibus leges romanorum ſcriptæ ſunt, nec ad alios quàm ad ciues romanos pertinere poteſt quicquid eſt iuris ciuilis romanorum, ſiue ſcripti, ſine non ſcripti. Nam & ideo ius ciuile appellatur quòd proprium ſit ciuitatis, id eſt non omnium qui in ciuitate ſunt, in qua ſcilicet poſſunt eſſe & ſerui multi & peregrini, ſed ciuium duntaxat romanorum. *l. ius ciuile 6. l. omnes populi 9. D. de iuſtit. & iur.* Soli ſiquidem ciues illi ſunt qui caput in ciuitate habere exiſtimantur. Cæteri omnes ſiue ſerui, ſiue peregrini pro nullis habentur, neque aut ciuili iure aut prætorio, aut etiam extra ordinem computantur *l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de falſ. l. 3. 6. vlt. D. de capit. minut. l. 1. §. hi quibus De legat. 3. l. ſunt quidam §. 1. D. de pœn.* vbi ἀπόλιδες & extorres iſti quoque appellantur qui per deportationem aut veterem illam aquæ & ignis interdictionem in cuius locum ſucceſſit deportatio amiſerunt ciuitatem quam antea habuerunt. Hoc verò cur ita? niſi quia per huiuſmodi pœnam ad peregrinitatem rediguntur vt loquitur *Vlpian. in l. ſed ſi hac lege 10. §. ſed ſi per pœnam D. de in ius vocand.* id eſt fiunt peregrini. Cur ergo melioris condicionis erunt qui ciues romani numquam fuerunt, quàm qui fuerunt aliquando, ſed eſſe deſierunt? Nec eſt quod quis dicat totam hanc ciuium & peregrinorum differentiam ſublatam eſſe generali conſtitutione Imp. Antonini, quæ omnes quotquot erant in orbe romano homines ciuitate romana donauit *l. in orbe romano 17. D. de ſtat. homin. & Nouell. 78. vt libert. de cæter. §. vlt.* Non enim alios

Omnes qui ad ius Romanum attinet aut ciues Romani ſunt aut peregrini. Nam ſine patre monſtra dici debent nam homines. Nouell. 39. De reſtit. & ea quæ par. vnd. menſ.

L. ius ciuile 6. l. omnes populi 9. D. de iuſtit. & iur. L. ſunt quidam 17. §. 1. D. de pœn. L. ſed ſi hac lege 10. §. ſed ſi per pœnam D. de in ius vocand. L. in orbe romano 17. D. de ſtat. homin. & Nouell. 78. vt libert. de cæter. §. vlt.

ciues romanos fecit Antoninus quàm qui patriæ solius condicione impediebantur ne ciues romani essent, hoc est, quòd alibi quàm romæ nati fuissent, nõ etiam illos, qui quamuis in romana ciuitate nati, alia tamende causa impediebantur ne ciues romani esse dicive possent, Vt puta quòd nati essent serui, vel quod essent libertini dedititij aut Iuniani, In sũma fecit Antoninus vt qui extra romanam ciuitatem nati erant perinde ciues romani conferentur, acsi in ciuitate nati fuissent, At non item vt ciues romani fierent ij quoque qui propria condicione personæ impediebantur ne ciues esse possent, quamuis in ciuitate nati proponerentur, vt iãdiximus ad *Princ.3.sup. De libert.* Ergo ad eos naturales liberos de quibus nũc agimus, ea cõstitutio Antonini pertinere nõ potuit, cùm eo tempore & ad Constantinum vsque siue pro nullis siue pro peregrinis haberentur, non quòd romæ nati non essent, sed quia illi etiam qui romæ nati erant sine patre nati essent, fierique non posset vt ἀπάτωρες non essent qui erant ἀπάτωρες quomodo illos Iustinianus vocat in *§.si aduersus infr.hoc tit.* In eóque turpiter hallucinatus est Andr. Alciat. *lib.4.pareg.cap.5.* à Gabriele Palæoto Card. illustriss. *in tract.* illo suo pereleganti *De noth. & spur.* non malè ob eam causam reprehensus. Quod si naturales illi ad posteriorũ vsque Impp. tempora pro nullis aut peregrinis habiti semper sunt haberique debuerunt, consequens est vt indubitato iure fuerint illi successionum omnium incapaces siue ex testamento, siue ab intestato. Nam cùm hereditates omnes tam testamentariæ quàm legitimæ non nisi per legem obueniant & deferantur *l.lege obuenire* 130. iunct. *l.verbis legis* 120. *D.de verb.signifi.* propter eas rationes quas attulimus ad *Princip.5.sup.* De *iur.natur.gent. & ciuil.* fieri non potest vt quisquis legibus incognitus est, cuiusmodi sunt quicunque ciues romani non sunt, is testamenti factionem habeat aut actiuam aut passiuam, neque rursum vt ab intestato cuiquam succedere communi iure possit, aut denique aliud quidpiã facere quod aliquam cum iure ciuili consortionem habeat & communionem. Quam in rem textus sunt apertissimi in *d.l.1.§.hi quibus* De *legat.3.d.l.sunt quidam* 17. D. *de pœn.d.l.sed si hac lege* 10. *§.sed si per pœnam* D. *de in ius vocand. l. sed si condicionem* 6. *§.solemus* D. *de hered.instit.l.1.l.nec apud* 7. C. *eod.l.1.C. de emancip.lib.l.1. D. ad leg.Falcid.* cuius in secundo capite verba illa fuerunt, *Quicunque ciuis romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique ciui romano pecuniam iure publico dare legare volet* &c. vt appareat ciuem romanum esse vtrumque oportere, & eum qui testatur, & eum cui testamento relinquitur. Quid ? inquies, An non in Pandectis nostris quàm plurimi loci sunt de patribus & liberis naturalibus, & quidem desumpti ex responsis aliisque libris prudentum veterum qui multis antè Constantinum seculis floruerunt? Ita sanè est. Vt in *l. vlt.* D. *de his qui sui vel alien. iur. sunt.l. Lucius* 45. De *vulg. & pupill. substit.l.naturali* 7. D. *de confirm. tutor. l. Lucius* 88. *§. Dama De legat.2.l.vxorem* 41. *§.pater naturalis* De *leg.3.l.ex facto* 17. *§.si quis rogatus ad SC. Trebell. l.omnes* 17. *§. Lucius D.quæ in fraud.credit. l.libertinum* 4. *C. de interd.matrim.int.pupill.* Idque nimirum fuit quod tam malè habuit Palæotum virum alioquin eruditissimum, elegantissimum, præcelsáque illa Cardinalatus dignitate qua functus est dignissimum. Non enim potuit ille assequi & intelligere quomodo verum esse possit quod diximus ex Iustin *d.Nouell.* 89. naturalium liberorum nomen ante Constantini tempora, legibus nostris incognitum fuisse: neque vllibi nisi in Codice scriptum esse. Debuit autem animaduertere

§.si aduersus hoc.it. L lege obuenire 130. *iũ. l. verbis legis* 120. *De verb.signif. L.1.§.hi quibus de leg.3. d.l.sunt quidam* 17.§.1. *De pœn.d.l. sed si* 10.§. *sed si per pœnam De in ius vocand. l. sed si condicioni* 6. §. *solemus* D. *de hered. instit. l. 1. l. nec apud* 7. *C.eod.l.1.C. de emancip. libar.l.1. D. ad leg.Falcid.*

L.vlt. De his qui sui vel alien. iur sunt. l. Lucius 45. *De vulg. & pupill. subst. l naturali* 7. *D. de confirm. tutor. l.Lucius* 88 §. *Dama de legat.2.l vxorem* 41.§. *pater naturalis de leg. 3. l. ex facto* 17.§. *si quis rogatus ad SC.Trebel. l.omnes* 17. §. *Lucius D.quæ in fraud. cred. l. libertinũ* 4. *C. de interd. matr. int.pup.*

aertere,quod certè verissimum est,Iustinianũ tota *d.l.Nouell.* 89. loqui de iis naturalibus qui ex ciue Romano & ex concubina suscepti sint,Superiores autẽ omnes Pãdectarũ locos de iis qui in seruitute cõcepti sunt,siue ex patre seruo & ancilla,siue ex patre seruo& matre libera,vt cõstat apertissimè ex *d.l.vlt.* *De his qui sui vel alij.su.sunt.* iũct. *l.vl.D.de adop.d.§.si quis rogatus.* iũct. *l.cũ pater* 77.§. *volo De lega.2.l.vl.D.de iur.delib.l.3.C.de solut.matr.l.ex libera* 6.*C.de suis& legit.* Sed apertiùs,si fieri potest ex *d.l.88.§.Dame de legat.*2. in nota illa Claudij ad Scæuolã *quia creditur appellationem filiorũ & naturales liberos*, id est,inquit ille,*in seruitute susceptos contineri.* Et ex *d.l.libertinam* 4.*C. de interd. matrim.* iis verbis *filio suo naturali quem in seruitute susceperat postea manumisso.* Quòd si pergas quærere,Cur liberi in seruitute suscepti prudentibus naturales dicti potiùs sint quàm qui in concubinatu,itémque patres qui in seruitute liberos genuissent ex ancilla,quàm ciues Romani,qui genuissent ex concubina,quandoquidem non minùs sine patre sunt qui in seruitute sunt nati,quàm qui in concubinatu,nec fauorabilior debet esse condicio natorum ex seruo qui iure ciuili pro nullo habetur ,vt diximus,quàm susceptorum ex ciue Romano, licèt etiam ex concubina , Respondebo meliorem fuisse condicionem eorum qui in seruitute ex contubernio suscepti essent , quàm illorũ qui ex ciuibus romanis in concubinatu,quia licèt tam hi quàm illi extra iustas nuptias& illegitimè suscepti essent,nihil tamen contra leges peccauerat seruus, qui cùm legibus ipsis matrimonium contrahere prohiberetur,quod non nisi inter liberos homines,ciuésque romanos contrahi poterat,*l.3.C.de incest. nupt.* aliam coniunctionem iustiorem magísque licitam inire nullã poterat,quàm quæ contubernij nomine censeretur.Quod enim inter liberas personas matrimonium erat, id inter seruos contubernium dicebatur.At peccabat contra leges ciuis romanus, aut saltem erat quod posset ei imputari , qui cùm iustos liberos ex iustis nuptiis sperare & posset & deberet,malebat tamen habere concubinam , nihil enim vnquam adeò curæ fuit ciuili legislatori quàm vt ciues suos ad iustas nuptias contrahendas inuitaret , ac vt iusta legitimáque sobole ciuitas repleretur *l.1.D.solut.matrim.l.hoc modo* 64. *De condic.& demonst.* Propositis in eam rem publicè præmiis ei qui & iustam vxorem duceret , & iustos ex ea liberos haberet,Ac contrà vicissim pœnis ei qui vel orbus,vel cœlebs esset , vt suprà diximus ad Princip.*tit.praced.*& constat ex Vlpiano in Fragmentis. Itaque nihil causæ erat cur liberos ex concubina susceptos legislator ciuilis agnoscere deberet pro liberis naturalibus,aut patrem pro patre naturali, quos è cõtrario inuitis legibus natos habebat quàm maximè exosos,tãquam eos qui non tantùm ciuitati romanę,sed etiã ipsi naturæ peregrini essent,vt vtar verbis Impp. dicet alio sensu scriptis in *l.multi 6.C.de malefi.& Mathemat.* Eos verò qui in seruitute suscepti essent,cur exosos lex haberet , quos meliùs nasci prohibuisset? Quòd si parentum innocentia facere nequit,vt eo magis legitimi iustíque liberi sint,qui ex iustis nuptiis,neque nati sunt,neque nasci potuerunt , quidni saltem faciet,vt naturalium liberorum & ius & nomen assequantur? Nõ quidem durante seruitute.(Seruitus enim quę facit vt hi omnes pro nullis habeãtur,nec illud quoque pati potest , vt vlla iuris ciuilis parte parentes liberíque naturales dicantur , Aliquem namque esse necesse est priùs quàm , aut pater aut filius naturalis dici quis possit , cùm sint istæ qualitates quæ non possunt esse sine subiecto)sed tũ demum si ex seruitute tam parentes quàm liberi ma-

L.vlt. D.de adopt.l.cùm pater 77. §. volo de leg. 2.l. vlt. D. de iur delib. l.3.C. solut. matr.l.ex libera 6 C.de suis & legit.

L.1.D.solut. matr.l. hoc modo64.De condic.& demonstr.

l multi 6.C. de malefic. & Mathemat.

numissi proponantur: quo demum tempore tam hi quàm illi incipiunt habere caput in ciuitate, ac proinde digni esse qui iam nomẽ aliquod à lege habeãt, non quidem legitimoru̅, quod nõ magis ex postfacto iis acquiri potest, quàm illud fieri vt retrofingantur liberi fuisse tempore seruitutis, sed naturalium, cùm negari non possit inter seruos quoque sicut & inter liberas personas naturalem esse cognationem nascique eam ex seruilibus etiam coniunctionibus, quoniã natura nullam inter liberos & seruos differentiam agnoscit *l. adoptiuus 14. §. seruiles D. de rit. nupt.* Eóque sensu naturales parentes & liberos in iure nostro dici, hoc est secuta demũ manumissione apparet ex superioribus locis, præsertim ex *dict. §. Dame d. l. vlt. D. de iur. delib. d. l. 4. C. de interd. matrim.* Dices concubinatum iure ciuili prohibitũ non esse, quin potiùs permissum cùm ex legibus ipsis nomen absumpserit *l. 3. D. de concub.* vbi ex hoc infert Marcianus huiusmodi coniũctionẽ extra legis pœnã esse: Ac proinde nihil obstare quominùs qui ex concubinatu nascuntur saltem naturalium liberorũ nomen mercantur, vt & ad eũ locũ Bart. ratiocinatur. Respõdeo concubinatus quidẽ nomen esse legitimũ, id est, legibus introductum, sed non ideò tamen cõsequẽs fieri, vt concubinatus legitimus sit & iure ciuili permissus. Verius enim est nec prohibitũ esse, nec permissum, sed licitũ, vt loquitur *l. si quæ 5. C. ad SC. Orfic.* & toleratũ, vt alia pleraque etiã alioquin illicita tolerantur sæpenumero in republica quantumuis bene constituta, ne quid deterius contingat: Cuiusmodi non pauca poterant accidere Romæ stupra, & adulteria, in tanta scilicet, quanta priscis illis romanis semper fuit diuortiorum licentia, & impunitate. Cúmque non alia tolerandi concubinatus ratio fuerit quàm vt multorũ neque matrimonia, neque diuortia quærentium incontinẽtiæ consuleretur, non etiam vt per eiusmodi coniunctionem ciuitas hominibus qui monstrorum instar essent, patrémque nullum haberent, repleretur, apparet ex ista concubinatus tolerãtia nihil posse inferri fauore liberorum ex cõcubina susceptorum̅, quo magis aut liberi debeant dici naturales, aut patrẽ habere naturalem. Qui enim liberos naturales optabant, quidni iustas contrahebant nuptias ex quibus liberos non modò naturales, sed etiam legitimos sperare potuissent? Itaque quamuis frequentissima in libris nostris mentio sit & concubinarum & concubinatus, vix tamen ac ne vix quidem reperias vllo Pandectarum loco mentionem fieri, quod meminerim, liberorum ex concubina susceptorum, tantũ abest, vt eos videas vspiam à prudentibus dici liberos naturales, quod & disertè negat Iustin. *d. Nouell. 89. in princip.* cùm ait ante tempora Constantini fuisse inauditum in republica romana nomen liberorum naturalium, nec nisi in Codice primùm scribi cœptum esse. Neque verò credendum est romanas leges vnquam fuisse inducturas nomen concubinatus, si non eogente necessitate id fieri debuisset, vt illicitarum quoque coniunctionũ discretio aliqua fieret, ac ea quę ne prohibita erat, nec permissa, sed tantùm tolerata, distingueretur à cęteris, quę & crimen haberent, & consequenter legibus publicorum iudiciorum vindicarentur. Cęterùm non fuisse cõcubinatũ apud romanos habitum pro iusta cõiunctione, id est, quam ius adprobaret, ex eo intelligimus, quòd nec aliam vllam maris & fœminę coniunctionem iuris naturalis esse prudentes nostri voluerunt præter eam quam nos matrimonium appellamus, vt Vlp. loquitur in *l. 1. §. ius naturale De iustit. & iur.* Non alia de causa quàm quòd hæc sola sit cum ratione, solóque homine digna: Cæterę verò omnes

l. adoptiuus 14. §. seruiles D. de rit. nupt.

L. 3. D. de concub.

l. si quæ 5. ad SC. Orfic.

d. Nouel. 89. in princip.

l. 1. §. ius naturale De iustit. & iur.

omnes homini communes cum brutis animantibus,quippe ad quas tam homines quàm bruta non nisi quodam naturæ instinctu & impetu ferri se patiũtur. Alioqui fuisset sanè multò accommodatius exemplum iuris naturalis ex concubinatu sumere quàm ex matrimonio,si verum esset,quod notat Bart. ad *d.l.3.De concub.*concubinatũ manere in primis terminis iuris naturalis, Cùm habeat matrimonium permulta quæ sunt ex iure ciuili,adeò vt non desint qui affirmẽt esse iuris ciuilis,quod nos tamẽ suprà suóq; loco refutauimus. Nec ad rem facit quod Iustin.scribit *d.Nouell.*89.*cap.*1.naturam ab initio dum de filiorum procreatione sanciret scriptis nondum positis legibus omnes similiter liberos,& similiter ingenuos produxisse, primisque parentibus primos liberos similiter quidem liberos,similiter autẽ legitimos ab ipsa creatione factos fuisse.Nõ enim Iustiniani sensus ille est,vt potuerint vnquam legitimi liberi esse qui ex matrimonio suscepti nõ essent, nisi fortè tã stolidus quis sit,vt putet ne sciuisse illũ,quod Bart.non ignorauit inter primos parentes nostros Adamum & Euam institutũ contractumque à Deo Opt. Max. matrimoniũ priusquàm ex ipsis Abel & Cain nascerentur,cùm etiã hodie post inductũ concubinatum in liberæ mulieris cõsuetudine nõ concubinatus,sed nuptiæ potiùs intelligendæ sint,si nõ corpore quæstũ fecerit *l.in libera* 24. *De rit.nupt.*Sed hoc sibi vult Iustinianus primis illis innocentiæ tẽporibus cùm suæ quisque vxori & carni adhęreret, necdũ libidini & concupiscentiæ locus apertus esset nullam fuisse distinctionẽ inter liberos naturales & legitimos, cùm quisquis erat naturalis hoc ipso esset legitimus,hoc est,ex iusta,ipsiũsque naturæ legibus cognita coniunctione susceptus.Nec enim potuit concubinatus antiquior esse matrimonio,cùm sit nomẽ cõcupiscentię potiùs quàm naturæ, aut iuris ciuilis,vel naturalis, Tametsi iure ciuili cõparatũ post inductas iustarũ nuptiarũ sollemnitates,vt mulier quę vxor dici nõ posset,si neque adulterij,neque stupri rea, neq; aut palam prostituta, aut pluribus iũcta esset,concubina diceretur,itémque vt cõiũctio omnis quæ neque iusta,neque omnino prohibita turpisve & infamis legibus romanis haberi posset concubinatus appellaretur.Æstimatur enim cõcubina ex cõparatione vxoris,quę scilicet velut vxoris loco sit vt ait *l. iubemus* 6.C.*de natur.liber.*nec ab vxore differat nisi dignitate *l.item legato* 49.*§. parui autem refert.De legat.*3.Idque est quod sequitur apud Iustinianum,Bella hinc inq; ex vna parte,libidines verò & concupiscentias ex altera totã rẽ,hanc alò transtuliisse.Bellis namque inuentas seruitutes,libidinibus verò & concupiscentiis (quem ille *castitatis casum* vocat) naturales tam liberos quàm parentes : Atque ita ex eo tempore desiisse filios omnes nasci liberos & legitimos, cœpisséque legitimos dici eos duntaxat qui ex iustis nuptiis essent suscepti. At non similiter ait Iustinianus exinde naturales quoque dici cœpisse illos, qui extra iustas nuptias nati proponerentur : Neque verò ita potuit Iustinianus aut scribere, aut sentire quin secum pugnaret, cùm priùs dixerit,naturalium nomen ipsum prorsus incognitum fuisse ad tempora vsque Constantini. Quid ergo? Pro alienigenis, pro nullis, denique pro non hominibus habebantur si non ex rescripto Principis alitérve legitimati essent, quod & innuit *l.1.C.de natur.liber.*quæ nec legitimari eos patitur, si Senatoris, aut alterius eiusmodi personæ illustris liberi proponantur. Sicut & concubina ingenua non putabatur habere matrisfamilias honestatem,libertina verò multò minùs si alterius quàm patroni concubina esset *l.probrum* 41. *in fin.* D. *de rit.nupt.*

d. Nouell. 89.cap.1.

L.in libera 24.D.hocti. De rit.nupt.

L. iubemus 6 C. de nat. liber.l.item legato 49 §. parui autẽ refert de legat.3.

L.1.C.de natur.liber. l.probrũ 41. in fin.D.hoc tit.

Digitized by Google

Immo cum concubina ingenua ſtuprum committi dicitur ſi ſit honeſtæ vitæ, id eſt ſi nec obſcuro loco nata ſit, nec vulgo quæſtum fecerit, niſi ſit accepta cum teſtatione *l.3.D.de concub.* Vt intelligamus concubinatum, licèt non prohibitus ſit coitus, inhoneſtum tamen eſſe, nihilque fauorabilius eſſe, quod pro concubinatu leges conſtituerint, niſi vt ſit extra crimen, nullámque pœnã mereatur. Vnus tantùm quem obſeruauerim toto iure noſtro locus eſt, quo naturalis pater quis dicatur reſpectu illius etiam filij qui non ſit conceptus in ſeruitute. Is eſt in *d.l.adoptiuus 14.§.1. De rit.nupt. in suo verſic. vnde nec vulgo quæſitam filiam pater naturalis poteſt vxorem ducere.* Sed non puto dubitari poſſe quin totus ſit arreptitius & ex gloſſa interpretis valde imperiti. Nam præter ſupradictum & tam ſæpè repetitum teſtimonium Iuſtiniani noſtri, adfirmãtis nuſpiam naturalium nomen in libris noſtris ante Cõſtantini tempora vſurpatum fuiſſe, me illud etiam magis mouet, huiuſque interpretis inſcitiam apertius detegit, quod fieri nullomodo poteſt, vt ſciatur quiſnam ſit pater naturalis filiæ vulgo quæſitæ. Siquidem vulgo quæſita illa dicitur, quæ non magis ex hoc aut ex iſto quàm ex illo patre quæſita fuit. In ſumma cui non alius quàm populus ipſe pater eſt, Et quamuis ſine patre eſſe dicatur quiſquis extra iuſtas nuptias ſuſceptus eſt, licèt ex contubernio eorum natus ſit qui coniuges credebantur, vt in ſpecie *§.ſi aduerſus hoc tit.& d.l.5.C.ſolut.matrim.* magis tamen verè & propriè ſine patre eſſe dicuntur qui vulgo ſunt quæſiti *d.§.ſi aduerſus*, qui ſcilicet patrem nullum demonſtrare poſſunt, id eſt non modò legitimum, ſed ne quidem naturalem *l.vulgo concepti* 23.D.*de ſtat.homin.* etſi eandem appellationem ad illos quoque accommodari placuit, qui patrem quidem habent, poſſúntque qualiterqualiter demonſtrare, ſed eũ quẽ habere non licet, vt puta adulterum, vel inceſtuoſum, vt eadẽ lex ait. Denique ſtatim ac fieri poteſt, vt credi & conijci nedum certò ſciri poſſit an hic potiùs quàm ille pater ſit eius qui vulgo quæſitus dicebatur, incipit non poſſe amplius dici vulgo quæſitus, implicátque manifeſtam contradictionem, vt filiæ vulgo quæſitæ pater ſciatur naturalis. Sed & illud abſurdiſſimum eſt vt filiam alióſve liberos vulgo quærere vir dicatur. Fœminæ eſt, non viri quærere, viri autem, vt Cynicus ille quamuis parum honeſtè dicebat, ſed nolo. Quinetiam hodie poſt inductum tot Imperatorum conſtitutionibus vſúque receptum naturalium nomen, non aliis tamen liberis nomen illud naturalium Imperatores datum voluerunt quàm ſi & indubitatus fuerit affectus viri erga concubinam in domo retentam, & indubitata proles filiorum in eadem domo natorũ, vt Iuſtin. loquitur in *d.Nouel.89.ca.12.incip.Diſcretis igitur §.ſi quis autẽ defunctus.* Quãto minus igitur credẽdũ eſt ab vllo ex antiquis parẽtibus dictũ fuiſſe patrẽ naturalẽ filię vulgo quæſitæ? Fefellit interpretẽ quod Paulus in verbis præcedentibus ſcribit patrem qui filiam in ſeruitute ſuſcepit nõ poſſe illã vxorẽ ducere, poſtquàm ex ſeruitute ambo manumiſſi ſunt, *etſi dubitetur*, inquit, *patrem eum eſſe.* Putauit enim huic cõſequens eſſe, vt perinde dici poſſit filiæ vulgo quæſitę patrẽ naturalem ducere illã non poſſe, quaſi nihil interſit an filia vulgo quæſita ſit, an verò in ſeruitute, ex eo patre de quo an pater ſit dubitetur. Nec animaduertit differentiam inter hos caſus illam eſſe, quòd filiâ vulgo quæſitâ, nemo omnino eſt de quo magis quàm de alio quolibet ex populo dubitari poſſit an ſit pater. Cùm verò in ſeruitute ſuſcepta eſt, licèt adhuc dubitetur an is pater ſit, qui ex matris contubernio filiam habuit, quia

pater

d.l.5.De concub.

L.adoptiuus 14.§.1. D. hoc tit.

§.ſi aduerſus hoc tit. & l.3.C ſolut matr. l.vulgo concepti 23. De ſtat. homin.

d.Nouel.89. ca.12.incip. Diſcretis igitur § ſi quis autem.

Digitized by

pater certus esse nō potest,nisi quē nuptiæ demonstrant *d.l.3.C.solut.matr.*eius tamen de quo dubitatur persona talis est, vt de alio nullo specialiter dubitari æquè possit an pater sit.Et ideò rectissimè constitutum est,vt non possit vxorem eam ducere,cuius ipse verus & indubitatus pater esset,si pro contubernio matrimonium habere potuisset. Cui simile nihil est in filia vulgo quæsita quæ scilicet non magis patrem vllū habet de quo an sit pater dubitari possit,quàm de quo non possit: Vt proinde fateri oporteat neminē esse in toto populo qui non possit eam vxorem ducere quisquis tādem ille sit;id est etiamsi ex iis,qui probentur cum ipsius matre rem aliquando habuisse:Alioqui cùm nesciri possit quis habuerit vel non habuerit rem cum ea quæ vulgo quæstum fecit,paullatim dicendum esset nullum omnino in ciuitate fore cui posset ipsa nubere, ne aliter posito iure fortassis eueniret, vt nuberet patri. Quod tamen dicere quàm ridiculum futurum sit,nemo negauerit nisi qui tam imperitus, stultúsque fuerit quàm interpres ille qui versiculum hunc quē nos tollimus in Pauli textū induxit.Maneat igitur pro certo & indubitabili quod Iustin.*d.Nouel.*89. testatur,nullam in libris nostris ante Constantini tēpora naturaliū factam esse mentionem:ac proinde quos nunc filios naturales dicimus fuisse omnino incapaces qui vel testamētum facere possent,vel aliis ipsi succedere,siue patribus agnatísve aut cognatis patris,siue extraneo cuilibet,siue ex testamento, siue ab intestato. Idcirco autem loquor de patribus cognatísque patris,quia quod ad matrem attinet sicuti semper certa illa est *d.l.quia semper* 5.*D. de in ius vocan.* ita perinde naturales isti liberi,atque legitimus quilibet filius,matri succedere ab intestato & nunc possunt,& iam olim potuerunt ex quo per senatusconsultum Orficianum cœpit inductum esse,vt matribus ab intestato defunctis liberi succedere ab intestato possent *l.1.§.2.ad SC.Tertyl.*Nec tantùm matri,sed etiam auiæ ex Modestino scriptum est in *l.Modestinus* 8.iunct.*l.2.versic. itaque* D.*vnd.cognat.*Ratio est quia ex senatusconsultis Tertylliano & Orficiano hereditates sic deferūtur,vt personę naturaliter designētur,id est,nō ciuili nomine quale est sui heredis,aut agnati de quibus locuta est lex 12.tab.sed naturæ & sanguinis:Deferuntur enim *matri* & *filio* quę sunt nomina naturalia, vt elegantèr Paulus tractat in *l.tutelas* 7.*D. de cap.minut.*& cōsequēter ad eos omnes pertinētia quos naturę & sanguinis ratio agnoscit,In quorū numero negari nō potest quin etiā vulgo quęsiti liberi quod ad matrē pertinet cōtineātur,nedū liberi naturales,quos naturę incognitos nō esse vel ipsum naturalium nomē demōstrat,cùm natura sit omnibus cōmunis *l.hos accusare* 12.*§.pen.*C.*de accus.* Itaq; nō potest hîc obiici quod diximus nō alias posse iure ciuili ab intestato succedere,quàm qui sint legibus cogniti ciuésque romani.Excipiēdi enim sunt casus,in quibus ipsum ius ciuile cuius partē senatusconsulta cōstituunt specialiter in contrarium induxit vt illi etiam qui alioqui peregrini haberentur heredes esse possint,vt hîc factum est vocatis ad maternam hereditatem, non suis heredibus aut agnatis, aut ciuibus, quæ omnia nomina cùm sint iuris ciuilis, conuenire iis non possent quos ius ciuile non agnoscebat, sed filiis indistinctè, ac proinde qualescunque ij sint, siue ex iustis nuptiis, siue ex concubinatu,siue in seruitute, siue vulgo quæsiti: Omnes enim quod ad matrem attinet æquo iure filij sunt, nec certior est mater quæ ex iustis nuptiis quàm quæ vulgo filium quæsiuit. Nouum autem non est, vt illi quoque qui peregrini sunt admittantur ad communionem iuris ciuilis,ad eum vsque mo-

l.quia semper 5. D. de in ius vocand.

l.1.§.1. ad SC. Tertyll. l. Modestinus 8. iunct. l.2.ver.itaque C.vnd. cognat.

L. tutelas 7. D.de capit. minut.

l.hos accusare 12.§. pen. D.de accus.

dum qui iure ipso ciuili sit inductus, Vt eleganter & apertè probari potest ex
L.1. C. de emancip. *d l.1.C.de emancip.liber.* Nam si in ea specie lex municipij potest alienigenam admittere ad consortium iuris ciuilis, quanto magis idipsum facere potuerunt senatusconsulta quæ de matribus & liberis omnibus in causa mutuæ ab intestato successionis locuta, generale ius publicúmque ea de re induxerunt? Eo autem iure ex Senatusconsultis inducto, vt & matri filius, & filio mater ab intestato succedere possit, facile fuit prætori etiam illud inducere, vt maternis cognatis omnibus non tantùm legitimi matris liberi, sed etiam vulgo quæsiti succedere ab intestato possent, & iis vicissim cognati materni, Ex eo nimirum capite, Vnde cognati vocãtur, Inspecta scilicèt naturali æquitate & sanguinis ratione quam solam prætor ante oculos habet, in illa præsertim edicti parte, quę nudam habet prætoris indulgentiam, neque ex iure ciuili originem vllam habet *l.1. in princip. d l.2. & l. si spurius 4. D. vnd. cognat.* Quare nec distinguimus an matri sint alij tum liberi & legitimi liberi, quasi non nisi iis deficientibus admittendi sint vulgo quæsiti, Omnes enim & legitimi & illegitimi cùm æquè sint liberi quemadmodum diximus perinde simúlque admittuntur, Non secus acsi ex diuersis matrimoniis suscepti essent *l. matris 4. D. ad SC. Tertyll. l. cùm aliis 4. in fin. C. de secund. nupt. l. si qua illustris in fin. 5. C. ad SC. Orfic.* Illa tamtù n distinctio admittenda est quam Iustinianus induxit in *dicta lege si qua illustris.* An illustris mulier sit, liberósque iustos & legitimos habeat illa de cuius hereditate ab intestato contenditur. Hoc enim casu & duobus istis concurrentibus noluit Iustinianus ei posse succedere spurios si quos etiam habet, idque tamen contra iuris antiqui, quod antea obtinuerat, rationem. Porrò ita constituto iure per senatusconsultum Orficianum vt filius etiam vulgo quæsitus matri succedere ab intestato posset, illud quoque tacitè ac quodammodo in consequentiam necessariam inducí necesse fuit, non solùm vt filium spurium testamento instituere mater posset, alioquin ad ea vsque tempora, vt diximus incapacem tanquam peregrinum, sed etiam vt si testamento eum præteriisset mater, aut in minore quàm legitima portione instituisset, haberet ille querelam inofficiosi testamenti, ex eáque causa matris testamentum rescinderet, vt eo rescisso ad legitimam successionem admitteretur *l. si suspecta 29. §. de inofficioso D. de inoff. testam.* Ius enim querelæ inofficiosi testamenti, neque aliis prodesse potest quàm qui ab intestato successuri erant si testamentum factum non fuisset *l. 1. l. posthumus 6. in princip. eod.* neque aliam causam habet, quàm quòd nulli permittendum sit vt impiè ac impunè prætereat vel exheredet cum quem & pietatis & simul iuris coniuncta ratio ad spem successionis vocabat. Atquin absurdum esset ac iniquum dari querelam filio spurio quantumuis ab intestato matri successuro, si in matris etiam volentis potestate non fuisset heredem eum instituere, aut legitimam saltem portionem in testamento ei relinquere: cùm hoc colore inofficiosum testamentum rescindatur, quasi non sanæ mentis fuerit is qui contra officium pietatis testamentum ordinauit *l. 2. eod.* quod nemo dixerit de illo cui nihil potest imputari *dicta lege posthumus verf. quid ergo.* An igitur quia perinde filio spurio mater succedit, similiter dicemus dandam matri querelam inofficiosi testamenti, si à filio sit illa, vel præterita, vel exheredata? Id vtique superioribus consequens videtur, Sed tamen non ita est, neque vllo iuris loco ita scriptum reperias. Nempe, quia non quem-

L. si suspecta 29. §. de inofficioso D. de inoff. testam. l. posthumus 6. in princip. eod. l. 1. eo.

l. 2. d. l. posthumus 6. verf. quid ergo eod.

Digitized by Google

quemadmodum ius quæsitum spurio ex senatusconsulto vt matri ab intestato succedere posſit, fecit & necessariò facere debuit filium capacem capiendi ex testamento matris, Ita & è contrario ius acquisitum matri vt succederet filio spurio intestato potuit capacem facere filium vt quod antea nunquam potuerat, exinde testari potiet Nam præter id quod ius testandi nihil commune habet cũ iure habẽdi heredis intestati, nec quicquã vetet pro intestato haberi eum quoque qui testari nullomodo potuerit, vt cernere est in pupillo, furioso, prodigo, & ab hostibus capto *l 1. in princip. D. de suis & legit.* differentia inter spurium eiúsque matrem hac parte euidens illa est, quòd spurij mater cum ciuis romana sit testamentum iure communi facere potest, nec in eam rem nouo iure indiget. Spurius verò cùm sit peregrinus, nõ magis matrẽ quàm alium quemlibet heredem instituere potest, cùm omnino non habeat testamenti factionem. Nec quod cœperit posse matrem ab intestato heredem habere ex SC. Tertylliano, testamenti quoque factionem actiuam ei acquirere debuit, cùm tantò magis futura ei sit mater heres ab intestato, quanto minùs licebit filio testari. Quæ omnia ad matris cognatorúmque maternorum successionẽ pertinentia hîc interserere ideò necesse fuit, quoniam cum eo quod constituemus, toto iure vetere liberos ex concubina susceptos pro peregrinis & incapacibus habitos fuisse pugnare maximè videbãtur. Ergo vt cętera quę ad patris agnatorúmque hereditatem spectãt persequamur, dicimus iis omnibus quos nũc naturales appellamus nõ secus ac spuriis quibuslibet nõ solùm interdictũ semper fuisse iure faciendi testamẽti, sed nec habuisse illos ius vllũ succedendi siue patribus suis, siue patris agnatis, siue alij vlli extrà matrẽ cognatósq; ex matris latere venientes, neque ex testamẽto, neque ab intestato, neq; ciuili iure, neque prętorio ad tẽpora vsque posteriorũ Imperatorũ, Arcadij nimirũ & Honorij, quorũ est *l. 2. C. de natural. liber.* qua factũ fuit & inductum vt etiã matre vel legitimis filiis, vel nepotibus aut pronepotibus cuiuscunque sexus vno pluribúsve existentibus bonorũ suorũ vnam tantùm vnciam pater naturalibus filiis seu filiabus, eorúmque genitrici, vel si sola concubina sit semunciã largiẽdi relinquendique habeat facultatẽ. Ita tamen vt si quid vltra modum concessum relictum ipsis fuerit, totum id legitimis filiis vel matri, vel si illi non sint, cęteris successoribus reddatur. Ante illam constitutionem nihil in toto iure nostro liberorum naturalium fauore constitutum reperitur. Etsi enim ipsorum iam mreminerat Constantinus, cuius est *l. 1. eod. tit.* nihil tamen in ea lege constituit in eorum fauorem, sed potiùs in odium & necem ipsorum, vt Senatores seu præfecti vel quos in ciuitatibus duumuirilitatis aut sacerdotij ornamenta condecorant, infamiæ maculam subeant, & à romanis legibus alieni fiant si ex ancilla, vel ex ancillæ filia, vel liberta, vel libertę filia, vel scenica, vel scenicæ filia, vel tabernaria, vel tabernariæ filia, vel humili abiectáve persona, vel lenonis, vel arenarij filia, vel quæ mercimoniis publicè præfuit susceptos filios in numero legitimorum habere voluerit, aut proprio iudicio, aut imperatorij prærogatiua rescripti, Ita vt quicquid talibus liberis pater donauerit seu illos legitimos, seu naturales dixerit totum id retractum legitimæ soboli si qua sit, reddatur, sin nulla, fratri aut sorori, Si neque hi sint, aut patri, aut matri. Sunt & alia eadem constitutione expressa. Sed quod ad rem nostram facit, Obseruandum est non tractari ea lege de liberis ex concubina susceptis, sed ex ea quam Senator aut præfectus, aut a-

Differentia inter matrẽ filij vulgo quæsiti & filium vulgo quæsitum. L. in prin. D. de suis & legit. L. 2. C de natur liber.

L. 1. eod.

lius in præcipua aliqua dignitate constitutus vxorem duxisset contra leges, ac proinde de susceptis extra iustas quidem nuptias, sed tamen in figura matrimonij, vt apparet ex illis verbis *seu illos legitimos, seu naturales dixerit.* Quis enim vnquam dixit legitimos liberos quos ex concubina sua susceperit? Iam autē monuimus ad Princip. præcedens Senatoribus prohibitum fuisse ne quas ex supradicto mulierum genere vxores ducere possent, & si contra factum esset, matrimonium nullum, nullas nuptias contractas dici potuisse. Sed tamen ea res facere non poterat, quin plures sibi blandientes dicerent legitimos liberos, quos ex eiusmodi coniunctione suscepissent, præsertim quia legitimi esse poterant vno casu, Nimirum si ex indulgentia principis tales nuptiæ permissæ essent *l. si Senatori* 31. *De rit. nupt.* Quæ si nulla præcesserat, solebant patres vt hæc ipsa Constantini lex demonstrat, ad Imperatoris rescriptum confugere, vt liberorum statum confirmarent cósque ex illegitimis legitimos facerent. Quid verò aliud erat facere legitimos nisi facere vt legibus essent cogniti qui alioquin erant peregrini? Quid item esse quem illegitimum, nisi hoc ipsum esse omnino legibus incognitum, à legibus alienum, nullam prorsus cum legibus & iure ciuili communionem habere, tanquam peregrinum? Bene verò & accommodatè Constantinus voluit, vt quisquis ex Senatoribus aliisve huiusmodi personis illustribus tales liberos ex illegitimis & peregrinis legitimos per rescriptum etiam Principis facere vellet ac ciues romanos, fieret ipse peregrinus, & eorum omnium incapax quæ propria essent ciuium romanorum. Id enim est quod iubet constitutio fieri eos à romanis legibus alienos. Ex quo apparet nihil tota ea lege pro naturalibus iis liberis de quibus nunc agimus inductum esse nisi quod eorum nomen antea omnino incognitum nec vnquam in legibus nostris vsurpatum, primus Constantinus in leges inexit. Cæterùm tantum abest, vt testandi succedendíque ex testamento, aut ab intestato viam iis præclusam aliquo modo casúque recluserit, vt è contrario legitimationis ex rescripto imperatoris obtinendæ viam quæ in id vsque tempus illegitimis istis omnibus patuerat, iis præclusam voluerit qui constitutionis verbis continentur. Fuit sanè alia lex eiusdem Constantini prætermissa quidem in Codice sed relata renouatáque per Zenonem in *l. Diui Constantini* 5. *C. eod. tit.* qua Imperator optimus iam tùm vt credibile est Christianam religionem professus constituit, vt nati in concubinatu ex ingenua muliere, conuerso tandem concubinatu in matrimonium sui & legitimi fierent, ita demum si neque iusta vxor, neque iusta soboles vlla supersset. Quãquam non placuit exceptio ista summis Pontificibus quorum legibus certum est legitimationem per subsequens matrimonium non eo minùs fieri quod alij legitimi superstint, dummodo neque vxor alia sit, neque aliud quicquam per quod sequens matrimonium impediatur *cap. tanta* vbi Canonist. *Extr. qui filij sint legit.* quod & Iustin. sensit in *l. cùm quis* 10. *& seq. De natulibe.* vt ille ipse interpretatus est *Nouell.* 12. *de incest. nupt.* Primi ergo Imperatores Arcadius & Honorius fuerũt qui naturalibus & illegitimis aperuerunt ad ius legitimũ viam vt Iustin. loquitur *d. Nouell.* 89. *cap.* 1. *vers.* imperatoriæ verò constitutiones, hoc est capaces eos fecerunt accipiendi aliquid scilicet vnciam ex testamento, *d. l.* 2. Vt intelligamus verum esse quod suprà diximus fuisse antea ipsis præclusam viam illam. Alioquin aperiri tandem, nec debuisset, nec. potuisset.

l. si Senatori 31 D. de rit. nupt.

l. Diui Constantini 5. C. de natur. liber.

cap. tanta Extr. qui filij sint legit. L. cùm quis 10. & seq. C. de natur. liber. Nouell. 12. de incest. nupt.

Adieci

Digitized by Google

Adieci *ex testamento*, quia vt ab intestato succederent nunquam fuerat iis aperta via ante *dict. Nouell.* 89. qua inductum fuit vt nullis liberis legitimis superstitibus, nullâque legitima vxore possint illi cum matre concubina succedere in duabus vnciis ab intestato. Idem enim Iustinianus in *l. vlt. C. de natur. liber.* producens ad nepotes idem ius, quod in filijs primi gradus obtinebat, eadem retenta loquendi formula ita scripserat *Iura etenim ab intestato in aui successionẽ nemini eorum penitus aperimus.* Post Arcadium & Honorium secuti Imperatores Theodos. & Valentin. ius illud quod naturalibus apertum iam erat, vt ex testamento vnciam capere possent quamuis existentibus legitimis, ita ampliatũt, vt si quis naturalem duntaxat fœcunditatem sortitus, seu liber ipse seu curiæ nexibus obligatus esset, & tradendi ciuitatis curiæ filios naturales aut omnes, aut quos quémve ex iis maluisset, eius ciuitatis curiæ vnde ipse ortus fuisset, & in solidum heredes eos scribendi, qui scilicet curiæ oblati essent liberam haberet facultatem. Id enim primum ac præcipuum caput est constitutionis quæ extat in *l. 3. eod. tit.* Cui rectè subiungitur *l. 4.* quæ est Imperatorum Leonis & Anthemij quæ ius huiusmodi naturalium curiæ oblatorum ita auxit vt iis viam aperuerit succedendi etiam ab intestato, nullis nimirum legitimis liberis superstitibus. Sic enim accipiendam esse apparet non ex eo solùm, quod refert se constitutio ad præcedentem Theodosij legem, sed etiam ex illis verbis *& paternorum omnium bonorum ab intestato heredem.* Quomodo namque posset illegitimus ab intestato heres esse in solidum patris qui legitimum quoque filium reliquisset? Quamquam hoc ipsum etiam correctum tandem est, per Iustin. in *l. communium 9. §. vlt. eod.* ampliatúmque ius illegitimorum per oblationem curiæ legitimatorum, vt etiamsi pater habeat liberos legitimos, non eo minùs tamen possit naturales curiæ offerre, atque ita eos sibi facere legitimos successores. Sed hac lege vt minimè liceat ei siue per donationem, siue per vltimam voluntatem amplius eidem filio naturali dare vel relinquere, quàm vni filio dederit vel reliquerit ex legitimis cui minima portio data vel relicta sit. Illud verò obseruandum est quod in *d. l. 4.* scribunt Impp. in hæc verba *& is qui naturalem filium habens hortantibus legibus vltrò ad instar legitimi filij municipalibus eum voluit aggregare muneribus.* Ostendunt enim illegitimum quandiu illegitimus est muneribus municipalibus aggregatum non esse, quod ipsum quid aliud est, quàm non esse municipem? & consequenter nec ciuem, non solùm romanæ ciuitatis sed nec ipsius in qua natus proponatur *l. 1. §. 1. D. ad municip.* Porrò munera cùm dicimus ciuilia intelligimus *l. 1. & tot. tit. D. de muner. & honor.* quorum proinde quisquis capax est eum necesse omnino est ciuem esse. Quod omnium apertissimè expressit Iustinianus *d. Nouell. 89. cap. 12. incip. generaliter in fin.* vbi pro synonimis ista accipit & rectè *transire ad ciuitatem romanam, & transire ad ius legitimorum.* Successit constitutio Anastasiana, de qua in *l. iubemus 6. eod. tit. C. de natur. liber.* quæ permisit vt naturales liberi per adrogationem legitimi & sui fieri possent, ita tamen si legitimi nulli existerent, sed eam constitutionem sustulit Iustinus in *l. legem Anastasij 7. eod.* non quòd legitimis liberis qui excepti erant, iniuriam aliquam fecisse videretur, sed tanquam à reipublicæ dignitate & vtilitate alienam, quòd ciues romanos ad iustas nuptias contrahendas potiùs inuitandos, ad concubinatum magis allicere videretur. Id enim est quod Iustinus scribit *In posterum verò sciant omnes legitimis matrimonijs legitimam sibi posteritatem quærendam*

L. vlt. C. de natur. lib.

L. 3. eod. tit.
L. 4. eod.

L. communium 9. §. vlt. eod.

d. l. 4. C. eo.

D. 1. §. 1. D. ad municip.

L. iubemus 6. C. de natur. liber.
l. legem Anastasij 7. eod.

aeſi prædicta conſtitutio lata non eſſet. Iniuſta namque libidinum deſideria nulla de cætero venia defendet. Et in fine legis *cum nimis ſit indignum, nemis item impium flagitijs præſidia quærere, vt & petulantiæ ſeruire liceat, & ius nomenque patrium quod eis denegatum eſt id altero legis colore præſumatur*, quibus verbis apparet cõcubinatum ſignificari, quaſi qui vel flagitium & petulantia ſit, vel ſaltem tale quid quod à flagitio & petulantia non valde differt. Quamquam non deſunt qui putent Iuſtinianum paternæ illius conſtitutionis immemorem propemodum Anaſtaſianam legem in vſum reduxiſſe *Nouell. 117. Vt liceat matr. & auia cap. 2. §. ad hoc autem*, cuius capitis autoritate inductum putant vt hodie permiſſa ſit legitimatio per adoptionem. Sed iudicio meo, non ita eſt. Id enim tantum eo loco Iuſtinianus conſtituit, vt ſi quis filium aut filiam habens de libera muliere, cum qua nuptiæ conſiſtere poſſunt, dicat in inſtrumento ſiue publica ſiue propria manu conſcripto, & habente ſubſcriptionem trium teſtium fide dignorum, hunc aut hanc filium ſuum eſſe aut filiam, nec adiecerit *naturalem* huiuſmodi filios eſſe legitimos, & nullam aliam probationem iis quæri, ſed omni eos frui iure quod legitimis filiis conferunt leges. An quia per ſolã nominationem (nam neque de adoptione lex illa loquitur, ſed de ſola nominatione) legitimi effecti dici poſſint? Minimè. Sed quia pater cùm filios eos vocauit, hoc ipſo probauit ſe non concubinatum, ſed legitimum matrimonium cùm eorum matre habuiſſe, ita vt neque ab ea pro nuptiarum fide probatio alia ſit exigenda. Itaque nominatio ſola non facit ex naturalibus legitimos, ſicut nec facere poteſt vt nuptiæ reuera præceſſerint, quæ nullæ præceſſerunt, ſed tantummodò inducit probationem nuptiarum, vt nec alia probatio exigi poſſit, nec de illo amplius quæri an huiuſmodi liberi fuerint aliquando naturales, non magis quàm ſi alio quolibet concludentis probationis genere nuptiæ probarentur. Sunt autem iſta longè diuerſa Ex nominatione induci ius legitimitatis vt cum interpretibus loquar, & probari legitimitatem, *arg. l. Publia 26. §. 1. Depoſit.* Legitimitas non inducitur niſi ex iuſtis & legitimis nuptiis, Sed iuſtæ nuptiæ probantur ex eo ſolo quod pater filium nominauerit illum de quo dubitari alioquin poterat, an legitimus eſſet an naturalis. Nam & citra nominationem, & ante Iuſtinianum iam ita fuit comparatum ius vetus vt in liberæ mulieris conſuetudine non concubinatus, ſed nuptiæ intelligendæ eſſent ſi non corpore quæſtum feciſſet *l. in libera 23. D. de rit. nupt.* Dices, Ad quid ergo neceſſaria fuit conſtitutio illa Iuſtiniani, quæ tamen ius nouum præfert apertiſſimè? Reſpondeo fuiſſe neceſſariam quia Chriſtiana religio iam fecerat vt ab eo iure vetere receſſum eſſet, nec tam facilè matrimonij ſacramentum præſumi poſſet inter eos qui nihil egiſſent propter quod in matrimonio potiùs quàm in concubinatu vixiſſe credi deberent. Nam & idem Iuſtinianus *Nouell. 74. quib. mod. natur. filij effic. legit. cap. 5. §. quoniam autem*, cã conſtituerat, vt non aliter haberi deberet vxor pro legitima, quæ tabulas dotales nullas haberet, quàm ſi & ea mente acceptam ſe à viro, & quod magis eſt iuſiurandum à viro in eam rem præſtitum fuiſſe probaret, Quorum neutrum tamen hodie neceſſe eſt, dummodò conſtet aliquem ex liberis eiuſmodi coniunctione procreatis filium à patre nominatum ſimpliciter fuiſſe. Igitur non pro liberis naturalibus legitimandis ſcripta eſt ea lex Iuſtiniani, ſed pro legitimis qui tamen alias condicionis ſuæ, legitimique ſtatus probationes nullas haberent. Et verò nihil minus cogitaſſe Iuſtinianum quàm vt patris conſtitu-

Nouell. 117. Vt lic. matr. & auia ca. 2. §. ad hoc autem.

L. in libera 23. D. hoc ti. De rit. nup.

Nouell. 74. quib. mod. natur. effic. legit. cap. 5. §. quoniam autem.

tionem

tionem tolleret, ex eo intelligimus quod eam ipſam expreſſim confirmat *d. Nouell.89.cap.* 11. §. *adoptionis*, excluſa iterum Anaſtaſiana quaſi quæ caſtitatem non perfectè conſiderauerit. Hoc etiam addito, Non eſſe decens vt quæ bene ſemel excluſa ſunt, rurſus in rempub. introducantur. Cœpit tamen Iuſtinianus quoque fauere tandem naturalibus liberis, Eo primùm inducto, vt ſi neque vxor legitima, neque iuſti liberi vlli ſupereſſent, poſſet inſtitui filius naturalis non tantùm in tribus vnciis, quod præteritis legibus fuerat conſtitutum, ſed in ſemiſſe hereditatis, ſi pater naturalis ita voluerit ſuámque voluntatem ſiue teſtamento aut qua alia vltima voluntate, ſiue dotibus, ſiue donationibus declarauerit. Idque ſolo humanitatis intuitu vt ait *l. humanitatis* 8. *C. de natur. liber.* in cuius fine obſeruandum eſt quod in hæc verba Iuſtinianus ſcribit: *Hæc autẽ in futuris tantũmodò teſtamẽtis, vel vltimis voluntatibus, vel dotibus, vel donationibus locum habebunt*, Vt appareat etiam poſt illam legem nõ fuiſſe naturales & illegitimos liberos capaces aliquid à patre capiendi ſupra tres vncias, nec ſi legitimi nulli ſupereſſent, ſuperſtitibus verò legitimis ne obolum quidem vnum ſupra vnam vnciam: quoniam erat iis omnino obſtructa præcluſáque via ſuccedendi non minùs ex teſtamento aut alio iudicio patris quàm ab inteſtato, niſi quibus caſibus, & quatenus id eſt ad quem vſque modũ vel hæc vel illa Imperatoris alicuius conſtitutione via aperiebatur. Quod idem Iuſtin. non obſcurè tractat *d. Nouell.* 89. *in princip.* ita ſcribens, *Deinde paullatim in mediocritatem clementémque ſententiam Imperatores tranſeuntes leges poſuerunt, Aliy quidem & dari & relinqui aliquid eis à patribus concedentes.* Sequitur in Codice alia conſtitutio eiuſdem Iuſtiniani in *l. communium* 9. *de naturalibus liberis* per oblationem curiæ factam legitimandis, hoc eſt ſi pater naturalis filium naturalem offerret curiæ ciuitatis ex qua erat oriundus aut ad quam villa vel vicus in quo filius natus erat, pertinebat, Eo animo vt filius in ordinem decurionũm legeretur, & muneribus atque oneribus omnibus eius loci ſubiiceretur, ſiue populi, ſiue actorum teſtimonio in eam rem imploratо. *l. 3. eod. tit.* Huius verò legitimationis ſingulare ius fuit ex ea Iuſtiniani conſtitutione, vt qui ſic legitimatus eſſet ſoli patri ſuo legitimus fieret, at non etiam aſcendentibus aut deſcendentibus aliiſve agnatis patris, Cùm tamen qui aliter legitimantur ſiue per Principis reſcriptum ſiue per ſubſequens matrimonium quæ omnium optima, vtiliſſima, & honeſtiſſima legitimatio eſt agnationis iura pleniſſimè & quod ad omnes & quod ad omnia conſequãtur. *dict. Nouell. 89. cap. 4.* Sed & in eo, qui per oblationem curiæ legitimatus eſt ſingulare ius induxit Iuſtinianus vt ſi alii ſint legitimi liberi non plus huic dare vel relinquere liceat quàm cui minus ex legitimis datum ſit. Rurſum de ijs qui per ſubſequens matrimonium legitimantur duæ extant eiuſdem Iuſtiniani in Codice noſtro conſtitutiones, quarum prior quæ eſt in *l. cùm quis* 10. induxit fauore naturalium ante inſtrumenta dotalia conſcripta editorum, vt non minùs iuſti liberi cenſeãtur quàm qui poſtea editi ſunt, eodémque in omnibus iure cenſeantur: Quaſi credibile ſit priorie ſobolis adfectione allectũ patrẽ vt de matrimonio cũ ſua concubina contrahendo cogitaret. Poſterior verò quæ eſt in *l. nuper* 11. *eo.* ſubiecta eſt ad tollendã corũ interpretationẽ qui putabant non aliter pro iuſtis liberis haberi poſſe illos qui ante conſcripta inſtrumenta dotalia ſuſcepti eſſent, quã ſi viuis adhuc ipſis alii quoque liberi ex eodẽ

Nouell. 89. cap. 11. §. adoptionis.

L. humanitatis 8 C. de natur. liber.

d. Nouell. 89. in princip.

d. l. communium 9 C. de natu. lib.

L. 3. eod. tit.

d. Nouell. 89. cap. 4.

l. cùm quis 10 C. de natur. liber.

L. nuper 11. eod.

matrimonio post dotem datam susceptí supereſſent. Vult enim Iustinianus sufficere talem adfectionem habuisse patrem vt post liberorum editionem & dotalia confecerit instrumenta & spem tollendæ sobolis habuerit, nec anterioribus liberis fortuitus casus noceat etiamsi quod speratum fuit non peruenerit ad effectum: nato verò post dotem datam posthumo non solùm liberos ante natos, fieri iustos & legitimos, sed & posthumum ipsum nasci iustum & legitimum acsi viuo patre natus fuisset, ne qui aliis adiutorium adfert sibi ipsi opitulari non possit. Sed & eadem constitutione generaliter constitutum est vt in huiusmodi quæstionibus omnibus, in quibus de statu liberorum dubitatio est, non conceptionis sed partus tempus inspiciatur, fauore scilicet liberorum, Exceptis ob eam causam iis tantummodò casibus in quibus infantium vtilitas suadeat, vt ex instanti conceptionis eorum condicio potiùs æstimetur. Et hæc quidem omnia sunt quæ de liberis illegitimis scripta legimus in nostro Codice quod attinet ad causam successionis. Hoc enim addendum est, quia de illorum tutela Iustinianus cauit, primúsque induxit in *l. vlt. C. de confir. tutor.* vt liceat patri naturali filio suo tutorem relinquere, sed tamen in his tantummodò rebus, quas ipse pater ei quocumque modo dederit aut reliquerit, scilicet intra præfinitum supradictis legibus modum. Item hac lege vt ab huiusmodi tutore datus pater non prius possit gerere res pupillares, quàm apud competentem iudicem fuerit confirmatus. Ex quo apparet duo valde singularia, & contra vulgares iuris regulas in hoc tutelæ genere inducta fuisse. Primùm illud vt quamuis tutor non rebus sed personæ dari soleat, idcóque nec certarum rerum vel causarum dari possit, nec certis rebus deductis *l. certarum 12. cum duab. seqq. D. de testam. tutel.* hic tamen non tam personæ filij naturalis quàm rebus quæ ad illum à patre naturali peruenerunt datus intelligatur. Alterum illud, vt egeat hic tutor confirmatione quamuis & iusto testamento datus sit, & ita omnino vt Iustiniani lege inductum & constitutum fuit, hoc est quod ad res paternas duntaxat, Cùm tamen regulare sit vt qui à patre tutor datus est, non aliter confirmatione indigeat, quàm si aut non iusto testamento, aut non ita vt lege præcipiebatur datus proponatur *l. 3. D. de conf. tutor.* Sed vtrumque fit eadem ratione, quia cùm tutelæ datio fit ex legibus quibus incogniti sunt filij naturales, pendeátque ius dandi tutoris ex patria potestate quæ cùm ipsa etiam sit ex legibus nulla patri naturali esse potest in liberos naturales, apparet fieri nō posse vt filio naturali tutor detur à patre, nisi quatenus noua illa cōstitutio Iustiniani permisit & induxit. Idémque iam olim obtinuit in iis liberis, quos Iureconsulti naturales dicebant, id est vt suprà iam interpretati sumus qui non ex concubinatu sed ex contubernio in seruitute suscepti essent. De quibus Hermog. in *l. naturali 7. D. de confirm. tutor.* Nam nec illos quāuis manumissos in patris potestate fuisse constat, nisi & Principis beneficium & liberorum voluntas interueniret. *l. vlt. D. de stat. hom. l. vlt. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Quamquam valde mihi suspectum est quod in *d. l. naturali* scriptum video, *cui nihil relictum est,* Vereórque ne sit additio illa Triboniani respicientis ad Iustiniani constitutionem in *d. l. vlt. C. eod.* cuius verba cùm iuris noui inductionē præferant cogunt nos fateri non fuisse antea permissum patribus naturalibus vllo casu vt tutores liberis iure darent, Ne quidem in iis bonis quæ à se ad liberos illos suos naturales peruenissent. Et tamen quod Hermogenianus scribit in *dict. l. naturali* tutorem à patre naturali datum ex inquisi-

L. vlt. C. de confirm. tut.

Certarum rerum vel causarum tutor dari non potest.

Tutor iure datus non indiget confirmatione.

l. naturali 7. D. de confir. tutor.

L. vlt. D. de stat. hom. l. vlt. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

Manus Triboniani in d. l. naturali

inquisitione confirmandum esse,non video quomodo ad Iustiniani constitutionem accommodari possit,Cùm eo casu quo Iustinianus voluit filio naturali tutorem à patre dari posse,id est quo pater ei bona aliqua dederit, aut reliquerit,non aliud exigat Iustiniani constitutio nisi vt tutor ille à iudice confirmetur,quod quemadmodum simpliciter & indistinctè prolatum est, ita procul dubio simpliciter accipi debet, vt confirmatio illa fiat sine inquisitione: quomodo & aliàs fieri solet quoties à patre non iure tutor datus fuit, in quo plus iuris habet tutor qui à patre quàm qui à matre vel à patruo, vel ab alio quolibet ius dandi tutoris non habente datus fuit *l.1.§.& si quidem l. 2.l.matres* 5.iunct.*l.seq.l.in confirmando* 8.D.*de confirm.tutor.l.*1.C.*eod.* Atqui Hermog.in *d.l.naturali* scribit tutorem filio naturali à patre frustra, id est nullo iure datum,ex inquisitione confirmandum esse.Nihil igitur interesse potest an filio naturali pater ille aliquid reliquerit an non. Nec enim deterioris condicionis esse debet pater naturalis quàm patruus,aut mater, aut patronus, aut extraneus quilibet,à quibus dati tutores licèt nullo prorsus iure,tamen confirmandi sunt ex inquisitione,tum etiam cùm nihil pupillo reliquerunt. Nam si poneres patronum vel quemuis extraneum impuberi quem heredem instituerit tutorem dedisse,& nihil præterea in bonis pupillum habere dicendum esset,iudicium eius omnimodo sequendum fore citra vllam inquisitionem *l. si patronus 4.cum seq.D.eod.* Cur non ergo confirmabimus saltem ex inquisitione tutor datus à patre naturali qui nihil filio reliquerit? Quid enim effectu ipso refert an vltro tutorem det prætor,an ex inquisitione illum quem alius nominauit? Quod si qua in re plus iuris hac parte deberet habere pater naturalis qui filio aliquid quàm qui nihil reliquisset,vtique hactenus ei fauendum esset, vt ab eo datus tutor citra inquisitionem confirmaretur. Ex eo itaque quod Hermog.inquisitionem exigit,intelligimus non nisi superfluè nullóque sensu adiici potuisse verba illa *cui nihil relictum est.* An igitur magis fauebimus tutori quem pater naturalis dederit filio ex concubina suscepto,quàm ei qui datus sit filio nato in seruitute vt ille confirmetur citra inquisitionem, hic verò non nisi cum inquisitione? Ita est,verùm non ex iuris ratione aliqua,sed ex sola Iustiniani constitutione,De naturalibus enim quos iurisprudentia iam cognouerat nihil Iustinianus constituit,quia nec fuit necesse, cùm in iis iam certum esset ius & exploratum,nimirum vt tutor ijs à patre dari non posset defectu patriæ potestatis,datus tamen confirmandus esset à prætore sed cum inquisitione.De aliis verò qui toti antiquæ iurisprudentiæ fuerant incogniti, & à Constantino primùm naturales appellati, duplex ius nouum induxit. Primùm in eo vt pater naturalis tutorem iis dare posset, nempe quod ad illa duntaxat bona,quæ ipsis reliquisset.Deinde in eo vt tutor hic à prætore confirmandus quidem esset,sed sine inquisitione.Quod ad primum,minus iuris habent naturales liberi qui ex concubina quàm qui in seruitute nati sunt. Etsi enim vtrisque commune illud est vt ipso iure neutris tutor dari possit citra confirmationē, in hoc tamen differunt quod filio in seruitute suscepto datus tutor,non solùm quod ad bona quæ à patre ad filium peruenerunt, sed & quod ad cætera omnia confirmandus est, qui verò filio nato ex concubina datus fuit,sicut non nisi in bonis à patre ipso profectis dari potuit ex priuilegio Iustinianeo, ita nec quod ad alia bona confirmari potest à prætore. Et ratio differentiæ illa est, quia quod pater naturalis filio in seruitute suscepto tutorem si non dare tamē

Plus iuris habet tutor qui à patre malè datus fuit quàm qui vel à matre vel à patruo.

L. si patronus 4.cū fe. D.de confir. tutor.

Duo indulta per Iustinianum circa tutelam liberorum naturalium ex concubina susceptorū.

Ratio differentiæ inter vtrumque

pater naturalis dedit filio in seruitute susceptо, & cui quem dedit filio susceptо ex concubina.

nominare potest,qui saltem cum inquisitione confirmari debeat sit ex iure communi quod non magis patitur , vt certorum bonorum tutor à prætore confirmari possit,quàm vt à patre tutor dari *d.l.certarum* 12.D.*de testam.tutel.* Quod verò pater filio ex concubina susceptо tutorem nominare potest , fit ex solo beneficio constitutionis Iustinianeæ,quæ priuilegium sicuti dedit , ita & limitauit,Vtrumque contra iuris communis rationem , quæ sicut ante Constantinum quinam essent isti naturales nescierat , ita nec ante Iustiniani constitutionem illam vnquam permiserat , vt certarum rerum tutor vel dari posset,vel confirmari.Quod ad secundum autem caput nouæ constitutionis minus iuris habent naturales liberi susceptі in seruitute, quàm qui ex concubina, in eo videlicet vt iis datus à patre tutor, non nisi præcedente inquisitione confirmari possit , aliis verò datus confirmandus sit citra inquisitionem. Ideo fortasse, quod cius qui tutorem dedit,licèt dare non potuerit iudicium, tamen sequendum est quod ad illa saltem bona quæ ab ipso prouenerunt, quoties nimirum vel separatio bonorum fieri potest,vel nihil est quod de separatione tractari possit,Vt puta si aliunde quàm ab ipso testatore bona nulla habeat pupillus,*d.l.si patronus* 4. D. *de confirm. tutor.* vbi additur condicio illa *si extra ea bona nihil in bonis habeat pupillus* , quia toto illo Pandectarum iure inauditum erat, quemadmodum diximus vt in tutore dando vel confirmando fieret separatio bonorum , hoc est vt pro certis bonis tutorem pupillus haberet , pro aliis nullum haberet. Concludamus igitur ea verba quæ tollimus in *d.l.naturali cui nihil relictū est* Triboniani esse non Hermogeniani , potiúsque scribi debuisse *cui nihil reliquerit pater* vt cæsus ille excluderetur quo aliquid ab alio quolibet huic filio naturali relictum esset. Non enim an aliquid ei ab alio relictum sit inspici voluit Iustinianus , sed an ei pater ipse aliquid reliquerit,Posset quis fortasse hæc ipsa verba interpreti alicui perinde ac Triboniano adscribere , si quis in Tribonianum humanior esse vellet Sed malo adscribere Triboniano,quem video etiam alio loco ac multò periculosiore veterem iurisprudentiam quod ad naturales liberos attinet, ex Imperatoriis constitutionibus deprauasse.Is locus est in *l.ex facto* 17. *§. si quis rogatus* 1. D.*ad SC.Trebell.*vbi cùm Vlpianus ita scripsisset *si quis rogatus fuerit vt si sine liberis decesserit restituat hereditatem Papinianus lib.* 8. *responsorum scribit etiam naturalem filium efficere vt deficiat condicio*, Tribonianus reliqua omnia quæ in eo §. sequuntur de suo subiecit, *Et in libertino eodem conliberto hoc scribit,Mihi autem quod ad naturales liberos attinet voluntatis quæstio videbitur esse de qualibus liberis testator senserit , sed hoc ex dignitate & voluntate & condicione eius qui fideicommisit accipiendum erit.* Nam si verum est vt est quod idem Tribon.sibi parum constans refert testatúrque *d. Nouell.* 89. naturalium liberorum nomen prudentibus omnibus & ad tempora vsque Constantini fuisse incognitum nisi ad significandos eos qui in seruitute susceptі fuissent , de quibus etiam solis Papinianus responderat in *L.cùm pater* 77. *§. volo de legat.* 2. quamnam obsecro distinctionem potuerunt hic iureconsulti inducere de qualibus liberis testator sensisset , de qualibus , inquam,naturalibus liberis (sic enim haud dubiè Tribon. sensit) cùm iis temporibus non nisi vna eadémque naturalium omnium species & condicio esset?Hodie sanè cùm illi etiam naturales liberi dicantur qui nati sunt ex concubina

d.l.si patronus 4. D.de confirm.tut.

L.ex facto 17. §.si quis rogatus. D. ad SC.Trebell.

L.cùm pater 77. §. volo de leg.2. Sunt hodie plures differentiæ naturalium liberorum, eius nulla.

cubina aut alio illegitimo coniugio plures distinctiones & inspectiones possunt circa naturales occurrere, præsertim ex diuersitate paternæ condicionis. Non enim eodem iure censentur naturales qui ex Senatore aliáve persona illustri, & qui ex plebeio suscepti sunt *l.1.C.de natur.liber.* sicut nec qui ex matre illustri & qui ex plebeia *d.l.si qua illustris C. ad SC. Orfician.* Sed hoc obiter dictum sit. Alia etiam fuit Iustiniani constitutio circa tutelam naturalium liberorum. Ea extat in *l.vlt.C.quand.mul.tutel.offic.fing. pot.* ita induxit Iustin. vt quod iam antea erat constitutum in liberorum legitimorum matre vt eorum tutrix esse si vellet posset, idem in naturalium quoque matribus obtineat vt ipsorum tutrices esse possint. Addita etiam ratione quod si in filiis iustis in quibus & testamentariæ & legitimæ sunt tutelæ, his tamen deficientibus conceditur matribus ad prouidentiam filiorum suorum venire, multò magis in his casibus vbi legitima tutela euanescit saltem alias eis dare humanissimum videatur. Ex quibus verbis obseruandum est vsque adeò legibus incognitos esse liberos naturales & illegitimos vt ne nunc quidem, quamuis ex legibus ipsis nomen & ius naturalium liberorum acceperint, legitima tamen dici possit tutela quæ ipsorum matribus defertur.

L.vlt.C. quand.mul. tutel.offic. fung.pot.

Hucusque diximus de naturalibus liberis primi gradus quæcumque tam ad successiones quàm ad tutelas ipsorũ pertinent ex iis Imperatorum cõstitutionibus, quas in Codice scriptas habemus. De nepotibus verò quid dicemus? An fortassis eadẽ in ipsis quæ in primi gradus liberis obtinuisse? Minimè. Nã cùm leges quæ de liberis primi gradus, & de patribus naturalibus duntaxat locutæ fuerant, nihil de nepotibus & auis cauissent, nouæque essent, & eius iuris correctoriæ, quod tot tantísque prudentibus placuerat, consequens fuit non debuisse extendi ad nepotes, sed in iis ius vetus incorrectum remansisse quoadusque de nepotibus etiam cautum aliquid & constitutum fuit. Quod non obscurè Iustinianus significat *dict. Nouell.*89. ijs verbis *paullatimque etiam ad nepotes processerunt huiusmodi legislationes*, quorum non ille tantùm sensus est vt nepotes perinde ac filii legitimari possint, sed ille etiam vt quod priùs fuerat constitutum fauore naturalium & illegitimorum liberorum primi gradus vt à patribus suis naturalibus capere aliquid possent, id postea ad nepotes quoque traductum, & protractum sit vt perinde ab auis suis capere iis liceret. Ne dubitare possimus aliquod fuisse tempus in quo liberis naturalibus aliquid relinquere pater potuerit, auus tamen non potuerit, hoc est priusquàm indulgentia Imperatorum liberis primi gradus concessa, nepotibus quoque indulta fuisset, siue per extensionem, & interpretationem priorum constitutionum quasi ex rationis identitate factum id velis, siue per nouam aliquam & specialem legem quæ de nepotibus fuerit locuta. Quod certè multò credibilius est, & conuenientius iis verbis Iustiniani quæ proximè retulimus. Et si quænam ea constitutio sit quæ de nepotibus primùm locuta fuerit difficilè est dicere si non illa ipsa est quam idem Iustinianus conscripsit & quæ extat in *l. vltima C. de naturalibus liberis.* De quo vt nec ferè dubitem illud facit, quod initio legis ita Iustinianus scribit, *Cuidam qui filium iustum habebat nepos accessit naturalis, Si nepotis nomen huiusmodi sobolis legibus accommodandum esset, quærebatur.* Nam si ante illam constitutionem iam inductum erat nomen naturalium nepotum, quænam dubitandi ratio esse poterat, an naturalis nepotis nomen hic

De nepotibus naturalibus.

Nouell. 89. quib.mod. natur. effic. sui.

d.l.vlt.C. de natur. liber.

mereretur,qui ex iusto filio quamuis illegitimo patre susceptus esset? Vtique enim de illo non quærebatur an legitimus nepos dici deberet, qui ex iusto filio illegitimè natus fuisset. Duo igitur volebat auus in illa specie à legibus impetrare. Primùm illud vt hunc filii sui legitimi filium illegitimum nepotem vocare nepotísque loco habere posset, quia nimirum videbat futurum vt nihil posset ei relinquere si non nepotis sed extranei loco & iure illegitimus ille habendus esset. (alioqui quid interesset an nepos esset an extraneus si perinde ab extraneo atque à patre aut ab auo capere illegitimo licuisset?) Idque probatur manifestiùs ex eo quod sequitur apud Iustinianum *Volebat enim talis naturali nepoti ex suo legitimo filio iam defuncto progenito totam suam substantiam relinquere.* Deinde volebat auus vt quemadmodum patri concederetur filio suo illegitimo relinquere siue institutionis siue alio quouis titulo, ita & sibi liceret eodem humanitatis & pietatis intuitu instituere hunc nepotem, verùm non ad eum vsque modum tantùm qui patris iudicio & liberalitati præstitutus erat, hoc est vsque ad sex vncias, sed in totum assem *quasi sacris constitutionibus*, inquit lex *tantummodò in filijs naturalibus prohibentibus totum patrimonium sine quantam partem voluerit eis relinquere & certo sine partes eorum concludentibus.* Iustinianus autem priusquàm ad propositam dubitationem respondeat & vt generaliori constitutioni locum aperiat, præfatur in alio quoque nepotum illegitimorum genere idem quæri posse, adeóque iam quæsitum fuisse : cùm ait *Huiusmodi autem dubitatio & in alia specie ventilata est. Quid enim*, inquit, *si ex naturali filio nepotem habeat auus legitimum patri suo, vel naturalem?* Siquidem tria omnino sunt genera nepotum naturalium & illegitimorum. Alij sunt naturales ex filio naturali & illegitimo, alij naturales ex filio legitimo. Alij denique nati ex naturali quidem filio & illegitimo, sed legitimè iustísque ex nuptiis, qui quamuis legitimi sint patri suo, perinde tamen auo sunt illegitimi atque si patrem quoque naturalem & illegitimum haberent, quoniam fieri nequit vt per medium inhabile id est per mediam illegitimi patris personam auo legitimè coniungantur Ideóque vt appareat eandem omnium rationem & condicionem esse, placet Iustiniano idem ius in omnibus constitui oportere. Sic enim scribit *In omnibus itaque talibus dubitationibus*, & tota reliqua lege non iam de nepote in numero singulari loquitur, sed de nepotibus in plurali, facta de omnibus illegitimorum nepotum speciebus generali decisione. Rursum antequàm in huiusmodi nepotum illegitimorũ fauorem quicquam constituat, præmittit verendum non esse ne si quid humanius pro talibus nepotibus inducatur, vt ex aui iudicio & voluntate capere aliquid possint, paullatim illud quoque incipiat dici aliquid iis tanquam nepotibus & descendentibus vel inuito auo relinqui oportere, quia cùm remaneant semper illegitimi, ij quoque qui ex legitimo matrimonio nati sunt, naturali & illegitima sobole interueniente, fieri non potest vt necessitas ex legibus immineat aliquid eis relinquendi. Neque enim à natura licèt ex maxima ratione naturali, sed ex legum ciuilium præscripto & autoritate fit vt pater filio, auus verò nepoti & prædefuncto filio aliquid relinquere compellatur, Quæ tamen legum potestas & autoritas iis accommodari nequit quos leges non agnoscunt, cuiusmodi sunt isti nepotes naturales & illegitimi, qui licèt tandem à legibus & nepotum & naturalium nomen meruerint, non idcirco tamen legitimi facti sunt, quia longè aliud est nepotum nomen à legibus habuisse, aliud verò legi-

timos

timos effectos fuisse, Sicuti suprà diximus concubinatũ habuisse nomẽ à legibus ex *l.3. D. de concub.* neque tamen legitimum idcirco fuisse, aut etiamnum esse, quisquam dicere bene possit, non magis quàm stuprum, incestum & adulterium quæ à legibus similiter nomen habuerunt, nec idcirco tamen legitimæ coniunctiones dici possunt, sed potiùs legitima crimina. Hoc igitur est quod sequitur apud Iustinianum *cùm nulla legitima consequentia in huiusmodi personis custoditur, sed interuenit sobolis naturalis nullum ius legitimum subesse potest vt necessitas relinquendi aliquid eis ex legibus immineat*, vbi notandum est quod ait *interuentu sobolis naturalis* non de illo solo casu accipi debere quo pater qui medius est inter auum & nepotem fuerit naturalis, sed de illo etiam quo pater ille fuerit legitimus, dummodò nepos illegitimus sit. Vtroque enim casu verum est naturalem & illegitimam sobolem interuenire, id est, adesse, neque legitimam consequentiam in filiis & nepotibus aliter custodiri quàm si & legitimus filius sit, & legitimus quoque ex filio nepos, Alioquin siue filius, siue nepos illegitimus sit, legitimam successionem quam obscurè magis quàm latinè consequentiam Iustinianus vocat, interrumpi & deficere necesse est. Cõstitutionis autem summa hæc est, vt *liceat auis quantum voluerint substantia sua in nepotes conferre*, id est non ad certum vsque modum quem sex vnciis conclusi in naturalibus liberis primi gradus idem Iustin. voluit, sed quantum libuerit, adeóque totam suam si velint substantiam. Non enim eadem ratio nepotibus obstat quæ filiis, quod ad hanc rem attinet vt auis data licentia relinquendi nepotibus perinde coarctari debeat, ac ea quæ patribus primùm concessa fuit, vt filis suis naturalibus relinquere possent. Filiis namque naturalibus, vt lex ait, relinqui constitutiones quantum patres voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrænandum esse existimarũt. In nepotibus autem quicumque tãdem illi sint, nihil tale est quod tractari possit. Nam tùm quoque cùm ex filio naturali nepos natutalis susceptus fuit, nullum aui delictũ aut vicium est circa nepotem, ac multò minus si ex filio legitimo nepos illegitimus, aut ex filio illegitimo nepos legitimus natus proponatur. Quæ tamen ratio cauendum est, ne nos cum interpretibus fallat. Sic enim ab illis vulgò accepta est, vt à solo patre accipere prohibiti sint naturales, nõ etiam ab auo, aut ab extraneo, quasi non tam propria obstet iis condicio, quàm odium vicij paterni, quod neque ad auum, neque ad alios agnatos cognatósve, longè minùs autem ad extraneos porrigatur. At nos in superioribus docuimus, quod verissimum est, non odio patris, sed sola naturalium liberorum, de quibus nunc agimus cõdicione factũ esse vt nihil iis ab initio relinqui potuerit, tãquã qui cùm essent illegitimi iã inde ab ipsis naturalibus, nec ciues romani essent, nec capaces vllius iuris quod romanorum legibus nõ nisi ciuibus romanis deferretur, Qualia hæc sunt, vt vel testamentum facere, vel ex testamento capere permittatur. Cui consequens est vt quemadmodum ratio hæc generalis est, ita generaliter ius illud obtinuerit vt non magis ex aui, aut agnati, aut cognati, aut etiam extranei quàm ex patris naturalis testamento capere naturalis quisquam posset. Tantúmque abest, vt vicij paterni odium causam dederit prohibitioni, vt è contrario patribus primùm ac filis ab initio permissum fuerit filiis aliquid dare, & quidem humanitatis intuitu, vt ait Iustinianus in *d.l. humanitatis 8. eod.* Inhumanum enim videbatur vt patres qui vitam dederant nihil tamen dare possent quo vitam illam miserrimi filij tue-

L.3. D. de concub.

Quemodo intelligenda sit ratio posita in d.l. vl. C. de natur. liber.

d.l. humanitatis 8. eod.

rētur. Aui, agnatorum, cognatorum, extraneorum denique omnium alia ratio erat, qui ſicut vitam non dederant, ita neque humanitatis, neque alio vllo prætextu tam facilè poterant inuita iuriſprudentia extorquere vt erga eos qui illegitimi, omninóque legibus incogniti eſſent, teſtamenti factionem, ne actiuā quidem habere deberent. Itaque delirant apertè interpretes, cùm illegitimos omnes vtramque teſtamenti factionem habere probant hoc argumēto, quòd vtrāque habeant omnes qui modo prohibiti non ſint habere: Iſti autem non ab alio quàm à patre ſupra modum conſtitutum capere vllo iuris loco prohibiti reperiantur. Contrà enim ſic potiùs ratiocinari debuerunt, Neminem habere teſtamenti factionem, ſiue actiuam, ſiue paſſiuam niſi qui ſit ciuis romanus & legibus romanorum cognitus, ex quibus proficiſcatur totum ius & teſtādi, & ex teſtamēto, aut alia vltima volūtate capiēdi. Illegitimos porrò tales nō eſſe, cùm inde illegitimi dicantur quòd à legibus ſint prorſus alieni. Niſi quatenus ex poſteriorū Impp. conſtitutionibus capaces fieri cœperunt. Extra caſum igitur earū conſtitutionū non poſſe quicquam eos capere ex teſtamento, ſiue patris, ſiue aui, ſiue proaui, ſiue agnati, ſiue cognati, ſiue extranei. Nec ergo inſpiciendū, aut quærendū eſſe, An capere prohibiti ſint, ſed an permiſſi, Vt iam probauimus ex illis Nouellæ verbis *alij quidem & dari & relinqui eis aliquid à patribus concedentes*. Prohibitio nāque tunc probāda eſt cùm agitur de iis excludendis qui ſi prohibiti nō eſſent iure aliquo ſpeciali, vtique ex iure cōmuni admitterentur, Quod naturalibus liberis nō cōuenit, qui ſunt incapaces nō lege aliqua ſpeciali, quomodo cæteri omnes de quibus lex Iulia Papia, & aliæ latæ ſunt, ne capere quicquā poſſent, & ad quos pertinent iura omnia quæcūque in libris noſtris de incapacibus ſcripta legimus, ſed ex ipſo iure cōmuni tāquā iuris romani penitus expertes, & peregrini. Atqui nō eo minùs ſunt illi peregrini, quòd agatur de capiendo ex teſtamēto aui, vel proaui, vel cognati, vel extranei. Perinde igitur his quoque caſibus fuerunt, ſunt, & erūt incapaces acſi de patris teſtamēto & hereditate ageretur, niſi quatenus nouæ leges iis fauent. Porrò nulla vſpiā lex eſt quæ vllo omnino caſu permiſerit naturalibus vt caperent ex vllius extranei teſtamento. Falſum igitur eſt quod vulgo creditur poſſe *Accurſ ad §. vlt. dict. Noueli.* 89. naturales tāquā alios quoſlibet ab extraneo heredes inſtitui poſſe. Quare nec ſatis mirari poſſum virū doctiſſimū Iacobum Cuiacium in iuris noſtri principiis, ſi quis vnquā alius, tam benè verſatū (Ioānē Antonium Manutium Doctorē meum ſemper excipio) neque propenſum facilè ad vulgarium interpretum errores adiuuandos, in hunc tamen errorem conſenſiſſe. Is enim ad 2. *part. Nouell.* 22 *De nupt.* ſcribit apertiſſimè filium naturalē patri quoque ex teſtamento heredem eſſe olim potuiſſe in aſſem ſicut extraneum quemlibet, quaſi verò fuerit ea capiendi licentia poſteriorū Imperatorum conſtitutionibus reſtricta, ac non potiùs tùm primum ab Imperatoribus inducta & indulta. Sed illud multò magis miror quod idem Cuiacius ſcripſit in *parat. ad tit* D. *de concub.* Concubinatū legitimam coniunctionē eſſe vt matrimonium, liberos ex cōcubina ſuſceptos non eſſe ſpurios, ſed naturales, patrémque habere ſicut & illos qui ſuſcepti ſint ex contubernio, aut ex matrimonio, aut ex adoptione, niſi quod inquit, ex concubinatu & contubernio pater naturalis eſt, ex matrimonio & adoptione iuſtus, ex ſtupro nullus. Quæ omnia ex iis quæ ſuprà diximus legibúſque pro noſtra ſententia citatis tam euidenter refelluntur vt nihil dici poſſit euidentius. Ex eo autem maximè quòd

Mala ratio ſimilis inter priſcos.

Accurſii error ad §. vlt. d. Nouel. 89.

Error Cuiacy ad Nouell. 22. De nupt.

Alius error Cuiacy.

quòd si concubinatus legitima esset, vt ille vult, coniunctio, prorsus consequẽs esset vt patrem faceret non solùm naturalem, sed etiam legitimum, & consequenter, quod tamen ille ipse negat, & rectè, iustum. Nisi forte distinguendum putauit inter iustum & legitimum, quam distinctionem tunc ego admittam non illibenter, cum mihi persuasum erit ius hac parte à legibus differre, Aut cùm quis pro Cuiacio me docuerit quod sibi velit titulus ille *Nouell. 74. Quib mod. natur. filij effic. legit.* si esse naturalem hoc ipsum significat, legitimum esse. Quid ergo erit, inquies, quod Iustin. scribit in *dicta lege vlim. De natur. liber. Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt*, si prohibitio nulla interceßit? Respondeo constare ex superioribus ita Iustinianum scripsisse, quoniam posteriores Imperatores cùm fauore liberorum naturalium & humanitatis intuitu permiserunt filiis naturalibus, vt ad certum vsque modum capere possent hoc ipso prohibuerunt ne quid supra modum illum capere possent, hoc est ne quid extra modum illum de iure vetere & communi derogatum intelligeretur. Itaque non de illa prohibitione loquitur Iustinianus quæ specialiter & expressim facta sit, sed de illa quæ tacite consequens sit licentiæ dare capiendi ad certam vsque quantitatem, id est quam præcesserit non permissio iuris communis, vt vulgo interpretes male opinantur, sed permissio iuris noui ab Imperatoris inducti contra ius ipsum commune, Non alio planè sensu quàm si pro verbo illo *prohibuerunt* scriptum esset *non permiserunt*, quomodo scripsisset, ni fallor, Tribonianus si aut elegantius loqui didicisset, aut vereri potuisset futurum aliquando, vt in tam aperto iure interpretes omnes cæcutirent. Atque ita etiam accipiendum est quod sequitur in eadem Iustiniani constitutione *Sobole enim legitima subsistente veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum, & in nepotes extendimus.* Sensus namque est non vt extensione aliqua & speciali lege opus sit ad excludendos nepotes naturales ne ex aui testamento capere quicquam possint si qua soboles adsit legitima (sufficiebat enim quòd non fierent capaces cùm ipso iure iam exclusi essent tanquam alienigeni & peregrini.) Sed quia factis illis capacibus ex noua illa Iustiniani lege dubitari poterat an legitima quoque sobole subsistente perinde capaces facti essent, ni Iustin. expressisset eo casu se veterum constitutionum tenorem quæ de filiis latæ fuerant ad nepotes extendere, Quod ipsum nihil aliud est quàm eo casu incorrectum manere ius vetus ex quo erant illegitimi omnes, & omnium, & ab omnibus incapaces. Quid enim aliud prioribus constitutionibus circa filios naturales existente legitima sobole cautum erat, nisi vt non magis capere quicquam supra vnciam possent, quàm si vt antea legibus omnino incogniti mansissent. Proinde si quis hodie quærat, Cur legitima sobole subsistente nihil relinqui possit illegitimo nepoti, non potis melius respondere quàm si rationem illam adferas, quòd ei hoc casu capere non sit permissum. Id enim sufficit, quamuis nec prohibitum sit, nisi in tacitam consequentiam permissionis ad casum cõtrarium restrictæ. Neque sanè fuisset necesse versiculum illum adiici nisi omnis dubitationis tollẽdę gratia, cùm dubitari potuisset an sicuti meliorem fecerat Iust. condicionem nepotum quàm filiorũ in eo vt totã aui substantiam nõ ad certum vsque modũ capere possent ex eiusdem voluntate (addita etiam ratione illa quod non sicut patri circa filij

Inter iustũ & legitimũ patrem nihil distat.

L. vlt. C. de natur. liber.

De sententia versic. sobole enim d. l. vlt.

perſonam ita & auo circa nepotem imputari quicquam poſſet.)Sic in eo quoque melior condicio facta videri deberet vt quamuis legitima ſobole ſubſiſtẽte filij omnino extra vnciam excluderẽtur,nihilominus nepotes admitterẽtur. Quemadmodum ab eodem Iuſtiniano factum videmus, vt quia iis conſtitutionibus quas ad exemplum Zenonianæ & Anaſtaſianę tulerat de liberis naturalibus per ſubſequens matrimonium legitimandis non expreſſerat modũ illum quẽ priores Impp.expreſſerant,ſi legitima ſoboles nulla ſupereſſet,inde nata dubitatione an modus ille prętermiſſus pro expreſſo habẽd⁹ eſſet an pro omiſſo, neceſſe illi fuerit in eam rem ferre nouam legem qua declarauit velle ſe haberi eum pro omiſſo *Nouell.12.cui tit.eſt de inceſt.nupt.*In eo ſauens liberis naturalibus per ſubſequẽs matrimoniũ legitimatis plus quàm priores Impera tores fauere voluiſſent.Cęterùm ſi nihil ex iure vetere Iuſtinianus in nepotib⁹ naturalibus immutaſſet, nihil cauſę erat cur moneret extendere ſe ad nepotes quod fuerat in filiis cõſtitutũ,cùm eo ſolo quòd nõ eſſent facti capaces,remãſiſſent vtiq; incapaces.Idque apertius intelligitur ex eo quod ſubiicit Iuſtinianus,*Sed hoc in his tantummodo ſancimus in quibus ex voluntate aliquid conſecuti ſunt. Iura etenim ab inteſtato in aui ſucceſſionem nemini eorum penitus aperimus.* Nam ſicuti apud omnes in confeſſo eſt,filios, naturales etiam legitimis nullis ſubſiſtentibus nullomodo ſuccedere poſſe ab inteſtato ex iure Codicis,Ex nouella verò 89.non niſi ad duas vſque vncias,& quod ad patris bona attinet dũtaxat,ſi neque iuſti liberi,neque iuſta vxor ſuperſit,nepotes autẽ ne in duabus quidem illis vnciis,vt mox dicemus, Ita fatendum eſt non aliam iuris huius rationem adferri poſſe, quàm quòd nulla vnquam conſtitutione ſi vltimam hanc Nouellam excipias aperta ſit iis ad inteſtati ſucceſſionem via quæ antea ſemper nõ ex prohibitione aliqua,ſed ex propria ipſorũ cõdicione velut alienigenis & peregrinis fuerat pręcluſa & obſtructa, quẽadmodũ & via ad ſucceſſionẽ teſtati,niſi ex quo tẽpore & quatenus Impp.vt ex eadẽ Iuſtiniani Nouella ſuprà diximus eam aperuerunt. Vnde illud etiam eſt quod quamuis filij primi gradus,vt modò dicebamus,deficientibus legitimis ſuccedant ab inteſtato in ſextante,non idem tamen de nepotibus dici poſſit, quia filiis ſolis viã Iuſtinianus hanc apperuit,nepotibus non item. Quod nec vulgares interpretes ignorarunt,Quamquam non ea iuris ratione moti quę nos mouet,ſed ex eo maximè quo etiam mouemur,quod Iuſtin.ea ipſa Nouella 89.qua tam impensè fauet filiis naturalibus vt ad ſextantem ab inteſtato admitti eos velit, nihil tale conſtituit in nepotibus, Quinimo de iis expreſſim cauet ad *fin.cap.*12.in hæc verba *De nepotibus enim naturalibus quæ iam à nobis ſpecialiter etiam de ipſis diſpoſita ſunt obtineant*, quibus verbis apertiſſimè conſtituit vt incorrecta maneant omnia quę de nepotibus ſancita ſunt in *dicta lege vlt.* Is enim ſolus in toto iure noſtro locus eſt quo de nepotibus naturalibus aliquid præſertim à Iuſtiniano cautum reperitur, Quo argumento non deſunt, qui etiam defendant ne quidem vnciam nepotibus naturalibus relinqui poſſe in aui teſtamento,ſi qua legitima ſobole ſuperſit,propterea quòd ſolis filiis eo caſu ſubſiſtentium legitimorum aperta ſit via ad ſucceſſionem teſtati pro vncia,De nepotibus autem nihil tale conſtitutum inueniatur:Sed parũ ſubtiliter, meo iudicio,ſiquidẽ in hac ipſa *l.vlt.*Iuſt.in.apertè ſcribit, Legitima ſobole ſubſiſtente ſe veterũ cõſtitutionum tenorẽ in filiis naturalibus ſtatutũ etiã ad nepotes extendere.An non enim prorſus conſequens eſt, vt quemadmodum legitimi liberi

Nouell. 12. De inceſt. nupt.

Ver.ſed hoc in his d.l. vlt.

Nouell. 89. cap.12.ad ſi.

In nepotibus illegitimis nihil à Iuſtiniano correctum eſt.

liberi non obstant filio naturali quominùs vnciam ex patris testamento capere possit,ita nec obstent illegitimo nepoti quominùs tantundem capere ipsi liceat ex testamento aui? Et verò cùm Iustinianus fauorabiliorem efficiat condicionem nepotis quàm filij naturalis in causa testati, vix credibile est deteriorem esse voluisse in causa intestati. Nam quod in *d.l.vlt.* profitetur ille, nolle se cuiquam neporum ad successionem intestati viam aperire, non aliam rationem & causam habuit quàm quod eo tempore nec filiis ipsis via illa vllo casu aperta esset. At vbi cœpit aperta esse vno casu ad modum vsque sextantis, non possis dicere,cur non debuerit etiam aperta esse nepotibus, Videturque id factum aut potiùs prætermissum per incuriam & errorē Triboniani magis quàm aut iudicio vllo aut ratione. Quãquam fateor nõ posse id facere,vt ex rationis identitate Iustiniani constitutio de filiis tantùm locuta extẽdi debeat ad nepotes,quorum excludendorum gratia cùm sint ipsi non tam ex iure vetere quàm ex propriæ condicionis vicio prorsus incapaces, satis est nihil hac parte in eorum fauorem iure nouo fuisse cõstitutum. Sequitur postrema Iustinianeę legis clausula his verbis conçepta, *Et hæc non solùm eis accedere censemus à substantia aui paterni naturalis, sed etiam proaui, vel eius cognationis, si quis saltem huiusmodi vocabulum in tã degeneres homines extendere maluerit.* Cuius clausulæ sensus prima facie non obscurus ille est,vt quod ea lege constitutum fuit in fauorẽ nepotis naturalis & illegitimi quantum ad aui substantiã pertinet, idẽ ratione proaui cæterorúmq; omniũ qui huius illegitimi nepotis cognati sunt ex parte patris constitutũ intelligatur. Quid autẽ constitutum fuit quod ad auum? Hoc vnum vt nullis existentibus legitimis possit auus totã suã substantiã ei relinquere,siue testamento,siue qualibet alia,vel vltima, vel inter viuos voluntate. (generale namque est *voluntatis* nomen quo Iustinianus vsus est in illo versic. *sed hoc in his tantummodò sancimus in quibus voluntate aliquid consecuti sunt.* Sicut & cæterę leges omnes quę hac in re naturalibus fauent ad omnẽ voluntatis speciem pertinent *d.l.iubemus* 6.*d.l.humanitatis* 8.*in fin.& pas. eo.tit.*) Legitima verò sobole subsistente nihil ex aui testamento capere nepos possit excepta,vt diximus,vncia,ab intestato verò ne obolum quidem. Ergo quod ad proauum cæterósque patris cognatos idem obtinebit vt nulla existẽte legitima sobole possint huic nepoti quantum libuerit relinquere: Ea verò existẽte aut ab intestato nihil prorsus. Neque hoc vllam,aut apud interpretes, aut apud me habet dubitationem. Sed de illo tamen dubitari potest quod lex ait de legitima sobole cùm de paternorum cognatorum bonis agitur an accipi debeat de legitima sobole aui cuius nepos hic est illegitimus, an potiùs de legitima sobole cognati qui nepotem hunc illegitimum heredem instituerit. Etsi non reperio interpretem qui hanc vel summis digitis attigerit dubitationem. Quam ad paternos cognatos restringo,quia,si bene inspicias, cadere in proauum aliúmve ex ascendẽtibus nullomodo potest,Nempe quòd omnes quotquot sunt à proauo aliíve superiorum graduum parentibus descendentes legitimi,soboles legitima sunt eius ipsius testatoris cuius & illegitimus nepos hic est de quo disputamus. Nec enim minùs sum ego legitima soboles aui, proaui,abaui, ataui mei & deinceps quàm patris mei dummodò legitima successio & filiatio nunquam fuerit interrupta. In cognato igitur nepotis huius illegitimi de quo agimus,non aliud est, quia, cùm sit ipse quoque ex descendentibus,si legitimos liberos is habeat,erit illa soboles legitima eius

Versic. Et hæc non solùm d. l.vl.

Nouæ & elegans dubitatio.

ipſius cuius nepos illegitimus eſt:Etſi enim nõ cognati ſui,ſed aui cęterorũm que aſcendentiũ proles illegitima eſt hic nepos(ſiquidem cùm prolẽ & ſobolẽ dicimus non niſi deſcendentes ſignificamus) cognati tamen filius legitimus idẽ eſt pronepos legitimus aui illegitimi,& cõſequenter ex ipſius ſobole legitima. At quia nõ ſimiliter legitima ſoboles aui poteſt dici legitima ſoboles nepotis legitimi fiet locus dubitationi ſi ponas ſupereſſe legitimam ſobolem aliquam ex auo, nullam verò ex nepote legitimo eodémque teſtatore.Quæſtio igitur in eo eſt, An cognatus paternus nepotem iſtum eundémque cognatum ſuum illegitimum heredem inſtituere poſſit, ita demum ſi nullam teſtator ipſe iuſtam ſobolem habeat, licèt ex eodem auo ſuperſint alij legitimi deſcendentes, An verò curandum non ſit vtrum cognatus hic teſtator liberos aliquos legitimos habeat, ſed illud tantummodo inſpiciendum, Vtrum legitima aliqua ſoboles ſuperſit ex eo ipſo cuius nepos hic illegitimus eſt, vt eo caſu non poſſit nepos inſtitui ab illegitimo cognato paterno quamuis nullos ipſo liberos habente. Quæ quæſtio cùm hæc Romæ ſcribebamus à nobis ſumma diligentia & contentione tractabatur pro Illuſtriſſima & Excellentiſſima D.Principe Anna Eſtenſi Gebennenſiũ Namurci Carnutúmque Duciſſa contra Sereniſs. Mutinæ Ducem Cæſarem Eſtenſem, quem,quòd Alfonſi primi Ducis Ferrariæ nepos illegitimus eſſet ex Alfonſo filio illegitimo & naturali vt pronunciatum fuerat à Clem. 8.P.M.A. quãuis legitimus ipſe eſſet filius Alfonſi ſecũdi,negabã ego ab Alfonſo ſecũdo Ferrarię Duce vltimo heredẽ inſtitui potuiſſe ſuperſtite Anna eiuſdem Alfonſi ſecundi ſorore ac legitima nepte Alfonſi primi communis aui, ídque ex hac vnica Iuſtiniani conſtitutione. Quam ſic accipiendam eſſe defendebam, vt non de cognati teſtantis,ſed de aui paterni ſobole iuſta& legitima intelligeretur.Aduerſarij verò vt eam eluderent dicebant,quoties non de aſcendentium ſed de cognatorum ſucceſſione agitur,quemadmodum in propoſita ſpecie,ſobolem iuſtam & legitimam interpretandam eſſe quæ cognati teſtantis eſſet, non quæ aui ex quo illegitimus nepos deſcenderet.Singula, vt inquiebant illi, ſingulis referendo, Vt quemadmodum cùm de patris ſucceſſione tractatur inſpicimus an prolem aliquam legitimam pater reliquerit, cùm de aui, an auus,cùm de proaui,an proauus, & ſic de cęteris aſcendentibus, ita & cùm de cognato teſtatore loquimur, inſpicere debeamus an is ipſe non an alius vllus ſuperſtitem habeat legitimam prolem. Addebant euidentem eſſe rationem iuris & æquitatis propter quam difficiliùs permittendum fuerit cognato legitimos liberos habenti, cognatum illegitimum heredem ſcribere, quàm ſi nullos ipſe haberet, quaſi nimis durum foret ſi propriis neglectis liberis ei permitteretur heredem hunc ſcribere qui non ſolùm legitimus non ſit, ſed nec filius naturalis. Cùm ex communi parentum voto deferatur liberis paterna hereditas, non etiam cognatis hereditates cognatorum *l. 1.l. nam etſi* 15. *D. de inoffic.teſtam.ſcripto* 7.*§.vlt.vnd.liber.l.1.§.largius D.de ſucceſſ.edict.*At ego quod ad primam rationem pertinebat, negabam in propoſito ſingula ſingulis referri poſſe,contẽdebámque,ſiue patèr,ſiue auus, ſiue proauus,ſiue quiſpiam ex cognatis paternis eſſet is qui teſtaretur in fauorem illegitimi huius nepotis, non aliter valere poſſe teſtamentum, quàm ſi proles nulla ſupereſſet ex eo ipſo cuius hic nepos illegitimus eſſet. Nam ſi, vt ſingula ſingulis reſpondeant velis, prolem legitimam reſpectu cognati

eam

eam dici quæ deſcendat ex cognato ipſo eodémque teſtatore, quemadmodum proles legitima cùm de aſcendentium bonis agitur illa eſt quæ deſcendit ex ipſis aſcendentibus, eadem ratione faciendum tibi erit, vt nepos hic illegitimus, de quo agimus ſit ex deſcendentibus, & proles illegitima eiuſdem cognati, ſicut eſt ille ex deſcendentibus & proles illegitima patris, aui, proaui & aſcendentium cæterorum. Nec tamen poſſis vllomodo, id aſſequi, vt nepos hic illegitimus ſit ex deſcendentibus cognati ſui, cuius eſt tranſuerſalis. Hoc in ſumma volo, verba illa exceptionis à Iuſtiniano poſitæ *dummodò legitima ſoboles nulla ſuperſit*, quæ fatentur omnes ſi de aui, vel proaui ſucceſſione teſtamentaria tractetur, non niſi de ea ſobole intelligi debere quæ ſit ipſius aui, & proaui non ſimiliter accipienda eſſe de ipſius cognati ſobole, quamuis de cognati teſtamento agatur. Ratio enim differentiæ illa euidens eſt, quod in aui & proaui perſonis non alia de cauſa iuſtæ ipſorum ſoboli faueamus, vt ea ſubſiſtente nepos illegitimus heres ab iis inſtitui non poſſit, quàm quia eorundem hic illegitimus nepos & deſcendens eſt, quorum alij ſunt iuſti & legitimi deſcendentes. Atqui nepos hic illegitimus ſi cognato ſuo paterno ſuccedere ex teſtamento velit, nunquam ex ipſius deſcendentibus eſt, cùm ſit, vt diximus, in linea tranſuerſali. Cur ergo legitimam ſobolem quæ obſtare illi debeat ne ex cognati teſtamento capere poſſit eam interpretabimur, exemplo aui aut proaui, quæ ſit ex ipſo cognato? Ac non potiùs eam quæ ſit ex ipſo auo cuius ipſe nepos eſt illegitimus? Nam & illegitimam ſobolem cùm dicimus, eam proculdubio ſic appellamus ex comparatione prolis legitimæ, factáque ad legitimam prolem relatione, cùm appellationes iſtæ *legitima* & *illegitima* ſint correlatiuæ. Ergo & legitimam prolem ac ſobolem intelligere debemus eius ipſius cuius eſt illegitima, non alterius: & conſequenter legitimam ſobolem aui & proaui tùm etiam cùm agitur de cognati teſtamento, Vt iidem illi liberi legitimi qui obſtant illegitimo nepoti quominus capere quicquam poſſit ex aui, aut proaui communis voluntate, iidem obſtent etiam ne capere idem poſſit à cognato, cuius nec legitima, nec illegitima ſoboles vlla ſit. Correlatiuorum enim ea condicio eſt vt inuicem ſint oppoſita cum ſuis omnibus qualitatibus, eodem non diuerſo reſpectu. Non enim ſunt verè oppoſita quæ non niſi diuerſo reſpectu talia ſunt. Igitur quemadmodum quod dicimus inſtitui à cognato poſſe prolem illegitimam dummodo iuſta ſoboles nulla ſuperſit intelligitur de illegitima ſobole tranſuerſali, quia cognatus cognato ſemper tranſuerſalis eſt, deſcendens nunquam, Ita & exceptio quæ legitimam ſobolem ita excipit, vt eam illegitimæ opponat de legitima ſobole tranſuerſali non de ea quæ ſit deſcendens ex ipſo cognato intelligi debet. Idque ſi bene inſpicias naturalem habet intellectum. Cùm enim illegitimi naſcendo non aliis iniuriam faciant quàm legitimis ex eodem patre natis, aut ex eodem auo, vel proauo, non item legitimis ex alio ſuſceptis cuius ipſi non ſint illegitimi, conſequens & conueniens fuit, vt poſteriores Imperatores qui certis caſibus eos capaces facere voluerunt, prouiderint ac prohibere debuerint ne id fieret cum incommodo & præiudicio legitimorum, quibus alioqui natiuitas illegitimorum non modò iniuriam, ſed damnum etiam eſſet allatura. Quid enim commune habet legitima ſoboles mea cum tua illegitima ad impediendum ne relicta iuſtis meis liberis ea portione quæ

ex legibus debita est, possim de superfluo quantum voluerim naturalibus & illegitimis tuis relinquere? Nimirum si cum interpretibus admittas, quod tamen nos negauimus, naturales capere posse, vt extraneos quoslibet ab extraneo quocumque. Nam quis vnquam, vel ex interpretibus ipsis dixit sobolem legitimam testatoris omnino extranei facere debere, vt in eo quod excedit debitam liberis portionem non liceat ei quantum ex bonis suis voluerit, in illos alterius naturales filios conferre qui deficiente iusta testatoris sobole totius hereditatis capaces existimentur? Ex quo etiam ad secundam illam quam suprà attulimus aduersariorum obiectionem responderi facilè potest. Etenim quod dicimus descendentibus deberi hereditates ascendentium ex parentum ipsorum voto, nihil aliud inducit, nisi vt legitima saltem portio iis relinqui debeat, non etiam vt inuitis parentibus tota successio iis deferatur *d.l.nam etsi l.vltim.*D. *de bon.damnat.* Quòd si cùm de testamento extranei agitur & quæritur an naturalis ex eo capere aliquid possit, non inspicimus an extraneus ille sobolem aliquam legitimam habeat necne, Cur si de cognati hereditate ac testamento agatur inspicere volumus an aliqua sit ei iusta soboles an nulla, Vt aliqua existente non possit naturalis capere ex testamento cognati, quod capere posset in simili casu ex testamento extranei? Et verò ita esse vt Iustinianus in *d.l.vl.* excipiendo eũ casum quo legitima soboles supersit nõ de alia sobole senserit quàm cui nepos illegitimus nascendo iniuriam fecerit, hoc est quæ sit eius ipsius cuius & illegitimia soboles est, Ex eo probari non ineleganter potest quod idem Iustin. cõstituit *d.Nouel.* 89.*ca.*12. vnde sumpta est *Auth.licet eod.tit.*De *nat.liber.* vt in eo testante cuius ille primus naturales filios capaces fecit ab intestato nõ alitet succedere possit filius naturalis quàm si non modò iusta proles nulla sit, sed nec iusta vxor. Ne fiat iustę vxori iniuria si filius naturalis ad testantis illius successionem admittatur, & vt filio naturali vxor legitima præferatur? Minimè. Constat enim vxorem à bonis intestati mariti cui agnatus, vel cognatus aliquis supersit esse omnino extraneã *l.vlt.C.quor.bonor.* nec nisi deficiẽtibus iis omnibus, & ad solios fisci exclusionem posse illam viro, & vicissim vxori virum succedere *l.vnic.* C.*vnde vir & vxor.* Sed quia illegitimus ex viro ligitimè coniugato natus non solùm iustis liberis ex legitimo matrimonio susceptis, vel suscipiendis iniuriã fecit nascendo, verùm etiam legitimæ vxori, qua extante non licuit habere cõcubinam *l.vnic.C.de concub.* bene vidit Iustinianus æquum non esse, vt illegitimorũ ratio vlla haberetur, quandiu legitima vxor supereesset, licèt neque succedere ipsa posset, aliis fortè agnatis cognatisve superstitibus, neque iusta ipsius ex eodẽ matrimonio soboles, quæ nulla esse proponeretur. Ergo cùm negari non possit omnem qui illegitimus nascitur hoc ipso iniuriam facere legitimis omnibus ex eo descendentibus, ex quo & illegitimus ipse descendit, fatendum etiam & multò magis est, quandiu ex iis legitimis, vel vnus supereest cuiuscumque sexus & condicionis sit non magis cognato quàm patri ipsi, vel auo, vel proauo permittendũ esse, vt illegitimũ vita in re instituat, siquidẽ ab intestato legitimus ille superstes, cognato suo proximo aut verùs agnato in totum assem successurus esset, in eóque plus iuris haberet quàm legitima vxor, quę tamẽ vt diximus impedit ne ab intestato, vel in modica portiũcula, id est, in sextante succedere filius naturalis possit, Nec est quod quis repliceat cognatũ hunc fi nepotem istum illegitimum de quo agimus, heredẽ non scripsisset, potuisse alium

Authent. licet C. de natur. liber. sumpta ex dict. Nouell. 89.quib.mo. natur. effic. sui cap. 12.
L. vlt. C. quor. bonor.
L. vnic. C. vnde vir & vxor.
L. vnic. C. de concub.

alium quemlibet etiam extraneum ſcribere ex toto aſſe, præterito cuiuſcumque gradus & ſexus agnato. Vt proinde nulla proli legitimæ iniuria fieri videatur ſi naturalis totam habeat cognati ſubſtantiam, quam circumducta naturalis & illegitimi nepotis perſona extraneus alius quilibet habere potuiſſet. Non enim credibile eſt fratrem oblitum fraternæ coniunctionis tam facilè quæſiturum ſibi heredem in familia ſiue omnino extranea ſiue remotioris alterius cuiuſpiam agnati aut cognati præterita perſona fratris legitimi vel legitimæ ſororis, quàm facilè ſibi quærit ex illegitimis quos in propria familia inuenit, nec minus familiæ nomen gerentes quàm ſi ex legitima coniunctione in familia eſſent. Quo magis prouidendum fuit ne in præiudicium legitimorum, quæri & eligi heredes poſſent, vt ſolet ciuilis legiſlator in eo quod contra rationem faciliùs euenire poſſe videt, maiorem ne id eueniat cautionem adhibere. Nam vt agnato vel cognato aliquo ſuperſtite non poſſet extraneus heres inſtitui, non poterat legiſlator conſtituere quin liberam teſtandi facultatem auferret, nedum conſtringeret, quam tamen lex duodecim tabularum induxit, & cui cæteræ omnes leges tantopere fauent. Satíſque viſum eſt ſi fratribus & ſororibus legitimis tanquam proximioribus agnatis hactenus proſpiceretur vt iis præteritis querela inofficioſi teſtamenti daretur, ita demum ſi vel turpis perſona eſſet inſtituta, vel ea quæ non careret aliqua ſaltem maculæ nota *l. fratres 27. C. de inofficioſ. teſtament.* At vt nemini ex agnatis liceret heredem inſtituere illegitimum nepotem eius ex quo legitima proles ſupereſſet tametſi agnati ipſius teſtantis nulli liberi extarent, potuit debuítque conſtitui citra periculum vllum reſtringendæ facultatis teſtandi, quia illegitimus hic nepos talis erat, quem nemo ex agnatis quantumuis amplam habens teſtandi facultatem, inſtituere potuiſſet tanquam alienigenam & peregrinum, ni Iuſtinianus inſtituendi eius poteſtatem indulſiſſet. Itaque non id agendum Iuſtiniano fuit vt propter legitimam ſobolem aui cuius hic nepos illegitimus eſſet, fieret ille incapax ſucceſſionis & bonorum cognati, quod duriuſculum fortaſſe videri debuiſſet, ſed illud tantùm vt quandiu aliquis ſupereſſet ex legitimis, quem veriſimiliter agnatus ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato fuerat prælaturus non modò cuilibet extraneo, ſed cæteris etiam remotioribus agnatis aut cognatis, ſi nepos hic illegitimus in rerum natura non fuiſſet, nihil noui fauore nepotis illegitimi induceretur, ſed maneret ille vt ſemper anteà incapax habendi quicquam ex teſtamento cognati, Ne aliter poſito iure fieret iniuria non ſolùm legibus quibus omnino incognitus eſt, quiſquis eſt illegitimus, ſed etiam proli legitimæ, quæ iam paſſa iniuriam ex illegitimi nepotis natalibus, vtpote patri aut auo ſuo legitimo incontinentiæ vicium aſſiduè exprobrantibus, longè maiorem pateretur & grauiorem, ſi propter talis nepotis inſtitutionem ab agnato factam priuaretur emolumento ſucceſſionis, quam illegitimo nullo ſubſiſtente ſperare licitè ac ex legibus potuiſſet. Maximè verò, ſi vt in ſpecie noſtra euenerat, illegitimo iſti nepoti ſubſtitutus nemo alius proponatur quàm qui vel ex eius familia ſit, vel perinde illegitimus quoque, aut ex illegitimo ſuſceptus. Tunc enim nemo eſt qui legitimæ proli auferat agnati ſucceſſionem ex iudicio teſtatoris, ſecluſis illegitimis qui omnes incapaces reperiuntur. Quod ſecus eſſet ſi illegitimis ſubſtitutus eſſet in caſum vulgarem alius, cum quo libera eſſet factio teſtamenti: Eonamque caſu minùs intereſſe legitimæ ſobolis videretur, quæ

l. fratres 27. C. de inofficioſ. teſtam.

scilicet illegitimis quoque omnibus exclusis nihilomagis esset successura. Quamquam non eo minùs obstare deberet ne illegitimorum institutio aut substitutio valere posset, quippe quorum nulla prorsus ratio habenda est quandiu legitimi supersunt, quamuis aliqua de causa succedere non valentes, sicut de liberis in condicione positis ad fideicommissarii exclusionem scriptum est in *l. filiusfamilias* 114. *§. cùm erit rogatus* De *legat.* 1. & exemplo rursum eius quod modò de iusta vxore dicebamus, obstare illam naturalibus liberis ne sextantem ab intestato habere possint, quamuis ea ne quidem in obolo succedat. Etsi, ne quis decipiatur, differentia illa inter legitimam sobolem & legitimam vxorem obseruanda est, quod legitima soboles semper & omni casu obstat illegitimæ nec minùs in causa testati quàm in causa intestati, Iusta verò vxor non nisi in causa intestati, quia semper fauorabilior est qui expressa quàm qui tacita duntaxat nititur testatoris voluntate. Accedit pro adiuuanda nostra interpretatione quod Iustinianus in *d.l. vlt.* cùm tractat de illegitimo per cognatum instituto non nominat eum cognatum testatoris, sed de illo loquitur sub nomine nepotis : quo tamen nomine donari non potest nisi ex comparatione aui vt nemo non videt. Ergo quod lex vult posse hunc nepotem institui etiam à cognato si nulla proles legitima supersit, necessariò de aui prole & descendentibus intelligendum est non de prole cognati testatoris, Alioquì si prolis ex auo superstitis ratio habenda non esset, quid attineret de auo aut nepote tractare, ac non potiùs de cognato cùm de cognati bonis & successione ageretur? Et tamen non solùm in *d.l. vlt.* sed etiam quod magis est, in *dict. Nouell. 89. cap. 12. in fin.* vbi post absolutum tractatum De primi gradus filiis naturalibus, transit Iustin. ad cæteros illegitimos, non nisi de nepotibus loquitur, De cognatis verò ne verbum quidem tametsi tota ea Nouella profiteatur nihil se velle intactum relinquere quod ad naturalium in succedendo iura pertineat, Vt intelligamus tum quoque cùm de cognati successione tractatur, factos esse illegitimos capaces quidem succedendi ex testamento sub perpetua illa exceptione si iusta soboles nulla supersit, verùm sub nomine nepotum non cognatorum, id est non tanquam cognatos simpliciter, & sub ea qualitate, sed tanquam nepotes posteróque illius per quem habent illegitimum cognatum, Ac proinde sub exceptione sic interpretanda, si nulla erit legitima soboles illius cuius sunt nepotes. Quod & alia ex ratione non inelegantiore probari potest. Meminisse náunque oportet quod in superioribus diximus iam sæpius & probauimus, non modò ius vetus ita comparatum fuisse vt naturales de quibus nunc loquimur hoc est qui ex concubina susceptì essent institui nullomodo possent nec à patre, nec ab auo aut proauo, nec à cognato vllo paterno, nec ab extraneo sicut nec cæteri alienigenæ & peregrini in quorum numero censebantur, sed nec hodie post tot Imperatorum constitutiones permissum esse vt instituantur ab extraneo, nec consequenter ab auo nisi tanquam nepotes, nec à proauo, nisi tanquam pronepotes, nec à cognato nisi tanquam cognati, non autem velut extranei quilibet, cùm si pro extraneis illegitimis haberentur institui nullomodo possent. Idque tam apertè significat Iustin. in *d.l. vlt.* vt ferè nō potuerit apertiùs. Nam quemadmodū in principio legis tractaturus de nepote instituto ab auo, quærit primùm an nepotis nomen ei ex lègibus accommodāduin sit, non aliam ob causam, vt monuimus, quā quia si nepos dici non posset vtique non nisi pro illegitimo

L. filiusfamilias 114. *§. cùm erit rogatus de leg. 1.*

In quo fauorabilior sit proles legitima quàm vxor.

d.l. vlt. C. de natur. liber. & d. Nouell. 89. cap. 12. in fi.

Illegitimos siue filios siue nepotes non posse etiam hodie institui ab extraneo.

gitimo extraneo haberi posset (quæ ratio indignum eum faceret qui priuilegium mereretur ab eo capiendi, quem nec pro auo lex haberet, cùm sola ratio humanitatis & pietatis huiusmodi priuilegio dignos illos fecerit qui alioquin suapte natura, propriorúmque natalium condicione tanquam peregrini erant penitus incapaces) ita & in legis fine post datum huic illegitimo nepoti priuilegium vt nulla legitima sobole subsistente possit institui non solùm ab auo & proauo, sed etiam quod magis mirũ est à cognato, in quo longè minor quã in ascendentibus suberat ratio humanitatis, subiicit non insubtiliter nec frustrà, *si quis saltem huiusmodi vocabulum* videlicet cognationis *in tam denegeres homines extendere maluerit*, Quasi dicat illegitimos istos saltem cognatorum nomine donandos esse ad hoc vt deficiente legitima sobole institui possint à cognato paterno, quoniam si cognati non sunt cùm multò minùs sint agnati, vnum illud relinquitur vt pro extraneis illegitimis habeantur, atque ita vt nullo humanitatis prætextu in eorum gratiam induci possit contra omnem iuris rationem, vt ei qui pro cognatis ipsos habuit, succedere possint ex legibus à quibus sint omnino alieni. Nec enim Iustinianus aut alius quisquam Imp. fecit vt naturales isti & illegitimi hoc ipso quòd ab aliquo instituerentur, etiamsi à patre vel auo, fierent legitimi (aliis enim nec nisi legitimis & ab eodem Iustiniano præscriptis modis legitimos eos fieri placuit, inter quos heredis institutio non est) sed vt quamuis illegitimi manentes, & consequenter peregrini, tamen perinde succedere possint ex testamento patris vel aui vel proaui, vel alterius cuiuslibet ex ea cognatione acsi ciues romani essent dummodò iusta sobole nulla interueniente. Quod quoniam à iuris communis ratione tam alienum est vt nihil fingi possit alienius quærendus & excogitandus fuit color ac prætextus aliquis adeò exorbitantis priuilegij inducendi. Alius autem reperiri nullus potuit, quàm humanitatis & pietatis, quæ tamen vt erga illegitimos exerceatur nulla prorsus ratio est nisi erga eos quos naturale ius sanguinis distinguat ab iis illegitimis qui penitus extranei proponantur. Atqui nullum videbatur subesse ius sanguinis quo nepos illegitimus paternis agnatis cognatísve iungeretur, nullum certè nomen quo ius illud exprimeretur. Nam si cognatos voles dicere, agnati dicendi essent cùm de iis loquamur qui sunt per patrem coniuncti, quos lex duodecim tabularum agnatos appellat *l. iurisconsultus* 10. §. *cognati* D. *de grad. & adfin. l.* 2. §. *agnati* D. *de suis & legit.* agnati porrò dici non possunt. Non solùm quia consanguinitatis & agnationis iura oriuntur à patre quem iure ciuili nullum habent spurij quos nunc naturales appellamus *l. si spurius* 4 D. *vnd. cognat.* Sed etiam quia nomen agnationis ciuile est ac legitimum *dict. l. iurisconsultus* §. *inter agnatos l. tutelas* 7. D. *de capit. minut.* cuius omnino sunt incapaces qui sunt illegitimi, hoc est legibus ipsis incogniti. An igitur cognati saltem appellabuntur? Ne hoc quidem nomine si quis summo iure cum iis agere volet. Quamuis enim cognatio sit nomen naturale *d.* §. *inter agnatos*, indéque fiat vt iure ordinario spurij quoque & vulgo quæsiti liberi, petere possint bonorum possessionem matris suæ, itémque mater talium liberorum & fratres etiam inter se ex capite, Vnde cognati *d. l. si spurius & l.* 2. *vers. itaque eod. tit. Vnd. cognat.* non potest tamen ea res facere vt nepos illegitimus cognatos habeat eos qui sunt agnati aut cognati patris naturalis, quia prius esset vt sciri deberet quis esset pater quam

Vltima verba d. l. vlt. C. de natur. liber.

Illegitimi nullos habent agnatos.

Ac neque cognatos ex parte patris.

vt sciri posset qui sint cognati ex parte patris. Atqui quamuis in rerum natura certum sit quis sit pater, idipsum tamen per rerum naturam sciri certò nõ potest, cùm nuptiæ nullæ interceſſerunt, Quod in matre cognatisque materni diuersum est, quia mater, vt diximus, semper est certa *d. l. quia semper* 5. *De in ius vocand.* Eóque pertinet hoc est ad paternam cognationem quod Modestinus scribit in *l.* 4. *§. sciendum De gradib. & adfin.* neque cognationẽ, neque adfinitatem esse posse nisi nuptiæ non sint interdictæ ex quibus adfinitas coniungitur, siquidem cognatio materna nihil omnino cum nuptiis commune habet *d. l.* 2. *&* 4. D. *vnd. cognat.* Atqui, inquies, qui ex concubina susceptí sunt patrem demonstrare possunt scilicet naturalem ex quo placuit Impp. quamuis inuita iurisprudentia vt dici possent liberi naturales, Cur ergo dubitamus an cognatos saltẽ habeant illos quibus per patrẽ illũ naturalẽ coniunguntur cũ cognationis nomen sit etiã naturale? Respondeo ex vulgari iuris regula id quod contra iuris rationẽ receptũ est, non esse producendũ ad consequentias *l. quod verò* 14. D. *de legib.* aut ad consequentia vt loquitur *l. quod contra* 141. *De regul. iur.* ideóque etiam post Constantini aliorúmque Imperatorum leges quæ naturaliũ parentũ & liberorũ nomẽ prudẽtibus incognitũ & inauditũ inuexerãt dubitatũ fuisse Iustiniani tẽporibus an nepos dici deberet qui ex filio naturali susceptus esset, an auus vicissim is qui siue filij siue patris naturalis pater fuisset. Quòd si in eã rẽ necessaria fuit Iustiniani constitutio in *d. l. vlt.* quantò magis necessaria fuit, vt nepos hic naturalis & illegitimus dici posset cognatos habere illos quibus non nisi per patrem naturalem coniungeretur? Denique Iustinianus primus extitit qui huic nepoti illegitimo & auũ dedit, & proauum & cognatos, non daturus si non fuisset id necesse ad inducendũ contra iuris ratiõnẽ, vt non tantũ filius naturalis à patre capere posset, quod iam obtinuerat, sed etiã nepos ab auo, & à proauo, & ab alio quolibet ex illa cognatione humanitatis intuitu, & pietatis, nõ etiam ab extraneo quẽ nulla humanitatis ratio vrgeret vt homini illegitimo & peregrino ad familiã suã nil pertinenti quicquã relinqueret. Ergo vt ratiocinationem hanc nostrã concludamus, cũ nepos iste naturalis & illegitimus non possit instituí heres ab eiusdem aui nepote legitimo nisi tanquam cognatus idque ex nouo priuilegio Iustiniani à quo non solùm iushoc capacitatis, sed etiam nomen ipsum cognati habet, cognati autem appellati sint quasi ex vno nati, aut vt Labeo dicebat, quasi commune initium nascendi habuerint *l.* 1. *§.* 1. D. *vnd. cognat.* fatendum est non nisi per mediam aui personam ex qua vterque nepos & legitimus & illegitimus descenderit, posse illegitimum capacem esse aliquid à legitimo capiendi: Quo admisso, quod negari certè non potest, illud etiam omnino consequens est, vt non magis licere debeat nepoti legitimo illegitimum nepotem scribere heredem, legitima sobole subsistente ex eodem auo, quàm ipsi auo liceret, per quem vnum nepoti hoc ipsum licet. An non enim absurdissimum esset plus iuris habere nepotem legitimum per mediam personam aui, quàm auum ipsum in illegitimo nepote instituendo aliáve liberalitate donando? Et vicissim, plus habere iuris nepotem illegitimum à nepote legitimo tãquam cognato suo institutũ propter coniunctionem quam aui persona inter eos parit, quàm esset habiturus si ab auo ipso institutus fuisset? Atqui non potuisset instituí ab auo legitimã cuiusli bet sexus sobolem relinquente. Eadem igitur legitima soboles aui quæ auo ipsi obstaret ne illegitimo nepoti relinquere quicquam posset, obstare etiam debet

l. 4. *§. sciendum D. de gradib. & adfin.*

Iustinianus primus dedit filijs illegitimis auũ. proauum, & cognatos.

l. 1. *§.* 1. *D. vnd. cogn.*

debet nepoti legitimo,vt quamuis ipſe nullis ſuperſtitibus liberis decedat nihilomagis nepotem illegitimum heredem inſtituere poſſit, quippe qui nec illum inſtituendi ius habeat niſi tanquam cognatus,nec rurſum cognatus eſſe niſi per auum.Idque etiam non obſcurè idem Iuſtinianus innuit cùm poſt latam de auo,auíque ſubſtantia conſtitutionem ſubiicit,*Et hoc non ſolùm eis accedere cenſemus à ſubſtantia aui paterni naturalis ſed etiam proaui vel eius cognationis*,id eſt vt ſupra interpretati ſumus cuiuſlibet ex ea cognatione ſicut & in *d.Nouell.89.cap.12.§.ſi quis autem verſic. & veniat cognatio*,hoc eſt,vt rectè omnes interpretantur,aliquis ex cognatis:Eſt enim genitiuum illud *eius* adiectiuum ſequentis ſubſtantiui *cognationis* nec ad auum,vt quidam putabant,ſed ad cognationem referendum,acti ſcriptum eſſet *eiuſmodi cognationis*. Vtcumque ſit,coniunxit Iuſtinianus perſonas cognatorum cum perſona proaui in eadem parte orationis,qua quod fuerat conſtitutum in auo protrahit ad proauum & ad cognatos.Proinde cùm ea protractio & extenſio ſuam ſecum trahat exceptionem *ſi modò legitima ſoboles nulla ſuperſit*(fit enim extenſio haud dubiè cum ſuis omnibus qualitatibus & condicionibus)conſequens eſt vt nõ alio ſenſu legitimam ſobolem accipere debeamus cùm de cognati hereditate tractamus quàm cùm de proaui,vt iuxta vulgare interpretum noſtrorum brocardicum deſumptum ex *l.iam hoc iure 4.De vulgar.& pupill.ſubſt.*plurium determinabilium par,& æqualis & vniformis,quomodo loquuntur,ſit determinatio.At nemo dubitat quin de legitima ſobole aui accipiendum illud ſit quãtum ad proauum attinet. Ergo & quantum ad cognatos. Erunt enim omnia diſparia & diſformia ſi quod ad proauum intelligas de legitima ſobole aui, quod ad cognatum verò de legitima ſobole ipſius cognati:Nec rurſus conuenient verba illa generalia & indiſtinctè prolata *ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente* & paullo pòſt,*vbi legitima ſoboles minimè facit impedimentum*,& rurſum *Ea enim ſubſiſtente*.Non enim verum eſſe poteſt generaliter & indiſtinctè,legitimam ſobolem nullam ſupereſſe quandiu aliqua ſupereſt ex auo,licèt ex legitimo nepote nulla ſuperſit.Dices fortaſſe non eſſe locum regulæ De pluribus determinabilibus vniformiter determinandis, cùm determinandi diuerſa ratio eſt vt iidem interpretes paſſim iactitant. Hic autem diuerſam eſſe rationem in proauo & in nepote legitimo eodémque nepotis illegitimi cognato,propterea quòd quæ aui legitima ſoboles eſt, eadem legitima quoque ſoboles eſt proaui quippe qui ex aſcendentibus ſit, at non ſimiliter nepotis qui ex deſcendentibus eſt.Verùm iam ſuprà dixi,diuerſitatem iſtam eſſe magis quàm rationem diuerſitatis.Eam demum enim legitimam ſobolem facere impedimentum illegitimo nepoti ex cuius comparatione & correlatione nepos illegitimus appellatur & cui nepos illegitimus naſcendo iniuriam fecerit,id eſt quæ legitima ſit ex eo ipſo ex quo & nepos illegitimus eſt, ac proinde quæ ſit ex eodem auo licèt non ſit ex legitimo nepote. Non dico *non quæ ſit ex legitimo nepote*. Nam & quæ ex legitimo nepote eſt impedimentum facit ne legitimus ille aliquid relinquere illegitimo poſſit, At non tanquam ſoboles nepotis legitimi,vt ſuprà monuimus,ſed tanquam ea quæ legitimi nepotis ſoboles eſſe non poſſit, quin etiam ſit aui cæterorúmque legitimorum aſcendentium omnium ſiue ſupra auum ſint,ſiue infra auum. Cęterùm licèt nepos hic legitimus ſobolem nullã reliquerit,non eo minùs verum eſt ſupereſſe legitimam prolem aui ſi modò legitimi huius nepotis frater aliquis ſuperſit

d.Nouell.89.cap.12.§.ſi quis autem.

legitimus,vel,vt in propoſito,legitima ſoror.Perinde igitur vtroque caſu nepotis illegitimi inſtitutio aut ex alio quolibet titulo capiendi ius impedietur, vt exceptio in lege poſita & tam claris verbis concepta locum habeat in omni caſu,in quo ipſi etiam verba locum habent. Replicabis ſecundum hanc rationem fore vt generaliter,& indiſtinctè illegitimi ſint incapaces, quandiu vel vnus ſupererit ex legitimis ſiue ex aſcendentibus ille ſit,ſiue ex deſcendentibus ſiue ex tranſuerſalibus cuiuſcumque tandem ſit non modò ſexus ſed etiam gradus,cùm neceſſe omnino ſit,aliquem tandem reperiri ex aſcendentibus ex quo tam legitimus ille qui in fauorem illegitimi teſtari volet quàm illegitimus ipſe deſcenderint: Ego verò etiamſi quis ita ſentiret & ſcriberet, non facilè aberrare illum aut abſurdi quicquā inducere exiſtimarem. Nam & Iuſtiniani verba ſententiam hāc ſatis admittunt,& ratio vlla vix excogitari poteſt,qua poſſis eam refellere,Niſi quod ex eiuſdem Iuſtin. *Nouell.* 89. *cap.*12. vnde ſumpta eſt *d. Auth.licèt C.de natur.liber.* apertè conſtat aſcendentes illius qui filium illegitimum reliquerit non poſſe impedire quominùs pater naturalis moriens ſine iuſtis liberis & ſine iuſta vxore ſcribere poſſit heredem ex aſſe filium illegitimum,ſalua duntaxat & excepta ea portione quæ aſcendentibus ex legibus debetur.Ideo fortaſſe quod intuitus ille humanitatis & pietatis qui inuita iuriſprudentia extorſit primùm à clementia Imperatorum vt pater naturalis filio ſuo naturali tam inter viuos quàm in vltima voluntate dare aliquid & relinquere poſſet,ipſos quoque patris aſcendentes mouere debeat ne filio humanitatis & pietatis leges exercenti erga illum, cuius ipſi etiam ſint aſcendentes,vllum adferant impedimentum. Quæ ratio cùm in tranſuerſalibus,vt apparet,vel nulla vel ſaltem non tāta ſit,quia cauſa pietatis eos obligat vt mortalitatis ordine turbato hereditatem ſuam relinquant aſcendentibus ſuis legitimis potiùs,quàm illegitimo cognato, mirum non eſſet deteriorem hac parte condicionem eſſe illegitimorum quod attinet ad trāſuerſaliū,quàm quod ad aſcendentium ſucceſſionem:hactenus nimirum vt legitima ſoboles aſcendens minus noceat illegitimis ex eadem deſcendentibus cùm de patris alteriúſve aſcendentis agitur,quàm ſi de cuiuſlibet tranſuerſalis hereditate ageretur,præſertim quia deſcendentium hereditates aſcendentibus deferuntur, non ſolùm miſerationis potiùs quàm iuris aliqua ratione,ſed etiam contra votum ipſorum parentum:at tranſuerſalium ſi non ex voto,certè nec contra votum,ſed magis caſu. Verùm ſi cum illegitimis clementiùs agere volúmus,& agere Imperatorem,vt ſuprà etiam & contrà quàm ratio iuris ferat iis conſulamus,adeóque ſuprà,quàm Iuſtinianus ipſe iis proſpicere voluiſſe videatur,qui tam generaliter & indiſtinctè ſcripſit *nulla legitima ſobole ſubſiſtente*,dico poſſe fieri vt legitima ſoboles aliqua ſuperſit, & tamen illegitimus nepos ad cognati ſucceſſionem teſtamentariam admittatur, non minùs quàm ſi iuſta ſoboles nulla eſſet.Finge nepotem hunc legitimum, de cuius teſtamento quærimus, qui ſit ex eodem auo cuius nepos illegitimus eſt, morique nullis quidem liberis relictis,ſed ſuperſtite agnata quæ ſit neptis ex eiuſdem aui illegitimi fratre. Admitterem eo caſu non illibenter,nepotem illegitimum inſtitui potuiſſe ab alterius lineæ legitimæ cognato ſiue nepos ille eſſet in ea linea, ſiue pronepos,ſiue filius primi gradus, tametſi tam legitima illa neptis, quàm iſte illegitimus ex eodem proauo deſcendant, atque ita fiat vt ſuperſit legitima ſoboles ex eo ipſo cuius eſt illegitima:Nempe quia proaui perſona eo caſu non

d. Nouell. 89. cap 12. & Auth. licet.

ſu non eſt attendenda,ſed aui,cùm nepos legitimus idémque teſtator nepoti illegitimo coniunctus & cognatus ſit non per proauum ſed per auum. Vbi namque in conſtituenda & perpendenda cognatione eiúſque gradibus ventum eſt ad eum à quo vterque principium & originem ſumpſit, nec neceſſe nec poſſibile eſt vt ad vlterioris gradus perſonam aſcendamus,quia quod iam vnum eſt magis vnum fieri non poteſt, cognati autem omnes æſtimantur ex vnitate illius perſonæ per quam coniunguntur *d.l.1.§.1.D.vnd.cognat.* Nam & inde eſt quod iure ciuili frater fratri in ſecundo gradu eſſe dicitur, quoniam patris vel matris perſona per quam coniunguntur prior numeratur *d. l. iuriſconſultus §.ſunt & ex lateribus verſic.idem faciendum,& §.ſecundo gradu De gradib. & adfin.* Nec enim alia de cauſa tu mihi frater cõſanguineus aut vterinus es,quàm quia vnum eundémque patrem habemus,vel vnam eandémque matrem. At nonne vnum eundémque habemus etiam auum paternum aut maternum? Ita eſt. Sed non inſpicimus neque computamus perſonam aui,quia quod fratres ſumus non ex eo fit quòd vnum eundémque auum, ſed quòd vnum eundémque patrem vel vnam eandémque matrem habeamus, Alioqui frater fratri in quarto non in ſecundo gradu eſſet,patríſque perſonam bis numerari oporteret,primùm aſcendendo ad auum,deinde deſcendendo ab auo, quod tamen planè abſurdum & ridiculum eſſet. At neque in aui perſona conſiſtere liceret ſed eadem ratione procedendum eſſet ad proauum, tùm etiam ad abauũ,& ſic deinceps in infinitũ ad Adamũ vſque,quod vel natura ipſa abhorret,quæ in omnibus ſicut vnitatẽ quærit,ita reperta ea conquieſcit. Hoc igitur concludo illegitimũ nepotẽ capere poſſe ex teſtamento legitimi nepotis tanquã cognati ſui licèt ſuperſit legitima ſoboles ex eadẽ familia dũ ne ſit ex linea eius ipſius cuius eſt etiã nepos illegitimus,id eſt per cuius perſonam primùm legitimus qui teſtatur & illegitimus inſtitutus, ab eodem deſcendentes ſiue mediatè ſiue immediatè coniunguntur,& vniuntur. Exiſtente namque legitima ſobole ex eodem auo cuius nepos illegitimus eſt, non poſſe illegitimum capere quicquam à cognato quamuis ſine iuſtis vllis liberis defuncto. Denique me illud etiam & maximè mouet, quod Iuſtiniani conſtitutio vt ex ſupradictis apparet noua eſt,& iuris antiqui correctoria,non in eo ſolùm quòd illegitimos capaces facit ſucceſſionis cognatorum,ſed & quantum ad auum & ad proauum. Id enim eſt quod ſibi volũt verba illa *& hoc eis accedere cenſemus* Hoc ſcilicet priuilegium datæ capacitatis accedere nepotibus vt ab auo liceat iis capere quod antea non licebat, parúmque refert an legas *hoc* vt vulgo an *hæc* vt quidam libri habent,etſi vulgata lectio magis placet, quia præter illud priuilegium nihil eſt in tota lege quod non magis faciat contra nepotem quã pro nepote,quale illud eſt vt ab inteſtato ſuccedere nulla ex parte nullóque caſu poſſit. Item vt neque ex teſtamento ſi legitima aliqua ſoboles ſuperſit, niſi in duo quoque capita priuilegium hoc nepotibus datũ diſtinguere velis,quorũ primũ illud ſit vt nepotis nomen ei accommodetur, Alterũ vt capere poſſit ab auo perinde ac filius naturalis à patre naturali,adeóque plusquàm filius, totam ſcilicet aui ſubſtantiã nedũ ſubſtantiæ partẽ dũmodò legitima ſobole nulla ſubſiſtente. Quod autẽ lex ait *accedere* an nõ oſtẽdit plus iuris ea cõſtitutione acquiri nepotibus illegitimis quã antea habuiſſent? Id igitur cũ ita ſit,infero correctoriã cõſtitutionẽ extra ſuum caſum extẽdendã non eſſe, vt de aliis cõſtitutionibus omnibus correctorijs vulgo dici ſolet *l.ſancimus 27.C. de teſt. l. præcipimus 32.in fin.C.de appellat.* Nã & inde eſt quod Iuſtiniano non ſatis fuit

L.1.§.1. D. vnd.cognat.

priuilegium hoc dare nepotibus illegitimis quantum ad auum, vt tantundem iuris haberent illi ex mente Iustiniani etiam quod ad proauum, Sed extenden da fuit lex à Iustiniano ipso ad proauum quoque, iis verbis *non solum à substantia aui paterni naturalis, sed etiam proaui*, quia si de proauo nihil specialiter dictum fuisset, constitutio de auo tantùm locuta non magis ad proauum extendi per interpretationem potuisset, quàm primæ illæ constitutiones quas de filiis naturalibus latas retulimus, ad nepotes. Multò minùs verò ius illud nouum non tantùm in auo, sed etiam in proauo inductum extendi potuisset ad cognatos, quorum tamen ratione idem quoque priuilegium illegitimis dare volebat Iustinianus, nisi de cognatis etiam expressim cauisset iis verbis *vel eius cognationis* præsertim quòd minor humanitatis ratio in cognatis paternis quàm in ascendentibus locum haberet. Quæ ratio facere deberet, vt tanto difficiliùs permittendum esset illegitimo cognato vt à cognato legitimo instituereturac proinde vt sufficeret supersse legitimam quamlibet sobolem ad impediendum ne cognatus alioqui incapax feret capax : quia quanto minor est ratio humanitatis quæ suadet, vt à iure communi recedatur, tanto minùs à iure communi recedendum est. Quo etiam argumento iam sæpius diximus extra illegitimi ascendentes & cognatos alii nemini permissum esse vt illegitimo sibi penitus extraneo siue testamenti siue donationis, siue alio quocumque iure quicquam relinquat, quia nulla de eo lata lex est quæ illegitimos suapte natura & condicione incapaces tanquam alienigenos & peregrinos, quales etiamnum hodie sunt, vllomodo vllóque casu quod ad extraneum fecerit capaces, Vt nec vlla humanitatis ratio iis hac parte suffragatur. Eodem igitur modo Dico, cũ neque filij, neque nepotes, neque pronepotes, neque cognati naturales & illegitimi capaces facti sint ex posteriorum Impp. constitutionibus, nisi eo demum casu quo legitima soboles nulla subsisteret vt constitutiones omnes clamant, Non esse meum probare legitimam sobolem quæ illegitimi cognati capacitatem excludere & impedire debeat eam esse quę supersit ex auo cuius illegitimus ille sit nepos, Sed ei qui respondere velit pro illegitimo instituto à cognato, incumbere onus probandi hanc Iustiniani mentem fuisse vt cùm de cognati successione ageretur legitima soboles quæ illegitimo instituto posset obstare, illa esset quæ ex ipso testatore non quæ ex communi auo supereſſet. Nam si tam obscura Iustiniani mens esset, vt nec per coniecturas eam assequi liceret, haud dubiè mea esset victoria, neque deficeret ius mihi qui pro me haberem ius commune, neque probatio qui probarem legitimam aliquam sobolem supereſſe, Aduersario autem vtrumque deficeret, quoniam quisquis fatetur se illegitimum hoc ipso fatetur se incapacem esse, nisi se probet capacem, id est eum proponi casum qui constitutionibus imperatoriis sit comprehensus ex ea parte qua illegitimos capaces effecerunt. Tritum enim est debere vnumquemque etiam reum in sua exceptione, adcóque quod magis est, etiam negantem probare id quod est fundamentum suæ intentionis. Intentio autem illegitimi ea est vt probet se capacem qualem se tamen probare nequit, nisi probet etiam legitimam sobolem de qua Iustin. senserit nullam supereſſe, cùm sub hac præcisè exceptione Iustinianus capacem eum fecerit si legitima soboles nulla supersit, Deficiente igitur eo in probatione vincere deberem etiamsi nihil ex parte mea præstarem, quia numquam probatione onerandus est qui habet pro se regulam iuris, sed qui se fundat in

exce-

Digitized by

exceptione, siue agatur de probando exceptionis iure, siue de probando facto quod verè subesse necesse est vt exceptionis ius, iurisque potestas inducatur. Exceptio enim omnis, cõdicio est *l. antep. D. de excep.* quisquis autẽ nititur dispositione aliqua cõdicionali, siue legis illa sit, siue hominis nõ priùs vincere potest quàm condicionis implementum, &, vt nostri loquuntur, purificationem probauerit *l. quod de pariter 16. cum seqq. D. de reb. dub.* Nec proinde est quod quis dicat in proposita quæstione ad regulam illam iuris quæ illegitimos quoslibet ex nullius testamento capere patitur, Exceptionem à Iustiniano inductam fuisse, Nisi de patris, aut aui, aut proaui, aut cognati testamento aliáve voluntate tractetur, Modum autem illum exceptioni additum *scilicet nulla iusta sobole subsistente* non onerare aliqua probatione illegitimum excipientem, sed tantùm præbere materiam replicationis mihi, si probare velim & possim legitimam aliquam sobolem supereſſe, vt inferam non esse locum exceptioni. Nam obiectio hæc pro vero supponit, quod ego tanquam falsum nego supra relatis Iustiniani verbis modum significari, cùm significent exceptionem. Quid enim aut vulgarius, aut verius quàm ablatiuos absolutos in condicionem resolui *vulg. l. à testatore* 109. *De condic. & demonstr. l. in ratione* 30. *§. tametsi D. ad leg. falcid.* Perinde igitur est ac si Iustinianus ita scripsisset, *Non obstante iuris regula quæ illegitimos omni casu pro incapacibus habet, Sancimus posse illos capere ex voluntate aui, aut proaui, aut cuiuslibet cognati, si legitima soboles nulla sit.* Quibus verbis si concepta lex esset quis dubitaret futurum vt ad illegitimi à cognato instituti onus pertineret probandi legitimam sobolem nullam supereſſe, vt inferret esse nos in casu exceptionis & priuilegij? Priuilegium siquidem talibus verbis conceptum euidenter esset condicionale. Condicionis igitur euentum ante omnia probari oporteret: non autem onus probandi defectum condicionis transferendum in me, qui niterer iure communi. Nam & si millies probauero legitimam sobolem aliquam supereſſe, non ideò tamen vincam quasi ex nouo iure, quod Iustiniani constitutio supradictis verbis mihi attulerit, sed ex communi iure illo quo quisquis illegitimus est, idem est incapax extra casus imperatoriis legibus cõprehensos. Mihique probatio illa in hoc tantùm prodest, vt liquidiùs appareat, non esse nos in eo casu qui per modum exceptionis ad iuris regulã à Iustiniano inductus fuit. Quod ipsum tamen pro satis probato haberi etiam tacente me deberet, hoc solo quod aduersarius contrarium non probaret, id est legitimam sobolem nullam supereſſe. Tũ verò maximè id obtinet cùm ex parte mea probatur, vt in proposita specie sobolẽ legitimam supereſſe ex eodẽ auo cuius institutus cognatus illegitimus nepos est. Quidni enim id sufficiat vt credi possit deficere priuilegij condicionem generalibus iis verbis conceptam *scilicet nulla legitima sobole subsistente*, Nisi fortè adhuc nullam dicere volumus, quę aliqua esse probatur. Nã nec aliud habere potest aduersarius quod replicet ad huiusmodi probationẽ eludẽdã, nisi hoc ipsũ de quo disputamus, nõ de illa sobole Iustinianũ sensisse quantũ ad personã cognati legitimi cognatũ illegitimũ instituentis, sed de sobole quæ sit ipsius testatoris. An non igitur hoc ipsum probare ille debet, hoc est, talẽ Iustiniani mentem fuisse, non ob id solùm quòd vt iã diximus, venit ille cõtra ius cõmune, sed alia quoque ratione, hoc est, vel ob hoc maximè quod ista replicatio, aut duplicatio est, Quilibet autẽ in replicatione, aut duplicatione sua sicut actor esse intelligitur, ita probãdi onere ad-

ſtringitur.*l.1.& 2.D.de excep.*iunct.*l.2.l.ab ea parte 4.à contr.ſenſu* in illis verbis *ab aliquo iure prohibitũ eſſe ſpecialiter lege vel conſtitutione l.in exceptionibus* 19 *D.de probat.* Adde pro eandem rationis confirmatione leges omnes correctorias iuris communis tãquam odioſas nõ eſſe benigna vlla interpretatione ampliandas,ſed potiùs reſtringendas *l.cùm quidam* 19.*D.de liber.& poſthu. l.hoc modo* 64.D *de condic.& demonſtr.*perſertim vero fauore legitimorum ne quicquam eorum iuribus & vtilitatis impiæ humanitatis prætextu derogetur. Apparet enim ex omnibus conſtitutionibus quæ naturalibus liberis fauerunt excepta *l.1.C.de natur.liber.*id vnum & perpetuum fuiſſe propoſitum Imperatorum,vt nunquam fauerent illegitimis in damnum & diſpendium legitimorum ac eo tantùm caſu quo legitimi nulli ſupereſſent, Ergo priuilegium hoc illegitimo cognato datum vt a cognato legitimo inſtitui poſſit,ſi alia ſoboles nulla ſuperſit ita intelligendum eſt,vt quàm minimùm fieri poſſit deroget iuri communi:ac proinde vt illegitimus maneat incapax qualis antea erat ſi qua ſuperſit legitima ſoboles quæcunque tandem illa ſit ſaltem dum ex eo ipſo ſit ex quo illegitimus nepos deſcendit,& per cuius perſonã legitimus illegitimo cõiungitur,quamuis non ſit ſoboles ipſius teſtatoris.Amplatitio enim & quidem magna illa eſſet,non reſtrictio,ſi diceremus non ſufficere ex mente Iuſtiniani, vt legitima ſoboles aliqua ſupereſſet, adeóque ex eo ipſo cuius eſſet ſoboles illegitima,ni ſit etiam ſoboles teſtatoris. Siquidem hæc interpretatio faceret,vt tãto facilius priuilegij cõdicio exiſtere diceretur, quaſi nulla legitima ſobole ſubſiſtente tum quoque cum ex suo illegitimo poſt cognati teſtantis mortem, frater legitimus ſororve legitima ſupereſſet.Quod tamen quàm ridiculum futurum ſit,nec tantùm à proprietate verborum, ſed à communi etiam ſenſu alienum,eſto iudicium eorum,qui communi ſenſu non carẽt.Itaq; priuilegium illegitimis conceſſum,vt nulla ſubſiſtẽte legitima ſobole poſſint inſtitui etiam à cognatis,quod ſola humanitatis & æquitatis ratio induxit,iniquum fieri incipit & inhumanum,cùm aduerſus legitimos quoque ab eodem præſertim suo illegitimo prægnatos contra Iuſtiniani mẽtem verbaque exercetur,quod ne eueniret etiamſi verba id facere viderentur, tamen iuſta interpretatione prouidendum & ſuccurrendum eſſet.*l.ex facto* 43.*verſic etenim iniquum,vbi eſt text elegans* D.*de vulg.& pup.ſubſt.*Priuilegia cuius alicui conceſſa quiquis ille ſit ad alienam iniuriam porrigi non oportet*l.impuberi* 40.*D. de admin.& perie.tutor.l.cùm filiusfamilias* 28.*l.miles* 41. *§. miles* D.*de teſtam. milit.*multò minùs ad legitimorum iniuriam priuilegia non niſi in legitimorum defectum illegitimis conceſſa.Quã in rem facit non inelegãter quod reſpondit Dec.*conſ.*253.verba illa *nulla ſcilicet legitima ſobole ſubſiſtente*, etiam illegitimata ſobole verificari, quoniam noua cõſtitutio hac ſaltem parte quã fauet ſoboli legitimæ ſit fauorabilis & conſequenter extendenda.Quanto magis igitur adiuuanda interpretatione ſi interpretatio illa dicenda eſt, in fauorem eorum quibus præcisè ac citra interpretationem, aut extenſionem conuenit præciſa & propria ſignificatio verborum? Sed & cùm dici ſoleat,nec abs re priuilegia non eſſe multiplicanda tanquam odioſa & contra legem illam duodecim tabularum *Priuilegia ne irroganto* eueniret è contrario vt multiplicarentur priuilegia illegitimorum ſi ſic interpretaremur conſtitutionem Iuſtiniani, vt illegitimi capaces facti eſſent capiendi à cognato non ſolùm legitima nulla ſobole ſubſiſtente,vt verba legis habent, quod primum & per ſe magnum

l. ex facto 43.verſ.etenim iniquũ De.vulg.& pup.ſubſt.

magnũ eſſet priuilegiũ, ſed etiamſi legitima ſoboles ſupereſſet ex ipſo etiam auo illegitimo dũ ne eſſet ſoboles teſtatoris, quomodo aduerſarij noſtri interpretantur. Dices fortaſſe quod primo intuitu occurrit, non magis idcirco multiplicatũ ri priuilegia quod ea verba de quorũ ſenſu cõtendimus ad legitimã teſtatoris non aui ſobolẽ referãtur, quia nõ illud aduerſarij exigãt, vt ſit ſoboles vtriuſq;, ſed vt ſolius teſtatoris, Quaſi quod ad priuilegij multiplicationẽ nihil interſit an de teſtatoris, an de aui ſobole intelligatur. Sed nõ ita eſt ſi propius intueare. Nõ enim quẽadmodũ poteſt eſſe ſoboles aui quæ nõ ſit ſoboles nepotis eiuſdẽmq; cognati teſtantis, Ita poſſis vice verſa dicere iuſtam nepotis ſobolẽ eſſe poſſe quæ non ſit etiã aui. Deſcendentes namque deſcendẽtis ſunt deſcendentes ſuperiorum aſcendentium: At non ſimiliter deſcendentes aſcendentis deſcendentes ſunt deſcendentium inferiorum. Itaque cùm aduerſarij exigunt, vt nulla ſuperſit legitima ſoboles nepotis, vel malignè faciunt, vel nimis imprudenter ſi non vident eo modo ſe exigere, vt duarum adcóquetriũ perſonarum legitima proles ſuperſit, aui nimirũ, filij, & nepotis. Cùm ex aduerſo ſecundum noſtram interpretationẽ ſufficiat legitimam prolem aliquam ſupereſſe ex auo illegitimo, licèt nulla ſuperſit, neque ex filio eius legitimo, neq; ex nepote. An nõ iuxtẽ facilius eſt, vt ſuperſit aliqua ex auo ſolo, quàm vt ſuperſit ex perſonis tribus? Triplicatur ergo priuilegium cùm ſic intelligitur, vt primo illegitimus nepos capax fiat ſuccedendi cognato ex teſtamẽto: Deinde vt nõ eo minùs ſit capax quod ſobolẽ iuſtam auus reliquerit, Tertiò vt neq; ob id minùs quod nõ tãtũ auus, ſed etiã filius legitima prole relicta deceſſerit. Igitur ſi verũ eſt, vt eſt, priuilegia non eſſe multiplicãda, maximè cùm per eiuſmodi multiplicationẽ priuilegium fit tanto iniquius, fieri certè nequit vt aduerſariorum interpretatio probabili aliqua ratione defendi poſſit. Nã ſi quis dicat cùm de patre ſuo, vel proauo naturali agitur iuſtã ſobolẽ eã intelligi quę ſit ipſi patris, vel aui, vel proaui qui teſtatur ob idq; ſi de cognati teſtamẽto agatur eodẽ argumẽto cõcludẽdũ eſſe de ea ſobole iuſt. ſenſiſſe quę ſit ex ipſo cognato teſtatore, Iã reſpondi nõ valere hac parte argumentũ ab aſcendentibus ad trãſuerſalem, quia in aſcendentibus vt iuſtã ſobolem intelligere debeamus eam quæ ex ipſo teſtatore ſit illud facit, quod ex eodẽ teſtatore illegitima quoque ſoboles eſt, quę per talẽ interpretationẽ excluditur: Id enim eſt quod toties inculcauimus iuſtã ſobolem quę illegitimã excludat eam demũ eſſe quę ex illo ipſo ſit ex quo & illegitima quatenus ſaltem id eſt per cuius perſonã legitima proles illegitimę cõiungitur. At in trãuerſali hoc eſt in cognato nõ poſſis ſimiliter dicere ſobolẽ illigitimã quæ per legitimã impediri debeat ne capax fiat, ex ipſo trãſuerſali eſſe, cùm implicet contradictionem, vt quis ſit ex ſobole illius cuius eſt trãſuerſalis & cognatus. Ergo nec de cognati legitima prole quicquam hîc tractandum eſt, ſed de iuſta ſobole aui ex quo & nepos illegitimus eſt, perinde acſi de aui hereditate & teſtamento tractaretur, vt omnia ſint ſimilia quantum fieri poteſt, & ex iuris ratione bene inter ſe quadrent. Adde quod & ſecundum hanc aduerſariorum interpretationem fieret ridicula diſpoſitio legis nouę quantum ad cognatum. Quid enim ſuſpicari poſſet vnquã euẽturũ, vt cognatus qui ſobolem legitimam ex ſe ſuſceptã haberet, ei anteponere vellet & illegitimã, & alienã contra *l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* Cur ergo lege ſic interpretari volumus, vt non habere poſſit locũ niſi in eo caſu in quo nulla fuerit opus lege præterquam inſani & ridiculi legiſlatoris. Eſſet enim

huiusmodi lex non solùm de casu indubitabili, sed etiam de casu ferè incontingibili, vt ita dicam. Sed & obseruatione dignum illud arbitror quod Iustinianus ita scribit *& hoc eis accedere censemus non solùm à substantia aui* designans nimirum non tam personam ipsam, vel testamentum aui, quàm eius substantiã. Inde namque infero etiãsi tã vera esset quàm falsa est aduersariorũ opinio existimantium non aliter incapacem esse illegitimum, vt abs cognato institui non possit, quàm si ex cognato ipso ipsta soboles supersit, futurum tamẽ, vt ab ea interpretatione recedere deberemus quantum ad ea saltem bona quæ ex aui substantia ad cognatum istum testatorem, eundémque aui illius illegitimi nepotem legitimum peruenissent. Nam statim atque mortuus est auus qui vtriusque generis prolẽ reliquit & legitimam & illegitimã, siue testatus decesserit, siue intestatus, succedit potestas iuris quę substantiam aui sic afficit & applicat legitimis liberis vt quandiu vel vnus ex iis supererit nunquam possit ad illegitimos peruenire nequidem per fideicõmissum ab auo ipso relictũ, vt ex hac ipsa *l. vlt.* communiter & rectè interpretes quoque nostri sentiunt ad *l. si is qui 6 post Alex. ibid. De vulg. & pupill. substit. & post* Bald. *ad l. ea quam* 14 *C. de fideic.* Cur ergo permittetur illegitimo nepoti, vt qui est omnino incapax quic quam ab auo capiendi, siue directò, siue per fideicõmissum ex bonis ipsius aui quandiu supererit aliqua soboles aui legitima, idẽ capere ex iisdẽ bonis indirectò possit per mediam personam legitimi nepotis? An non id esset indirectò cõcedere quod directò denegatur? cõtra *l. 1. ver. sive autẽ C. eo. D. de na. lib. l. pen. C. ad leg. falcid.* Respõdebis fortasse, substantiã aui amplius nõ esse ex quo facta primùm est filij, deinde legitimi nepotis, cùm mutatione personæ mutetur qualitas, condicio, & denominatio bonorum, Vt suprà diximus ad Princ. 5. *in. Quib ex caus. manu. non licèt ex l. per curatorem* 90. §. 1. *De acq. hered. l. vl. C. de inoffic. test.* ideóque non aliã rationem constituẽdam esse bonorũ quę aliquãdo aui fuerint quàm cęterorũ à nepote illo legitimo relictorũ. Sed facilis replicatio est, licèt bona, quæ ab auo profecta sunt bona filij facta sint, & postmodũ nepotis, initio tamen inspecto & origine posse dici nõ malè bona & substãtiã aui, hactenus saltẽ, vt alio iure cẽsẽatur, quàm quę ab auo profecta nõ fuerunt. Quemadmodũ & alia eiusdẽ Iustiniani constitutione factum videmus, vt mortuo filio intestato succedat ei mater quę ad secundas nuptias cõuolauit, sed aliter in illis quę à patre ad filium peruenerũt, aliter in cęteris: In his enim etiam quod ad proprietatẽ, In aliis verò nõ nisi quod ad vsũfructũ si defuncto supersint fratres, aut sorores ex eodẽ primo matrimonio *Nouell. 22. De nupt. ca. 46.* incip. *hinc nos alia*, Vnde sumpta est *Auth. ex testamento C. de secun. nupt.* vbi nõ dissimiliter Iustinianus paternæ substantiæ nomine vtitur, vt ea bona significet quæ origine fuerãt paterna, licèt per causam hereditariæ successionis fraterna facta. Neq; verò mutata qualitas & cõdicio bonorũ facit quominùs eadẽ bona & corpora esse intelligãtur, eodémq; iure cẽseri debeãt quoties mutatione pristinæ qualitatis ratio iuris nõ est immutata *ar. l. & an eadẽ* 14. *D. de except. rei indic. & d. l. si is qui* vbi est elegãs textus *D. de vulg. & pup. substit.* In proposito autẽ quãuis aui substãtia facta sit substãtia nepotis, nõ eo magis tamẽ successionis, aut testamẽtarię, aut legitimę capax sit is qui naturalis tãtùm & illegitimus nepos est, saltẽ quod ad illã aui substantiã, nisi sub eadem exceptione sub qua esset capax succedendi ex ipsius aui voluntate, id est, Nulla legitima sobole substistente. Igitur saltem quod ad istam aui substãtiã eodẽ modo interpretãda

Nouell. 22. De nupt. ca. 46. Auth. ex testamento C. de secund. nupt.

exceptio

exceptio est,vt siue de aui,siue de legitimi nepotis testamento agatur, sufficiat sobolem iustam supersse ex auo ipso à quo vno tam legitimus nepos quàm illegitimus commune initium nascendi habuerunt , Alioqui eadem res, id est eadem aui substantia respectu earundem personarum diuerso iure censebitur , si superstite eadem nepte legitima possit vno casu eidem illegitimo nepoti acquiri,alio non possit.Nec ad rem facit quod vno casu succeditur auo, altero succeditur nepoti.Sufficit enim quòd aui fuerint aliquando bona , vt nō aliter in iis succedere nepos illegitimus vnquam possit in præiudicium superstitum legitimorum quàm si ab auo immediatè profecta essent. Exemplo eius quod scriptum est in *d.l.si is qui 6.D.de vulg.& pupil.substit.* Si is qui ex bonis testatoris solidum capere nō potest substitutus ab eo sit impuberi filio, solidum quidem ex ea causa capere illum posse quasi à pupillo capiat , sed hoc ita interpretandum esse, vt ex bonis quæ testatoris fuerunt amplius capere non possit,at ex iis tantùm quæ pupillo fortassis etiam exheredato aliunde fuerint acquisita. Quid enim hac parte refert an de illo agamus qui amplius capere non possit ab auo,aut à patre,an de illo qui non nisi certa lege & condicione capere possit,vt in proposito non nisi legitima sobole aui nulla subsistente? Aut quid refert an de bonis ab auo profectis testetur nepos in fauorem incapacis , an filius de bonis paternis , siue per substitutionem pupillarem quæ filij testamentum esse dicitur *l.2.eod.* siue per separatum testamentum quod filius pubes sibi non quod pater ei fecerit ? Vtroque siquidem casu desinunt esse auita bona,vel paterna, fiúntque nepotis , vel filij per agnitionem paternæ hereditatis qui casus est pupillaris substitutionis filio instituto.Et tamen non eo magis capax sit heres filij vt in iis aui patrísve bonis aliter possit succedere quàm quomodo ipsi auo , vel patri immediatè succedere potuisset *d.l.si is qui.* Etsi non facilè probo quod Accurs. cæteríque interpretes vulgo ad eam legem exemplum adferunt de filio naturali ex *d.sit. C.de natur. liber.* Lex enim illa est de iis personis quæ speciali aliqua lege , vel constitutione capere prohibéntur , citra quam alioquin iure communi capere possent tanquam ciues romani , De quibus etiam loquuntur cæteræ omnes leges quotquot in libris nostris extant,De iis qui capere non possunt *l.4. l.qui testamentum 27.D.de probat.& pass.sit.De iur.fisc.* At liberis naturalibus non tam prohibitum est non capere quàm non permissum , vtpote qui quoniam ciues romani non sunt,sed alienigeni & peregrini nullam habere possunt communionem iuris ciuilis,ex quo tamen pendet ac proficiscitur totum ius capiēdi.Vnde fit vt longè minùs fauorabiles videri debeant, quàm qui non nisi lege aliqua speciali sunt incapaces,Contra quos tamē in dubio respōdendū esse, siue de iis bonis agatur,quę aliquādo fuerint eius à quo capere nō potuissent, siue de iis etiam quæ cōdicionis tātùm implendę causa ex alterius quoq; bonis accipiantur constat ex *l.quod condicionis* 36.D.*de mort.caus.don.* Scio interpretes nostros sicut omnes in eo errauerunt,quod istos illegitimos putarūt ex legum prohibitione magis quàm propria natalium cōdicione incapaces esse,ita & in eo passim decipi quod putāt,notántque post Bart.ad *d.l.si is qui*, Si pater naturalis extraneum heredē instituerit,nihil prohibere quominùs ab eodē extraneo institui possit filius ille naturalis,adeóque spurius testatoris in iis etiam bonis quę à testatore processerūt,si nihil in legū fraudem excogitatum probetur,vt quod contrà scriptum videtur in *d.l.si is qui*, restringendum sit ad eum

L.si is qui 6. De vulg. & pupill. substit.

casum quo illegitimus succedit ex dispositione illegitimi non etiã cùm succedit ex dispositione heredis. Sed etiãsi verum id esset, quod nos negamus, nihil tamẽ contra nos ad propositã quæstionẽ inferri ex eo posset. De illo enim aui herede agimus, qui nõ magis instituere potuit nepotẽ istũ illegitimum quàm auus ipse, id est nõ niti sub eadem & perpetua illa exceptione *si legitima soboles nulla supereſſet*, ac proinde cui non debuit licere illegitimũ nepotẽ eundémq; cognatũ suum proprię sorori legitimæ ex eodem auo nepti anteponere saltẽ quod ad bona ab auo ipso profecta, quia nec auus id facere potuisset, *d.l.vl.C. de natur.liber*. In qua illud etiam obseruari volo, quod qua parte nouũ ius facit in proauo & cognatis illegitimi nepotis vt ab illis perinde atque ab auo capere possit, nõ exprimit illã exceptionem, & vt diximus condicionẽ *si legitima soboles nulla supersit*, sed hoc vno cõrenta est, vt quod in auo constitutũ fuit idẽ obtineat in proauo, & in quolibet ex ea cognatione. Inde nãque infero priuilegium illegitimis datũ quod ad succedendum ex testamẽto proaui, vel cognati, nõ sic interpretandũ esse quasi propriã & separatam illam exceptionẽ haberet *si moriente cognato nulla legitima soboles superſit*, quo casu probabiliùs fortasse tentari posset de legitima ipsius cognati sobole, id accipiendũ fore, sed quẽadmodum sub ea ipsa cõdicione fuit extensum ad proauũ & ad cognatos, sub qua datũ fuerat quantũ ad auũ, Ita & vtroque casu eadẽ interpretatione donandũ exceptionẽ illam *scilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente*, & cõsequenter accipiendã de legitima sobole aui nõ cognati, tanquam quæ exceptio in omnibus iis casibus vnica tantùm sit, nec solùm specie, sed etiã numero, ac proinde ad aui personam semper referenda, tùm quoque cùm nõ de aui, aut proaui, sed de cognati successione tractatur. Acsi paullo apertiùs scripsisset Iustinianus quod proculdubio sensit, Velle se nepotẽ illegitimũ fieri capacẽ succedendi cognato ex ipsius voluntate illo ipso casu & modo quo succedere posset auo, & preterea nullo. Quod tamen si ita scriptũ esset, nullã ne quidem apud imperitiores dubitationẽ res haberet quin superstite aliqua legitima sobole ex auo, nepos illegitimus sicuti auo succedere nõ posset, ita nec cognato. Cur ergo nũc dubitamus? aut potiùs cur cauillamur, in tã aperta mẽte Iustiniani, quem videmus exemplo anteriorũ omnium Imp. fauere illegitimis nec voluisse, nec debuisse, nisi quatenus nullo prorsus legitimorũ dãno & incõmodo id fieri posset: eorum saltẽ qui ex eo nati & descendentes essent à quo illegitimi quoque cõmune nascendi initiũ habuissent, vt suprà explicauimus. Addo fratrẽ quoque & sororem testatoris ex iis personis esse quas leges nõ tãtùm naturalibus & illegitimis, sed etiã fisco, adcóque patri & matri testatoris præferri voluerũt si quid naturalibus illicitè ac cõtra leges relictum esset *l.1.C. eo.tit. De natur.liber*. Quã Constãtini legẽ hodie quantũ ad hoc attinet incorrectã esse, quinimò & instituto spurio quolibet locũ habere fatetur Bar. *conſ.118. in fi.* post Azonẽ in summa illius *tit. De nat.liber*. Quidni ergo exceptio illa *ſcilicèt nulla legitima ſobole ſubſiſtente* quã adhibuit Iustinianus cùm illegitimis priuilegium dedit, vt ex voluntate aui, proaui, & cognati succedere possint sic accipienda erit in proposita specie, vt eã personam cõprehẽdat quæ & legitima neptis sit ex auo illegitimi nepotis, & preterea soror legitima testatoris? Habet enim ista duplex quodãmodo ius succedendi in bonis fraternis, saltẽ iis quę à patre prouenerunt, & tanquam in bonis auitis iure neptis, & tanquã in fraternis iure sororis, vt proinde si quid hic dubij & obscuri est, tanto minùs capienda sit ea interpretatio

L.1.C. *de natur.liber.*

quæ

quæ in ipſius hecẽ faueat illegitimo nepoti, eui cõmune ius reſiſtit, aut potius quẽ nullomodo ius commune nouit. Etſi non ignoro Azonem, Bartolum cæteróſque interpretes in ſupradicta Conſtantini lege interpretãda ſic ſentire vt eo tantùm caſu locum habeat quo ſpurius fuerit inſtitutus, Spurium appellantes eũ duntaxat qui ex prohibito coitu ſuſceptus ſit, ad differentiã naturalis nati ex vera concubina, id eſt ex coitu nec prohibito, nec permiſſo. In quo tamẽ falluntur. Tam enim naturales quàm cæteri omnes extra iuſtas nuptias quocunque modo nati ſpurij ſunt Iureconſultis, quo nomine nihil aliud ſignificatur, niſi quòd ſunt ſine patre *d. § ſi aduerſus hoc tit. De nupt. l. 3. C. ſolut. matr.* Quanquam inducto tandẽ ab Imperatoribus nomine & iure naturaliũ parentum & liberorum cœpit ſpurij nomen, vt & adoptionis & cognationis dupliceẽ habere ſignificationẽ generalem vnã, ſpecialẽ alteram. Generalem quę naturales quoque cõprehendat vt olim. Specialẽ quæ ad illos accõmodetur, qui naturales dici nõ mereantur, quòd ex prohibito dãnatóq; coitu ſuſcepti ſint, vt Iuſt. diſtinguit *d. Nouel. 89. quib. mod. nat. effic. ſui.* Itaque ſicut adrogatio omnis eſt adoptio, & omnis agnatio, non contrà, õmnis adoptio adrogatio nec omnis cognatio agnatio. Ita dicendum eſt naturales omnes eſſe ſpurios generaliter ſumpto nomine ſpuriorũ, at non viciſſim ſpurios omnes eſſe naturales, ſed eos tantùm quibus ſpecialior & diſtinctior ſpuriorũ appellatio nõ conuenit. Etſi video Conſtãtinum in *d. l.* vbi primùm naturales nominari cœperũt, eo nomine illos etiã ſignificare qui ex prohibitis nuptiis non qui ex concubinatu ſint ſuſcepti. Vtut ſit non magis naturalibus quàm ſpuriis ex coitu quantũlibet dãnato ſuſceptis relinquere quicquam licet extra eos caſus in quibus capere illis permiſſum eſt. Atqui nulla lege permiſſum iis eſt, vt capiant niſi à patre, vel ab auo, vel à proauo, vel à cognato, idque vno illo caſu quo iuſta ſoboles nulla ſuperſit, Adeò vt qui legitima prole ſuperſtite illos heredes inſtituit, nõ tã contra leges quàm ſine lege id facere dicendus ſit. Qua ratione admitto libentiſſimè ſupradictã legẽ Conſtantini ad caſum hunc noſtrũ non pertinere, quia punit eũ duntaxat qui cõtra eã cõſtitutionẽ peccet. Peccat autẽ ille nõ qui illegitimũ & naturalẽ inſtituit, adcóq; nec qui ſpuriũ ex dãnato coitu natum, quod Azo, Bartol' & alij malè crediderũt (nã cùm eorũ inſtitutio nulladũ lege eo tẽpore permiſſa fuiſſet, nõ erat cur deberet, aut poſſet prohiberi, nec proinde cur cõtra legis prohibitionẽ feciſſe dici poſſet, qui tales heredes inſtituiſſet, aut aliter eis quid dediſſet) ſed is demũ qui poſt ſuſceptos ex prohibitis nuptiis liberos in caſibus ea lege expreſſis, id agit, vt tales liberos qui nec liberorum nomen merentur, legitimos faciat, ſiue proprio iudicio, ſiue imperialis prærogatiuæ ſcripti, vt iis poſtea, vel inter viuos dare, vel per vltimam voluntatem relinquere poſſit, quicquid & quantum velit. Cui conſequens eſt, ſicut eam legem hodie correctam eſſe conſtat in eo quod inter perſonas ibi expreſſas Iuſtinianus voluit iuſtũ contrahi poſſe matrimoniũ *Nouell. 117. vt lic. matr. & anie cap. 4. quia vero*, Vnde ſumpta eſt *auth. ſed nouo iure*, ita & in cęteris omnibus manere abrogatam, nec fiſco locũ fieri vllo caſu quo ſit inſtitutus, ſiue naturalis, ſiue ſpurius quilibet, vt malè interpretes poſt Bar. & Azonem exiſtimare ſuprà retulimus, ſed venientibus ab inteſtato agnatis, aut cognatis proximis, quemadmodum ex ratione iuris euenit in cęteris omnibus quę pro non ſcriptis habentur. In quorum numero ſi ponuntur ea omnia quæ inanibus relicta ſunt, id eſt, vt ſuprà interpretati ſumus iis qui ſpeciali

Nouell. 117. Vt lic. mat. & anie ca. 4. quia verò Vnde ſumpta eſt Aut. ſed nouo iure C. de natur. liber.

aliqua lege, vel constitutione prohibentur capere. Quanto magis ea poni debebunt quæ alienigenis & peregrinis nullam cum ciuibus romanis communionem habentibus, quales illegitimi sunt relicta proponuntur? *l.1. lanet apud 7.C. de hered.instit.* Sed tamen ex ea lege quamuis abrogata non minùs licuit nobis argumentum sumere ad probandum, quàm sint fauorabiles fratres legitimi & sorores in comparatione illegitimorum etiam liberorum, multóque magis cognatorum, vt saltem in dubio pro iis contra illegitimum cognatum facienda sit interpretatio, præsertim si illud quoque concurrat, vt eundem auũ legitimum habeant quem illegitimum habet cognatus à cognato institutus. Sed sunt ista apertiora iámque pluribus comprobata, quàm vt in iis diutiùs sit immorandum. Iuuat tamen addere his omnibus quæ diximus mirificè conuenire constitutionem & Bullam summi Pontificis Pij quinti, in illegitimos eorúmque non solùm filios & descendentes omnes, sed etiam coniugem latam, qua cùm facere vellet Princeps sanctissimus idémque iuris religiosissimus ne huic hominum generi relinqui quicquam posset, nihil aliud constituit nisi quod dispensationes omnes sustulit & concessiones, quibus anteà permissum erat, vt institui possent. Sublatis enim dispensationibus remanent in dispositione iuris communis, ex quo sunt illi prorsus incapaces, quasi etiamnum alienigeni & peregrini. Quod à plerisque ignoratum fuit, vt aduersus eam constitutionem tantopere debacchati sint, tanquam duram, irrationabilem, & à iure communi, vt loquuntur, alienam. Vnde & valde laudo quod post multas varietates tandem obtinuisse audio, vt non tantùm in clericis & ecclesiasticis personis locum habeat, sed etiam in laicis saltem eo casu quo vel minima aliqua de bonis ecclesiasticis dispositio interueniisse proponatur, vt totus actus corruat, non pro ea tantùm parte quæ quoquomodo respiciat fauorem illegitimorum, sed in cæteris etiam omnibus, Verum ita tamen vt non ad fiscum ecclesiæ bona disponentis perueniant, sed ad proximiores ab intestato vocatos. Cùm enim testamentum non valeat, nec alia vlla dispositio ex vi & potestate apostolicæ constitutionis, quonam obsecro colore ad fiscum pertinere possent bona quæ nõ indigno aufferuntur (nemini enim auferri potest, quod ipse non habeat, nec quisquam habere quidpiam ex dispositione quæ valere prohibeatur) sed ne ad incapacem perueniant impediuntur. De quo tractat Bart. ad *l.1. D. de iur. fisc. & conf.* 119. vbi addit, nec à fisco vindicari posse illa etiam quæ indigno aufferuntur, si ob alienam nõ ob propriam culpã indignus habeatur. Quod hic proculdubio euenit cùm quisquis illegitimè natus est, alieno vicio laboret non suo vt ait Iustinus in *l. legem 7. C. de natur. liber.* Quid verò deliquit frater legitimus, aut soror legitima propter quod prohiberi debeant succedere ab intestato fratri, qui non solùm sine lege, vt paullò antè dicebamus, sed etiam contra legem pontificiam omissis fratribus legitimis maluerit instituere illegitimum cognatũ? Sane in aliis plerisque nouum ius facit constitutio pontificia, derogátque communi dispositioni iuris ciuilis in odium necémque illegitimorum quibus plus æquo fauerant Imperatores. De quo tamen plura hic scribere nihil attinet, quia longiorem tractatum desiderant & ab instituto nostro sunt alieniora. Quæ diximus mirificè cõfirmantur etiam ex eo quod statuto Ferrariæ *lib.2. cap.*142. cautũ legimus, vt illegitimi etiã legitimati nõ possint ab intestato succedere patri, vel alteri agnato, nisi legitimati fuerint de voluntate, aut consensu expresso patris, vel agnati de cuius

L.1. l. nec apud 7.C. de hered.instit.

Bulla Pij Quinti Pontificis Maximi aduersus illegitimos.

Quod illegitimis malè relictum est non fisco applicatur, sed venientibus ab intestato.

L. legem 7. C. de natur. liber.

de cuius hereditate agitur ante mortem vel post mortem singula singulis con gruè referendo,Extantibus filiis, vel aliis agnatis legitimis & naturalibus qui de iure succedere possent & deberent personæ defunctæ. Sunt enim ista verba statuti ex quibus apparet in proposita specie in qua agebatur de bonis sitis in territorio Ferrariæ maiorem habendam esse rationem legitimorum,etiam agnatorum, & transuersalium , quàm illegitimi vllius quamuis legitimati. In quo derogatur proculdubio iuri communi,ex quo legitimati liberi ab intesta to concurrerent cum legitimis,eiusdem lineæ & gradus,ac multò magis agna tis omnibus præferrentur. Quod cùm ita sit an non multò maior ratio est , vt quod iure communi obtinet ne possit institui illegitimus ne quidem ex priuile gio,nisi legitima sobole nulla subsistente sic intelligamus vt ad retinendam illegitimi incapacitatem sufficiat subsistere legitimam sobolem, licèt nõ sit illa,nisi agnata?siquidem hoc casu ius commune facit pro agnata non contra agnatam vt in superiore.Itaque ad rem non pertinet si quis dicat statutum non procedere nisi ab intestato:nam non eo minùs valet arg.à casu minùs fauorabili ad magis fauorabilem. Deinde facto quoque testamento potest defendi cognatum illegitimum etiam legitimatum non debere melioris condicionis esse quod ad cognatum quàm filium illegitimum & legitimatum quod ad patrem:cùm non nisi ex similitudine & comparatione patris,eodémque licèt multò minore humanitatis intuitu permissum sit post patrem & auum,cognato instituere illegitimum cognatum.Atqui non potest pater naturalis relinquere filio illegitimo quamuis legitimato nisi quantum ei cui ex legitimis minus reliquerit *l. 9.§.vltim.C.de naturalib.lib.*Ergo nec permittendum est cognato,vt illegitimo cognato etiam legitimato,quicquam relinquat nisi quantum reliquerit ei ex cognatis legitimis cui minus , Iustin. enim apertè scribit in *dict. l. vltim.* subsistente legitima sobole idem se ius constituere in nepotibus quod in filiis naturalibus siue ab auo instituti sint, siue à proauo,siue à cognato.Quod vtique sic accipiendum est siue naturales illi filii manserint naturales siue fuerint legitimati vt constitutio generaliter loquens habeat locum in omni casu saltem in quo verba patiuntur , Legitimatus autem non eo minus est naturalis, licèt factus sit etiam legitimus , Quanto magis ergo valebit hoc argumentum in naturali non legitimato, ne possit ei plus dari quàm cui saltem minus ex legitimis cognatis dederit? Vnum hoc subiiciendũ restat,nec obseruatione indignum,quod Iustin.in *d. l. vlt.* ijs verbis *si quis saltem hoc vocabulum ad tam degeneres homines extendere maluerit* non tantùm filios ipsos naturales vocat degeneres,id est,vt interpretatur *l. quisquis 6. C. de postul.* viles & abiectos,sed etiam nepotes siue illegitimè, siue etiam legitimè ex iis procreatos.Nam cùm tria sint,vt diximus ex *ead.l. vlt.*naturalium nepotum genera,vnum eorum qui sunt naturales ex naturalibus , alterum eorum qui sunt naturales ex legitimis,Tertium denique illorum qui sunt legitimi ex naturalibus constitutio noua sicut ad omnes pertinet,ita & de omnibus loquitur cùm degeneres eos vocat,Vbi non infacetè Baldus,Nota,inquit,quod naturales eorúmque filij non sunt de genere sed degeneres.Et sanè ita est. Nam quemadmodum fieri naturaliter non potest vt quis nascatur sine patre , propter quam causam nec naturalium liberorum nomen istis olim accommodabatur.Ita neque vt quis nascatur sine auo si Adami liberos primi gradus ex-

cipias,aut quod idem eſt,vt quis natus intelligatur ex eo qui patrem nullum habuerit ac proinde qui non fuerit homo.Súntque iſta omnia ſecundum leges noſtras portenta naturæ & oſtenta potiùs quàm homines appellandi.Neque verò nepos ad auum per mediam filij perſonam iungitur *l. dotem* 6. D. *de collat.bonor.l.iuriſconſultus* 10.*§.ſecundo gradu De gradib.& adfin.*Et ideo qualis filius eſt tales eſſe neceſſe eſt omnes ex eo deſcendentes,Excluſo filio exclusos quoque eſſe nepotes ſublato medio tolli etiam omnia extrema. Denique ſicut pater illegitimus inter agnatos nullomodo computatur hoc eſt, inter eos qui ſunt de genere ſed inter degeneres,ita nec eius liberos,quamuis legitimos vt rectè poſt alios tractat *Tiraq. De retr.municip.§.1.glo.8.num. 7.ex d. l.vlt.*iunct.*l.ſi vina matre 3.C.de bon. matern.* Quod ſi nepotes ſuſcepti quantumuis legitimè ex filio naturali degeneres,verè ſunt,& dicuntur, conſequens ſit vt alia ratione corruere debeat teſtamentum in quo talis nepos inſtitutus ſit à cognato qui fratrem ſuum legitimum aut legitimam ſororem omnino præterierit.Vulgatum enim eſt fratribus & ſororibus præteritis competere querelam inofficioſi teſtamenti non ſolùm ſi inſtituta ſit turpis perſona ſed etſi ea quæ non careat aliqua maculæ nota,quomodo loquitur *l. fratres* 27. *C. de inoffic.teſtam.*Porro qui degeneres ſunt id eſt viles,abiecti,monſtruoſi,portentoſi,poſſúntne videri carere omni maculæ nota?Nec eſt quod hac in re nati ex naturalibus illuſtrioribus,putà ex Principibus à cæteris diſtinguantur. Quo enim nobilior & illuſtrior familia eſt tanto indigniores ſunt illegitimi qui legitimis præferantur,& aliquo ex legitimis ſuperſtite admittantur. Vt noſtri tractant ad *d.Lex facto* 17.*§.ſi quis rogatus* 1.*D.ad SC.Trebell.*neque eo minùs contrahunt maculæ notam ſi Lucano credimus,Obliquum,inquit, *maculat qui ſanguine regnum* Obliquum enim non alium intelligit quàm illegitimũ vt & Cuiacius in *Nouell.*22.rectè interpretatur. Quomodo autem poſſet illegitimus ſuo ſanguine regnum maculare ſi non eſſet ipſe maculatus?Qua etiam ratione tantò magis in propoſita ſpecie capienda erat noſtra interpretatio, quæ legitimæ ſorori faueret contra teſtamentum quod etiamſi ſummo iure valeret,tamen per querelam inofficioſi propter ſororis legitimæ præteritionem omnino reſcindi oporteret, cùm ſufficiat in eam rem ſola infamia facti nec requiratur infamia iuris,vt Accurſ. *notat ad d. l. fratres.* Nouus tamen hic ſuboritur ſcrupulus,Quomodo fieri poſſit vt ex filio naturali nepos aliquis ſit naturalis, qui tamen legitimus ſit patri ſuo. Nam ſi legitimus filius ille eſt quem dant leges,vnde & adoptiui legitimi appellantur, quî fieri poteſt vt leges dent filium patri qui ipſe naturalis ſit, & conſequenter incognitus legibus?Cúmque legitimus filius iuſtúſque is demum dicatur qui naſcitur ex iuſtis nuptiis quæ porrò niſi inter ciues romanos contrahi non poſſunt,quomodo fieri queat vt legitimum filium is habeat,qui ciuis romanus non eſt,vt toties diximus,quique ideo iuſtas nuptias contrahere nullomodo poteſt ? Sed non difficilis reſponſio eſt potuiſſe naturalem quoque ac illegitimum talem etiam manentem impetrare à Principe, vt vel ciuitate donaretur tanquam alius peregrinus quilibet,atque ita fieret particeps & contrahendi matrimonij,& cæterorum omnium quæ propria erant ciuium romanorum, vel peregrinus manens,ius tamen haberet contrahendi matrimonij perinde acſi ciuis romanus eſſet.Solebat enim ius illud ab Imperatoribus & impetrari & concedi etiam peregrinis dummodo liberi eſſent, multóque magis ſi non tantùm liberi

De illegitimis iuſtos & legitimos liberos habentibus.

liberi,ſed etiam ingenui proponerentur.*l.imperialis 23.ſ.penult.l.vlt.* C.*de nup.* Nec enim dubitandum erat quin iuſtæ ac legitimæ nuptiæ eſſent,quas alioqui prohibitas Principis reſcriptum adprobaſſet *tot.tit.C.ſi nupt.ex reſcript. petant. l.ſi Senatori* 31.D.*de rit.nupt.l.ſi tutor* 7.*C.de interd.matrim.* Neque tamen idcirco naturalis cui nuptias contrahere permittebatur fiebat legitimus patri ſuo, nec ſi quod magis eſt aut natalibus ſuis reſtitutus, aut ciuis romanus factus eſſet,quoniam aliud eſt legitimum filium fieri,aliud ciuem romanum, cùm ciuitas romana non niſi per iuſtas nuptias iuſtum patrem dare poſſit. Proinde nihil vetat filium qui patri ſuo naturalis ſit, iuſtas tamen contrahere nuptias ex iiſque legitimos liberos ſperare,quamuis non ideo legitimus ipſe fiat, nec tùm quidem cùm ciuitate romana ſimpliciter donatur. Non enim ſicut quiſquis filius legitimus idem & ciuis romanus eſt, ita è contrario neceſſe eſt legitimum patri ſuo filium eſſe,eum qui priuilegio & iure quæſito non natiuitate ciuis romanus eſt.Ciuis romanus hoc ipſo acquiritur ſoli ciuitati nõ etiã patri.Filius qui ſit legitimus acquiritur vtrique & ciuitati & patri, quod ſicut maius eſt ita & difficilius.At nec nouum eſt vt legitimus quis fiat quod ad aliquid non etiam quod ad omnia,vt in eo cernere eſt qui legitimatur per oblationem curiæ.Is enim ſoli patri legitimus fit,alij præterea nulli *d. Nouell.* 89. *cap.* 4.De illo planè non dubitatur quin naturales omnes etiamſi ſint ſpurij, verè tamen ingenui ſint,ſi modò ingenuam habeant matrem *dict. l.* 3.C.*ſolut. matr.*Nihil ſiquidem commune habet ius ingenuitatis cum iure ciuitatis,quia diuiſio illa perſonarum,vt quædam ſint ingenuæ, quædam libertinæ, non ciuium romanorum diuiſio eſt,ſed ſubdiuiſio liberorum,vt diximus ſuo loco,ad *tit. De ingen.*nec quicquam prohibet eundem hominem, & ingenuum eſſe & peregrinum.Ingenui enim ſubdiuiduntur quoque in ciues romanos & peregrinos.Non poſſum prætermittere quod vir doctiſſimus Iacob.Cuiac.obſeruauit *lib.*5.*obſer.cap.*6.hodie concubinatum non tam licitæ cõiunctioni quàm ſcortationi deputari ex conſtitutione quadam Conſtantini Porphyrogennetæ apud Harmenopulum relata,ac multò magis ex ſacroſancti iuris Pontificij autoritate.Ex quo infertur neceſſariò,vt idem ille ait filios ex concubinatu ſuſceptos non tam naturales quàm ſpurios dicendos eſſe,concubinas ſcorta non concubinas,vt in *Nouell.* 18. de duabus concubinis eodem tempore domi retentis,ex eiſque ſuſceptis filiis Iuſtinianus dixit.Denique nullos hodie eſſe nothos,nullos filios naturales,Quod ſi ita eſt,neque lex vlla erit quæ iſtos capaces fecerit quicquam à patre aut ab auo aut à proauo aut à cognato magis quàm à quolibet alio extraneo capiendi. Omnes enim quæ extant hac de re tam in Codice quàm in Iuſtiniani Nouellis conſtitutiones ad ſolos naturales pertinent,non etiam ad cæteros qui vſque adeò illegitimi ſint, vt nec naturalium nomen mereantur,vt idem Iuſtin.profitetur *d.Nouell.*89.*cap.*1.*& vlt.*

Tit C.ſi ex reſcrip.nup. pet.l.ſi Senatori 31.*D. hoc tit.De rit.nupt. l.ſi tutor* 7.*C. de interd. matrim.*

Conſtitutio Conſtantini Porphyrogennetæ apud Harmenopulum.

Nullos hodie eſſe nothos,nullos filios naturales.

ILLATIO II.

De nuptijs minùs legitimè & contra leges contractis.

SEcundò ex eodem ſupradicto Principio fit vt non ſolùm ſi nuptiæ nullæ contractæ ſint pater nullus eſſe dicive poſſit,ſed & ſi aliquæ contractæ quidem ſint verùm minùs legitimè & contra leges. Neque enim tales nuptiæ iniuſtæ & illegitimæ nuptiarum nomen merentur, multò minùs verò ſi ſint etiam inceſtæ, *ſ. ſi aduerſus hoc titul. l.qui contra* 4.*l.ſi quis inceſti* 6. *C.de inceſt. nupt.* Inde eſt quod non diſtinxerunt Iureconſulti patrem iuſtum à

ſ. ſi aduerſus hoc tit. l.qui contra 4.*l.ſi quis inceſti* 6.*C. de inc.nupt.*

l. lege Iulia 44 §. non distinguitur D. hoc sit. l. non potest. 31. D. de adopt.

naturali,sed tantùm naturalem ab adoptiuo *l. lege Iulia 44. §. non distinguitur D. de rit. nuptiar. l. non potest 31. De adopt.* Naturalem enim nullum agnouerunt nisi qui iustus esset(excepto eo qui in seruitute filium suscepisset ac postea manumissus esset de quo in *l. uxorem 41. §. pater naturalis de legat. 3.* vt scripsimus *illat. præced.*)licèt iustus omnis non continuò sit naturalis,sed possit etiam esse adoptiuus. Nam & illud est quod ait *l. 1. D. de adopt.* filiosfamilias fieri non tantùm à natura,sed etiam à lege. Cui non est cõtrarium quod nunc dicimus, patrem eum esse quem nuptiæ demonstrant. Adoptio enim sicut naturam imitatur *l. adoptio 16. eod.* ita ex verarum nuptiarum fictione & conuento proficiscitur *l. fideicommissum 76. De condic. & demonstr.* Vnde est quod nec alius per adoptionem filius fieri potest,quàm qui ex iustis & veris nuptiis posset. *l. si paterfamilias 15. & seq. D. de adopt.*

l. fideicommissum 76. De cond. & demonstr. l. 1. l. si pater familias 15. & seq. D. de adopt.

ILLATIO III.

De muliere volente differre quæstionem adulterij in tempus pubertatis filij.

l. miles 11. §. defuncto D. ad leg. Iul. de adult.

TErtiò ex eodem Principio fit,quod Papin. scribit in *l. miles 11. §. defuncto ad leg. Iul. de adult.* defuncto marito adulterij ream mulierem postulatã, quæ propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare, hoc est,vt prætextu Carboniani edicti differatur quęstio in tempus pubertatis filij quasi ad ipsius statum pertinens,audiri non debere. Non enim videri ad iustam defensionem confugere mulierem,quæ filij ætatem prætendit ad eludendam legitimam accusationem:cùm non vtique crimen adulterij quod mulieri obiicitur præiudicet infanti,Siquidem potest & illa adultera esse, & impubes defunctum patrem habuisse. Hoc ipsum verò cur ita? nisi quia pater ille est quem nuptiæ demonstrant. Ex quo etiam rectè interpretes nostri inferunt mulierem adulteram habentem liberos, præsumi ex matrimonio non ex adultero eos habuisse non solùm si à marito aut alio probetur ipsa adultera,sed etiamsi vltrò fateatur se illos ex adulterio sustuliisse. Quamquam enim quod dicimus patrem illum esse quem nuptiæ demonstrant ex præsumptione iuris fit potiùs quàm vt certa aliqua & mathematica demonstratione probari possit,ob ipsam tamen naturæ incertitudinem tam grauis vrgénsque præsumptio est vt non tantùm iuris esse dicatur, sed etiam de iure, quomodo nostri eas appellare solent,contra quas non admittitur probatio in contrarium. Excipiendi tamen sunt duo casus ab Vlpiano ex Iuliano & Scæuola propositi in *l. filium 6. De his qui sui vel alie. iur. sunt.* quorum alter est,Si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium,reuersum autem inuenisse anniculum in domo sua. Placet enim Iuliani sententia hunc mariti filium non esse. Alter est, si constet maritum aliquandiu cum vxore non concubuisse infirmitate interueniente vel alia causa,vel si ea valetudine fuit vt generare non potuerit, nam & dicendum est hunc qui in domo natus sit licèt vicinis scientibus filium nõ esse. Præsumptio enim cedit semper veritati,nec in eam personam cadere vnquam potest in quam neque ipsa veritas cadere posset. Planè quoties nihil prohiber filium esse mariti,licèt reuera non sit,audiendus tamen non est maritus negans suum esse *d. l. filium*. Sufficit enim quod mariti esse possit quia nec certò & concludenter probari potest quòd sit alterius,multò minus verò cuius sit.

l. filium 6. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

sit. Adeo vt nec si mater filiũ enixa absente marito in actis professa sit spuriũ eum esse, filio tamen nocere id debeat *l. Imperatores 29. §. vlt. D. de probat.* sicut è contrario neque professio, neque adseueratio parentum nuncupantium filios eos qui non sunt, veritati præiudicat *l. neque professio 5. C. de testam.* Quis ergo pater erit in duobus illis casibus quibus diximus ex *d. l. filium.* eum qui in nuptiis etiam iustis susceptus sit filium mariti non esse? Nullus omnino. Nec si certò probetur quis fuerit adulter. Sed erit filius spurius, id est, sine patre, vt probatur ex *d. l. imperatores §. vlt.* Nihil enim prohibet nec mariti filium eum esse nec adulteri, sed alterius qui nesciatur.

L. Imperatores 29. §. vl. D. de probat.

L. neque professio 5. C. de testam.

ILLATIO IV.

Eum qui patrem nullum habet agnatos quoque nullos habere.

QVartò ex eodem Principio fit vt quisquis extra iustas nuptias conceptus est sicut patrem nullum habet, ita nec agnatos habere possit, sed tantùm cognatos, quoniam agnati sunt & dicuntur ij soli cognati qui per patrem coniunguntur *l. si spurius 4. D. vnd. cognat.* iunct. *l. iuris consultus 10. §. cognati De gradib. & adfin.* Vice versa dicimus, eum qui in adoptionem datur nõ aliis cognatum fieri, quàm quibus agnascitur, quibus verò non agnascitur, nec fieri cognatum *l. qui in adoptionem 23. D. de adopt.* vbi ratio redditur, quòd adoptio non sanguinis ius adferat, sed agnationis, id est quòd patrem iustum duntaxat tribuat, non etiam naturalem, sicut nec matrem vllam tribuit, sed patrem tantùm.

L. si spurius 4. D. vnd. cognat. l. Iuris consultus 10. §. cognati D. de grad. & adfin.

L. qui in adoptionem 23. D. de adopt.

ILLATIO V.

De nomine matrimonij sumpto à matre non à patre. Et patrimonij à patre.

QVintò ex eodem Principio fieri etiam illud videtur, vt matrimonium nomen sumpserit à matre non à patre, quia mater, vt iam sæpius diximus, semper certa est vtpote quam facit probátque natura ipsa. Pater autem etsi certus quoque est cùm ex iustis nuptiis demonstrari potest, quia tamen non naturali sed ciuili ratione probatur, minùs priuilegij hac in re habere debuit quàm mater, cùm ex spe sobolis procreandæ matrimonia & dicantur & æstimentur. *l. liberorum 220. in fi. De verb. sign.* Mater enim nõ est quæ nupsit sed quæ liberos procreauit. E contrario patrimonium appellatum est à patre, non à matre, quoniam & ad familiam pertinet quæ patris est non matris, & iis artibus acquiritur, & conseruatur quæ virum magis quàm mulierem decent.

L. liberorũ 220. in fin. De verb. significe.

ILLATIO VI.

De filio suscepto ex iustis nuptijs sed quæ iam sint dissolutæ.

SExto ex eodem Principio fit quod illatione prima scripsimus vt iustis quoque nuptiis in ciuitate contractis possit quis ex iisdem personis nasci, nec tamen patrem vllum habere intelligatur, id est si nuptiæ illæ medio tempore & ante huius filij conceptionem fuerint dissolutæ, Vt in specie illa singulari *l. 1. C. de postlimin. reuers.* putà vtroque coniuge aut alterutro ab hostibus capto. Nam cùm inter cæteros modos matrimonium captiuitate dissoluatur *l. 1. D.*

L. 1. C. de postlim. rev. l. 1. D. de divort.

Digitized by Google

de diuort. fieri non poteſt vt pater demonſtretur ex iis nuptiis quæ deſierunt eſſe licet fuerint aliquando, ſi modo deſierint eſſe ante filij conceptionem. Conceptionis enim tempus illud eſt, quod cum tempore nuptiarum concurrere oportet, vt per nuptias pater demonſtretur.

PRINCIPIVM III.

De *nuptiarum definitione.*

L.1.D hoc tit De rit. nupt.

Nuptias conſenſus facit non concubitus.

NVptiæ ſunt coniunctio maris & fœminæ, conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio *l.1. D. de rit.nupt.* Dicimus coniunctionem maris & fœminæ, vt nuptiarum materiam potiùs quàm formam & ſubſtantiam ſignificemus. Nam præter id quod nuptias conſenſus facit non concubitus *l. nuptias* 30. *De regul.iur. l. cui fuerit* 15. *De condic. & demonſtr. l. cum hic ſtatus* 32. *§ ſi mulier* 13. *De donat. int. vir. & vxor.* illud etiam conſtat non quamlibet maris & fœminæ coniunctionem facere nuptias, ſed eam duntaxat quæ ſit cum ratione, ac ex legum præſcripto, vnde eſt quod Vlpianus in *l. 1. §. ius naturale D. de iuſtit. & iur.* tractans de iure naturali ſic loquitur non vt dicat quamlibet maris & fœminæ coniunctionem eſſe iuris naturalis, ſed vt eam demum, quam nos, inquit, matrimonium appellamus. Cæteri namque coitus omnes extra matrimonium iniuſti ſunt & illegitimi, tanquam qui eam rationem non habeant, quæ ſola tam diuino, quàm humano iure matrimonium induxit, Nimirum ad propagandam humanam ſpeciem, replendámque iuſtis liberis ciuitatem, quod bono cuique legiſlatori ſemper curæ fuit, vt eſſe debet *l.1. D. ſolut matrim. l. hoc modo* 64. *De conduc. & demonſtr. l. 2. in fin. C. de indict. viduit. tollend.* Et quamuis non ſine ratione concubinatum leges ciuiles tolerent, ſcilicèt ne deterius quid contingat, non tamen tanta ratione vt potuerit vnquam is coitus fieri legitimus & à legibus adprobatus, Ita vt nullum nomen ne quidem hominum habeant qui ex tali coitu ſuſcipiuntur, ſi iuriſprudentiæ veteri plus tribuere volumus quàm poſterioribus Imperatoribus, qui naturalium nomen iis dederunt vt ad ſuperius Principium diſputauimos ex Iuſtiniano in *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* Quod verò additur in Definitione nuptiarum *conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio* matrimonij ſubſtantiam & poteſtatem demonſtrat. Ex eo namque potiſſimùm æſtimatur matrimonium, vt ex duabus perſonis & carnibus velut vnam perſonam carnémque vnam efficiat ſiue iuris diuini, quo primum fuerunt inſtituta matrimonia, præceptum illud conſideres *Et erunt duo in carne vna*, ſiue quæ in hanc eandem rem fuerunt iure ciuili conſtituta. Idque naturali etiam ratione factum eſſe fierique debuiſſe videtur, quia cùm neque ſine matrimoniis reſpublica vlla, humanáque ipſa ſocietas ſtare poſſit, neque matrimonium vllum aut perpetuum aut felix eſſe, quod non ſit bene concordans vt loquitur *l.1. §. vlt. D. de liber. exhib.* neque rurſum bene concordans eſſe matrimonium, in quo non adſit mira voluntatum & animorum conſenſio, quomodo fieri obſecro poterat vt qui diſtinctas haberent voluntates in omnibus conſentirent, aut vt vna eadémque voluntas eſſet earum perſonarum quæ

Ratio & finis nuptiarum.

Concubinatus eſt coitus illegitimus.

Matrimonij effectus & poteſtas vt ſint duo in carne vna.

L.1.§.vlt. D. de liber. exhib.

inter

inter se diuersæ distinctæque essent? Fieri siquidem per rerum naturam non potest, quin quot sunt capita quot personæ, tot sint etiam voluntates, & consequenter quin diuersæ voluntates sint diuersarum personarum. Proinde ad constituenda matrimonia illud à Deo Opt. Max. fieri necesse fuit, quod neque legislator vllus ciuilis neque natura ipsa facere vnquam potuisset, vti ex duobus fieret vna caro, vt quod futurum erat consequens, vnius carnis vna subinde voluntas esset. Nam & è contrario diuortium à mentium diuersitate dictum fuisse Caius scribit in *l.2.D.de diuort.* Cur verò matrimonium *nuptiæ* Romani appellarunt? A nubendo, inquit, Varro *lib.* 4. *De ling. latin.* id est ab operiendo, quòd vetus ille mulierum nuptarum mos esset, vt non nisi velato & operto capite, ad demonstrandam verecundiam quæ pudicitiæ tuta comes foréque est, in publico apparere se posse arbitrarentur, Veteribus enim *nubere* idem erat quod *operire.* Vnde & *nubes* dictas vult Isidorus quòd operiant cœlum. Ex quo intelligimus solas mulieres nuptas dici posse, non etiam viros nuptos, In cóque errare imperitissimè pleróque temporum nostrorum Doctores, qui tum etiam cùm de viris loquuntur, non erubescunt verbum *nubendi* vsurpare, perinde ac si de fœminis loquerentur. Pessimo sanè, & publicè inhonesto exemplo, si Martiali credimus in illo loco *Vxorem quare locupletem ducere nolim, Quæritis, vxori nubere nolo meæ* & Imperatoribus in *l. cùm vir* 31. *C. ad leg. Iul. de adult.* An enim ille mos vnquam inualuit, vt operto velatóque capite incederent viri, qui vxorem duxissent? Et contrario errore plerique ex Doctoribus nostri temporis sic loquuntur de fœmina vt ducat virum: Ridiculum nubit enim mulier, viro. Ducit vir & vxorem. Non enim priùs impleta matrimonij sollennitas dici olim poterat quàm deducta esset vxor in domum mariti *l. mulierem* 5. *D. de rit. nupt. l. penult. in princip. &* §. 1. D. *de donat. int. vir. & vxor. l.2. D. de his quæ vt indign. l. si vxor* 13. §. *si minor* D. *ad leg. Iul. de adult.* vt ex ea deductione appareret ex duabus familijs vnam fieri viámque domum. Fiebat autem deductio in domum non vxoris sed mariti, quia vt eleganter Pomponius scribit in *dict. l.* 5. *De rit. nupt.* non vxoris sed mariti domus matrimonij domicilium est, Sicut & eius personæ quæ per matrimonium vna ex duabus constituitur, maritus caput est non vxor, iuxta sententiam Diui Pauli. Adde textum elegantem in *l. cùm in te* 6. *C. de donat. ant. nupt.*

L.1.D. de diuort. Nuptiæ vnde dicta.

Nubere est mulieris, Ducere vxoris.

Deductio in domum viri est ex sollemnibus nuptiarum.

L.1.D. hoc tit. Mariti domus est domicilium mariti.

L. cùm in te 6. C. de donat.

ILLATIO I.

De castratis, & spadonibus.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui sunt castrati matrimonium contrahere non possint *l. si serua* 39. §. 1. *D. de in. dot.* quia cùm iis desit ea pars corporis, quæ necessaria est ad coitum, non possunt fœminis coniungi, Ergo nec matrimonium contrahere, quod nihil aliud est, quàm iusta legitimáque maris & fœminæ coniunctio. Nec est contrarium quod spadones nuptias contrahere possunt *d.* §. 1. Spadones enim illi dicuntur, qui non tã natura q. ã corporali vitio, & vt plurimùm temporali prohibentur ne generare possint, ac proinde qui fœminæ coniungi possunt, adeóque spem aliquam habent generandi, liberósque procreandi, In cóque à castratis distinguuntur, § *sed & illud infr. De adopt. l.2. § illud l. adrogato* 40. §. *vlt.* D. *eod.* vbi ex hac causa scriptum

L. si serua 39. §. 1. D. de in. dot.

§. sed & illud De adop. l.2. §. illud. l. arrogato 40. §. vlt. D. eod.

est spadones posse adrogare, castratos verò non posse. Quo etiam pertinet differentia quam inter spadonem & castratum ponit Vlpianus quantum ad posthumi heredis instituendi facultatem, in *l. sed est quæsitum* 6. *De liber. & posthum.* Quamuis *spadonum* appellatio aliquando sit generalis, vt etiam castratos comprehendat *l. spadonum* 128. *De verbor. signific. l. 4. §. idem Dinus D. ad leg. Cornel. de sicar.*

L. sed est quæsitum 6. D. de libr. & posthum. L. spadonũ 128. de ver. signific. l. 4. §. idem Dinus D. ad leg. Cornel. de sicar.

ILLATIO II.

De frigidis & maleficiatis & de virgine nondum viripotente.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ea quoque matrimonia quæ ab initio constitisse videntur tanquam legitimè contracta dissoluantur postea si appareat frigidum esse virum aut maleficiatum, aliáve ratione inhabilem ad coniunctionem illam naturalem sine qua matrimonium nullum esse potest *Tot. tit. Decret. Extra de frigid. & malefic.* Idem est si virgo vel propter ætatem vel qua alia de causa non sit viripotens. *l. pater* 101. *De condict. & dem. l. 13. de verb. sign. l. 5. §. 2. ex quib. caus. in poss. §. 1. hoc tit.* Non enim potest videri nupta quæ virum pati nequit *l. pen. quand. dies legat. ced.*

ILLATIO III.

De muliere quinquagenaria.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt è contrario nec possint esse nuptiæ cum ea muliere quæ licèt viro coniungi possit, non tamen eiusmodi coniunctione ex qua liberi vnquam sperari possint, Vt puta si sit maior quinquagenaria, & ita inhabilis ad prolem suscipiendam, Quasi nihil interfit an coniunctio ista maris & fœminæ quæ matrimonij materiam præbet, fieri nullomodo possit, an verò possit quidem, sed non ad eum effectum ad quem comparata sunt matrimonia, id est, prolis habendæ causa, Et quasi belluinus magis quàm rationabilis appetitus ille sit nubendi in muliere quæ liberos vnquam sperare per ætatem prohibeatur. Sed hæc quidem iuris ciuilis & constitutio & ratio est teste *Vlp. in fragm. tit.* 16. Verùm iure pontificio aliter se res habet, fuítque hac parte vt in cæteris ferè omnibus abrogata lex Iulia Papia quæ ius illud induxerat, permissúmque omnibus id est tam sexagenarijs viris quàm quinquagenarijs mulieribus pro arbitrio contrahere matrimonium, quippe quod à Deo Opt. Max. sit institutum non modò ad liberos procreandos, sed etiam vice remedij aduersus peccatum incontinentiæ. Idque Iustinianus etiam noster constituit in *l. sancimus nuptias* 27. *C. de nupt.* cui iungenda est *l. si maior* 12. *C. de legit. hered.* licèt idem Iustin. in tollenda lege Miscella quæ viduitatem inducebat, distinxerit mulierem quæ sobolis tantùm procreandæ gratia velit ad secundas migrare nuptias, ab ea quæ liberos amplius sperare non possit in *d. l. 2. C. de indict. viduit. toll.* Planè si proponas nupsisse virginem quæ tam arcta sit, vt masculi congressum excipere non possit ne iure quidem pontificio nuptiæ consistent, Non alia ratione, quàm quæ ex hoc Principio desumitur, quod matrimonium sine maris & fœminæ coniunctione corporali nullum esse possit.

Vlp. in frag. tit. 16.

l. sancimus nuptias 27. C. de nupt. l. si maior 12. C. de leg. hered. L. 2. C. de ind. viduit. tollend.

ILL.

ILLATIO IV.

De fauore nuptiarum & odio cœlibatus.

QVartò ex eodem Principio fit vt nuptiarum & matrimoniorum fauore pleraque sint iure ciuili fauorabiliter constituta, nimirum vt ad contrahendas nuptias prolémque suscipiendam his veluti præmiis ciues inuitarentur, quòd ea res ad reipublicæ dignitatem & amplitudinem pertinere maximè videretur, sine qua nec diu stare respublica ipsa posset. E diuerso leges multæ latæ sunt in pœnam eorum qui vel cœlibes essent, id est à nuptiis in perpetuum abstinerent, vel orbi, hoc est qui ex contractis nuptiis liberos nullos suscepissent. Cœlibes enim ex testamento extranei capere nihil prorsus poterant: Orbi verò non nisi semissem. Sed & si quis vnum duntaxat filium filiámve suscepisset, nullas quidem pœnas patiebatur, sed neque percipiebat ea præmia, quæ patribus plus liberos habentibus erant parata, vt Vlpian. in Fragmẽtis scribit, & ad Vlpianum Cuiacius in *tit. De cælib. orb. & solit.* Solitarium hũc vocat Vlpianus qui solum filium habebat non plures, Indéque etiam est quod lege Cornelia de sicariis, & Diui Hadriani constitutione capitis pœna constituta est in eum qui aut alios, aut seipsum etiam castrasset *dd. 4. §. idem Diuus D. ad leg. Cornel. de sicar.* lunge Leonis *Nouell.* 60. *in fin.*

d.l. 4. §. idem Diuus D. ad leg. Cornel. de sicar. Nouell. 60. in fin.

ILLATIO V.

Eandem videri personam mariti & vxoris.

QVintò ex eodem Principio fit, quod eleganter Papinianus respondit in *l. penul. D. de vsufr. legat.* si pater filiæ domum legauerit, eíque per domus hereditarias transeundi ius præstari voluerit, si filia domum suam habitet viro quoque ius transeundi præstandum esse: alioquin futurum, vt nec ipsi filiæ præstari videatur, etiamsi non legatum seruitutis plenum, sed nudus transeundi vsus quem planè personalem adeóque personalissimum esse constat filiæ relictus proponatur. Nempe quia non alia mariti, alia vxoris, sed vna eadémque persona vtriusq; esse intelligitur, Nec tantùm mera iuris fictione, vt de herede dici solet, censeri eum personam eandem cum defuncto, sed etiam reuera. Nemo enim dixerit vsum transeundi posse ad heredem filiæ transmitti, ne quod affectu filiæ datum est hoc & ad ipsius exteros heredes transmittatur, vt ibidem subiicit Papinianus.

L. penult. D. de vsufr. legat.

ILLATIO VI.

De vsu ædium qui legatus sit marito.

SExtò ex eodem Principio fit è diuerso vt si marito vsus ædium legatus sit possit mulier cum viro in iis ædibus habitare sicut & maritus cum muliere posset, si mulieri vsus relictus proponeretur. *l. 4. §. 1. D. de vsu & habit.* vbi Vlpianus scribit hoc à Quinto Mucio primùm fuisse admissum licèt aliam quàm hanc nostram rationem adferat, nec inelegantem. Ne alioquin ei ex coniugibus cui vsus legatus est carendum sit matrimonio dũ vult vti dõmo. Quinimò etiamsi viduæ vsus legatus sit, placet Vlpiano ibidem ex Pomponij & Papiniani sententia posse illam cum viro cui postea nupserit in iis-

L. 4. §. 1. De vsu & habit.

dem ædibus habitare. Hoc amplius Pomponius dixit & Vlpianus probat, cum socero quoque mulierem habitaturam & socerum cum nuru, vtique si vir vnà sit. Non solùm autem cum marito, sed in consequentiam cum liberis quoque libertisque, adeóque cum parentibus mulieri habitare permittendum.

ILLATIO VII.

De remittenda condicione adscripta legato relicto mulieri si à viro diuerterit.

L. sed neque 8. §. 1. eo. tit.

SEptimò ex eodem Principio fit quod idem Vlpianus subiungit in *l. sed neque 8. §. 1. eod. tit.* Si vsus ædium mulieri legatus sit sub ea condicione *si à viro diuertisset* remittendam ei condicionem vt simul cum viro in iis ædibus habitare possit. Non enim potest non esse odiosa, & contra bonos mores ea condicio quæ inuitet coniuges ad dissoluendam huiusmodi indiuiduam vitæ societatem, Cúmque nihil fauorabilius nuptiis consequens est vt è contrario diuortia sint odiosa per quæ vinculum nuptiarum eáque vitæ societas dissoluatur, Itémque cætera omnia quæ nuptiis, siue contractis, siue contrahendis aliquod afferant impedimentum *l. cùm tale 72. §. si arbitratu De cond. & demonstr.*

L. cùm tale 72. § si arbitratu De condic. & demonstr.

ILLATIO VIII.

De causa dotis perpetua.

L. 1. & 3. D. de iur. dot.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt dotis causa perpetua esse dicatur, quia cùm detur propter matrimonium, ita vt nec sine matrimonio esse possit *l. 3. D. de iur. dot.* matrimonium autem indiuiduam vitæ societatem contineat, fieri certè nequit, vti ne dos ex voto illius qui eam dat, ita contrahatur vt super & perpetuò apud maritum sit, quemadmodum Paulus scribit in *l. 1. eod. tit.* ex quo fit etiam vt ex ea dotis causa dominium rerum dotalium marito acquiratur, Nec enim causæ contractuum temporariæ vt locationis mutant dominium, sed perpetuæ, vt eleganter tractat Cuiac. ad *tit. C. eod.*

ILLATIO IX.

De committenda stipulatione collata in personam viri aut vxoris.

L. si stipulatus fuero III. De verb. oblig.

NOnò ex eodem Principio fit quod Pomponius scribit in *l. si stipulatus fuero III. De verb. obligation.* Si stipulatus fuero, Per te non fieri quominùs illa domo mihi vti liceat, etiamsi me non prohibeas tamen committi stipulationem si vxorem meam prohibeas, vel contrà, si vxore mea idem sibi stipulata, tu me prohibeas. Nam & multò latiùs ea stipulationis verba possunt accipi, Nimirum vt si stipulatus fuero, Per te non fieri quominùs via, itinere actúque vti liceat, etsi non me, sed alium nomine meo ingredi volentem prohibueris, stipulatio committatur, quemadmodum scriptum est in eadem lege. Cur verò in hoc posteriore casu latiùs accipiuntur verba illa stipulationis quàm in priore? Quia cum clausula *Per te non fieri quominùs mihi &c.* perso-

persona ipsa & promissoris & stipulatoris præcisè demonstret, nihil fieri videtur contra rigorem & proprietatem verborum cùm persona vxoris accipitur pro persona viri, aut contrà, liquidem vtriusque persona vna & eadem esse creditur, Quod non similiter dici potest, cùm ad aliam meo nomine ingredi volentem hæc ipsa stipulationis verba accommodantur, quādoquidē ille alius reuera est à me, licèt id quod facit meo nomine faciat. Hic enim videtur mihi esse illius legis sensus, quamuis non satis bene expressus iis verbis *& latius est hæc verba sic accipi* quę potiùs significare vidētur latiorem illā esse significationē per quam fiat vt persona mulieris pro persona mariti, vel ex aduerso accipiatur, cùm tamen sequentia ostendant eo sensu ita scriptum fuisse, acsi pluribus, & apertiùs scriptum esset melius esse vt supradicta verba non solum sic accipiantur interposita per maritum stipulatione vt vxoris personam comprehendant, sed etiam longè latiùs vt ad extraneam quoque personam referantur si quis alius nomine stipulatoris ingredi fundum velit. Qua de causa facilè in suspicionem venio, non tam Pomponij esse hanc clausulam, cæteráque omnia quæ in eadem lege sequuntur, quàm Triboniani suo more impropriè loquentis. Cuius rei argumentum & coniecturam præbet mihi ea interrogatio quæ præcedit responsionem *an committatur stipulatio?* Solet enim ille huiusmodi interrogatiunculis viam facere suis responsionibus sub prudentum nomine insinuandis. Mouent me etiam verba illa *sciendum erit* quæ Triboniano longè familiariora sunt, quàm Vlpiano, aut Pomponio cuius ea lex est aliíve vlli ex Iureconsultis.

Manus Triboniani.

ILLATIO X.

De commixtione familiæ mariti & vxoris.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si vir aut vxor occisi esse proponantur de seruis vtriusque quæstio habeatur, quia licèt neque serui mariti propriè vxoris serui dicantur, neque vxoris propriè mariti negari tamen non potest, quin vtraque familia commixta & vna domus sit, ac proinde ita vindicandum facinus, atque in propriis domini occisi seruis vindicari solet, idque senatusconsulto Silaniano etiam cautum fuisse refert Vlp. in *l.1.§. si vir D. de SC. Silan.*

L.1 §. si vir D de SC. Silan.

ILLATIO XI.

De patre volente abducere filiamfamilias à marito.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis per filiæfamilias matrimonium non dissoluatur patria potestas quæ facit inter cætera vt patris & liberorum vna eadémque persona esse existimetur *l. ne cum filiofamilias 16. D. de furt.* iunct. *l. lis nulla 4. D. de iudic. l. vlt. C. de impub. & alijs subst.* si tamen pater filiam suam quę mihi nupta sit abducere velit, vel exhiberi sibi desideret, dan la mihi sit aduersus eum interdicto agenti exceptio *l.1. §. vlt. D. de liber. exhib.* vbi Vlpianus elegantem adfert rationem *ne bene concordantia matrimonia iure patriæ potestatis turbentur.* Tantum abest, vt patri licere debeat concordās matrimonium fortè & liberis subnixum velle dissoluere, vt eadem lex ait. Subiungens fore tamen ciuilius persuaderi patri ne acerbè patriā potestatē exerceat. Immo quod magis est de vxore exhibenda ac ducenda pater etiamsi

L.1. §. vlt. D. de liber. exhib.

Digitized by Google

filiam in sua potestate habeat, à me qui maritus sum rectè conuenietur, vt ex Hermogeniano traditum est in *l. eod. tit. l. vlt. C. eod. l. si inuita* 11. *C. de nupt.* Vt intelligamus maiorem esse personarum vitæque communionem ẽne dicam idẽtitatem inter virum & vxorem quàm sit inter filiam & patrem. Cui conuenit quod iure diuino iubetur quisquis maritus est relinquere patrem & matrem & adhærere vxori suæ: multò magis ea quæ nupta est adhærere marito parentibus relictis. Quanquam iure ciuili hoc amplius est quod patris consensus in filiæ nuptiis exigitur, vt dicemus Princip. seq.

L. 2. eo. l. vl. C. eod. l. si inuita 11. *C. de nupt.*

ILLATIO XII.

De iis inter quos est figura & imago matrimonij.

DVodecimò ex eodem Principio fit vt in iis quoque personis inter quas matrimonium nec est, nec esse potest, si tamẽ figura & vt ita dicam, imago quædam sit matrimonij, putà inter seruos in contubernio degentes, dura dicatur separatio, si qua de causa contubernalẽ à contubernali separari oporteat, *l. quæsitum* 12. *§. vxores* 7. *De instruct. & instrum. legat.* vbi Vlp. scribit, legatis iis seruis qui fundi instructi legato continentur, vxores quoque & infantes eorũ in eadẽ villa degentes ex verisimili testantis voluntate eodem legato contineri, *Neque enim*, inquit, *duram separationem inimixisse testator credendus est.* Nẽpe quia licèt contubernium non sit matrimonium, tamen matrimonij figura quædãm & imago est, essétque matrimonium si inter seruos perinde ac inter liberos homines matrimonium contrahi posset: Propter quam causam contubernalis ancilla, id est quæ in serui contubernio est, non minùs, licèt minùs propriè vxor appellatur, quàm si libera esset *d. §. vxores*, & qui ex eo contubernio nascuntur perinde acsi ex matrimonio nati essent liberi dicuntur in *§. contubernales* 33. *eod. leg.* Facit *l. vxorem* 41. *§. codicillis* 2. *& §. concubinæ. De legat.* 3.

L. quæsitum 12. *§. vxores* 7. *De instruct. & instrum. leg.*

§. contubernales 33. *eiusd. leg. l. vxorem* 4. *§. codicillis* 2. *& §. concubinæ de legat.* 3.

ILLATIO XIII.

De iudicio rerum amotarum, & eius inducendi causa.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt rerum amotarum iudicium singulare introduci necesse fuerit aduersus eam quæ vxor fuisset, quia non placuit maritum agere furti cum ea posse, Siue quòd ne quidem furtum facere mulier intelligatur, vt Nerua & Cassius existimarunt, quia societas vitæ quodammodo eam dominam faciat, nemo autem rei suæ furtum facere possit, Siue quòd furtum quidem viro faciat, sicut & filia patri, sed tamen in honorem matrimonij, turpis actio sit denegandа, vt Sabino & Cassio visum fuisse refert Paulus in *l. 1. D. rer. amot.* iunct. *l. 2. eod. tit.* Quamuis in aliis plerisque ea rerum amotarum actio non minùs duras habeat præstationes quàm si ei personæ contra quam exercetur, nullus honor haberetur. Vt puta in eo quod in solidum datur, non in quantum facere possit is qui conuenitur *l. si rerum* 52. *D. de re indic.* vbi Tryphoninus scribit, Si rerum amotarum iudicio cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam habuisse, in solidum tamen condemnari virum debere, quoniam ex malè contractu & delicto pro-

L. 1. & 2. D. rer. amot.

L. si rerum 52. *D. de re indic.*

Digitized by G

proficiſcatur. Nec enim minùs delinquit maritus qui vxoris res amouet, quàm vxor quę res mariti. Ideóque perinde datur ea actio vxori contra maritum atque marito contra vxorem *l.2.C.rer.amot.* Vlp.in *fragment. tit.7.§.2.*

L.2.C. rer amot.

ILLAT. XIIII.

De nuptiis per deportationem alterutrius coniugum non diſſoluendis.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quamuis nuptię non inter alios quàm inter ciues romanos contrahi iure ciuili poſſint, vt diximus ad Princip.1.*huius tit.* & deportatione ciuitas amittatur redacto ad peregrinitatem eo qui deportatur, vt loquitur Iurec.in *l.ſed ſi hac* 10. §. *ſed ſi per pœnam De in ius vocan.l.1.C.de hered.inſtit.l.vl.D.de var.& extraor.cognit.l.pen.D.de capit.minut.* nuptiæ tamen per alterutrius coniugum deportationem minimè diſſoluantur ſi coniugalem adfectionem retinere alius voluerit qui non fuit deportatus *l.1.C.de repud.l.res vxoris* 24.*C.de donat. int. vir. & vxor. l.ſed ſi mors* 13 §.1.*D.eod.l.*5.*D.de bon.damnat.* Nam cùm deportatio non comparetur morti, quia deportatus amiſſa ciuitate retinet libertatem, quid humanius eſt & ea vitæ individua ſocietate quæ per nuptias contrahitur dignius, quàm vtroque viuente coniuge fortuitis caſibus mulieris maritum, vel mariti vxorem participem eſſe? vt ſub Vlpiani nomine Tribonianus ſcribit in *l. ſi cùm dotem* 22.§. *ſi maritus* D.*ſolut.matrimon.* Nam & inde fit quod eo loco ſcriptum eſt, vt per furorem ſuperuenientem matrimonium non diſſoluatur. Quod & ſcriptum eſt in *l.patre furioſo* 8.*De his qui ſunt ſui vel alien.iur.* ſiue inquit ea lex alteruter coniugum furere cœperit, ſiue vterque. Et tamen ſi alter ex coniugibus qui deportatus non eſt nolit coniugalem adfectionem retinere poſt alterius cõiugis deportationem, matrimonium diſſoluitur *l.ſi quis ſic ſtipuletur* 56.*ſolut. matrim.* Sic enim locus ille neceſſariò accipiendus eſt, vt conſtat ex *d.l.1.C.de repud.* Hoc verò cur ita? hoc eſt, Cur ad matrimonium diſſoluendum hoc tantùm exigimus, vt nolit is qui deportatus non eſt matrimonij adfectionem retinere? An quòd etiamſi deportatio non interueniſſet alterutrius coniugum voluntate diſſolui matrimonium poſſet, permiſſa ſcilicet diuortiorum licentia & libertate? Minimè. Nam eo caſu neceſſarium eſſet repudium mittere per nuncium, aut aliter animum repudiandi teſtatione ac ſignificatione aliqua inſinuare, quod hoc caſu neceſſarium non eſt cùm deportatio interuenit. Sufficit enim ſimplex abnutiuum voluntatis, vt loquar cum Paulo in *l.inter ſtipulantem* 83. *in princip.*De *verb. obligat.* Ratio igitur illa eſt, quia deportato aqua & igni interdici ſolebat, Certè aquæ & ignis interdictio ſucceſſit in locum veteris illius deportationis *dicta lege* 1.*C. de hered.inſtit.* In contrahendis verò matrimoniis ille olim mos erat, vt nupta, domi aqua & igni exciperetur, ad demonſtrandam contrahendámque individuam iſtam vitæ ſocietatem quæ ſine communi aquæ & ignis vſu conſeruari non poſſet, vt vterque coniugum intelligeret in ea vitæ ſocietate ſibi quandiu ambo viuerent perſtandum eſſe licet aliam eius ſollennitatis rationem adferat Varro *lib.*4.*De ling. latin.* ſumptam ex eo quod cauſa naſcendi duplex ſit ignis & aqua, quaſi mas ignis ſit, quod ibi ſemen aqua fœmina quod fœtus ab eius humore ſit;

L.1.C.de repud.l res vxoris 24. C. de don. int. vir. & vxor.l. ſed ſi mors 13.§.1. D.eo.l.5.D. de bon.damnat.

L ſi cùm dotem 22 § ſi maritus D. ſo mt. matr.

L. patre 8. De his qui ſui vel alien. iur.

L. ſi quis ſic ſtipuletur 56 ſolut.matrimonium.

Interdictio aquæ & ignis ſucceſſit in locum deportationis.

L.1.C.de hered.inſtit.

Cur nupta exciperetur aqua & igni in domo mariti.

Digitized by Google

Cui consequens visum fuit vt eam societatem etiam citra repudium dissoluere liceret si contingeret alterutri coniugum aqua & igni interdici, quod in eum vsque casum matrimonij sollennitas progressa nõ fuisset, Quamuis nihil vetaret coniugalẽ fidẽ & affectionẽ se extendere longiùs quàm se extenderet ipsa etiam sollennitas nuptiarum: maioremque vim esse veritatis quàm symboli & significationis. Non enim alia ratione poterat meliùs significari communio rerum omnium inter coniuges, quàm communicatione elementorum ex quibus omnia constant. Cur ergo, inquies, duobus tantùm elementis illis aqua & igni coniuges in eam rem vtebantur, cùm sint quatuor elementa? Nimirum quia duo reliqua, id est, aer & terra communicabantur satis hoc ipso quod in mariti domo vxor excipiebatur, cùm nec sine terra, nec sine aere domus ipsa stare posset: quomodo sine aqua & igni si ingredienti vxori exhibita non fuissent, stare vtique potuissent. Ea igitur elementa duntaxat exhiberi debuerunt, quæ an in domo essent, poterat ignorari. Idque significare videtur Imp. Gordianus in *l.4.C. de crimin. expil. hered.* iis verbis *aduersus vxorem quæ socia rei humanæ atque diuinæ domi suscipitur.* Lego namque *domi* non vt vulgo *domus.* Quid enim attinet eo loco de diuina domo tractare? An fortassis eo sensu quo in *nt. C. de fundis res priuatæ & salibus diuinæ domus lib.*11. *C.nt.* 65. An non sufficiebat dixisse vxorem sociam rei diuinæ atque humanæ, id est vt Principium nostrum habet, diuini atque humani iuris. Sed voluit Gordianus dicere, vxorem suscipi domi sociam rei humanæ atque diuinæ, id est ideo fieri sociam quia domi excipitur aqua & igni. Quorum duorum vsus non solùm ad res humanas maximè ac necessario pertinet, sicut & cæterorum elementorum, vt diximus, sed etiam ad res diuinas. Vix enim sacra vlla erant in republica romana quæ citra ignis, aut aquæ, aut vtriusque vsum peragerentur. Sanè de igne extabat lex in duodecim tabulis in hæc verba *Deos absque igne non colunto.*

L.4. C. de crimin. ex pil.hered.

L.12. tab de Diis absque igne non colendis.

ILLATIO XV.

De matrimonio per captiuitatem dissoluendo.

L.1.D. de diuort. l. sed si mors 13.§.1. D de donat. int. vir. & vxor. l. res vxoris 24. C. eo. l.5. D. de bon.damnat.

Cur matrimonium per captiuitatẽ dissoluatur. L. in bello 12. § sed captiui vxor D. de capt. & postlim.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt matrimonium non solùm morte dissoluatur, sed etiam captiuitate, id est si alteruter coniugum redactus sit in seruitutem, siue quòd captus sit ab hostibus, siue quòd seruus pœnæ factus sit per sententiam puta si damnatus fuerit in metallum *l.1.D. de diuort. d.l. sed si mors* 13. §.1. *D. de donat. int vir. & vxor. dicta lege res vxoris* 24. C. *eo. d.l.*5. *D. de bon. damnat.* Nam cùm seruitus morti adsimiletur, *l. cùm hic status* 32. §. *si donator* 6. D. *de donat. int. vir. & vxor. l. interdict* 59. *in fin. De condic. & demonstrat. l. seruitutem* 209. *De regul. iur.* societas autem quælibet morte dissoluatur etiam quæ in perpetuum fuerat contracta *l.1. l.* 4. §.1. *l. cùm duobus* 52. *alias l. si fratres* §. *idem respondit* 9. *l. verum est* 63. §. *vltim. l. actione* 65. §. *morte.* 9. *D pro socio.* Consequens est matrimonium quod nihil aliud quàm totius vitæ, omnisque iuris societas est dissolui per mortem aut seruitutem alterutrius coniugum, nec stare posse etiamsi maximè vxor captiui velit & interim maneat in domo mariti *l. in bello* 12. §. *sed captiui vxor D. de captiu. & postlim.* Nisi propouias libertam, quæ nupserit patro-

no po-

Digitized by Google

no postea ab hostibus capto. Sequimur enim hoc casu sententiam Iuliani existimantis durare huius libertæ matrimonium etiam in captiuitate propter reuerentiam patroni, vt Vlpianus refert in *l. in eo iure* 45. §. *vltim.* D. *de rit. nupt.* Addens tamen si in aliam quàm hostium seruitutem patronus deductus sit, proculdubio matrimonium dissolui. Dices huic rationi si recta est, consequens fore, vt etiam deportatione soluatur matrimonium contrà quàm proximè dixerimus. Nam nec dubitandum est quin aliæ societates deportatione alterutrius ex sociis dissoluantur *dicta lege*, *verum §. vltim.* vbi Vlpianus aperte scribit interire homines non solùm morte sed etiam maxima, mediaque capitis diminutione. Quasi nihil interfit an maxima an media capitis diminutio interuenerit quantum ad effectum dissoluendæ societatis, & quod ad hoc vt quisquis alterutram capitis diminutionem passus est, pro mortuo sit habendus. Quod & apertiùs idem Vlpian. scripsit in *l.* 11. *§. penult. De bonor. poss. contr. tabul.* & Paulus in *l. si necem* 4. *§. si deportatus De bon. libert.* itémque Scævola in *l. Gallus* 29. *§. & quid si tantum De libert. & posthum.* Respondeo, cùm de bonorum duntaxat societate agitur, deportationem bene comparari morti, *dicta lege verum*, quia deportatus sicut amittit ciuitatem, ita & bona omnia quæ habebat dum esset in ciuitate. Habet enim deportatio semper adnexam bonorum publicationem quam nos confiscationem appellamus. Fieri autem nequit, vt eius rei quæ publicata sit socius quisquam intelligatur, non magis quàm eius rei quæ iam sit nulla, vt Vlpian. addit in *dicto §. vltim. l. verum.* Eadémque ratio facit vt in aliis etiam iuris partibus in quibus non agitur nisi de bonis, deportatus pro mortuo habeatur, quia non magis bona vlla potest habere quàm si reuera mortuus, aut in metallum damnatus proponeretur. At societas illa ex qua matrimonium æstimatur, non bonorum duntaxat societas est, sed vitæ, verum autem est deportatione vitam non finiri, nec pro mortuo habendum esse deportatum extra causam bonorum. Nec ergo dici potest dissolui matrimonium per deportationem. Quemadmodum nec hodie dissoluitur per condemnationem in metallum postquam placuit Iustin. *Nouell.* 22. *De nupt. ca.* 8. *§. quod tamen prius*, neminem benenatum & ingenuum ex pœna seruum fieri amplius posse, quamuis non minùs hodie quàm olim amittat bona sua omnia is qui talem patitur condemnationem.

L. in eo iure 45 §. vlt. D. hoc tit.

L. verũ est 63 §. vlt. D. pro socio.

Nouell. 22. De nupt. ca. 8. §. quod autem prius.

ILLATIO XVI.

De diuortiis.

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt per diuortium quoque nuptiæ dissoluantur *dicta l.* 1. D. *de diuort.* quia cùm matrimonium nihil aliud sit quàm societas, vt diximus, societas autem non nisi ex sociorum voluntate constet fieri certè nequit, vt non intercidat matrimonium, vt & alia quælibet societas intercidente voluntate, vt Vlp. ratiocinatur in *d. l. verum est* 63. §. *vltim. D. pro socio.* Hac sola differentia, quòd in cæteris societatibus dissoluendis sufficit adesse tacitam dissoluendæ societatis voluntatem, id est quæ nullis verbis expressa solo ex facto colligatur, putà si socij separatim agere cœperint, & vnusquisque eorum sibi negotiari, vt ex Callistrato subiungitur in *l. itaque* 64. *eod.* At in dissoluendo per diuortium matrimonio,

L. 1. D. de diuort.

L. verũ 63. & seq. D. pro socio.

Digitized by Google

expreſſa declaratione voluntatis opus eſt, miſſóque nuncio repudii in hęc verba quæ olim ſollẽnia fuerunt concepto *Res tuas tibi habeto. Condicione tua amplius non vtor. Tuas res tibi agito.* l. 2. D. de diuort. vbi tamen Caius oſtendit aliã fuiſſe formulam ſollennem renunciationis ſpõſaliorum, aliam matrimoniorum diſſoluendorum. Illa enim verba quæ retulimus *Condicione tua non vtor* ſponſalibus diſſoluendis fuiſſe accommodata, Cæteras formulas, diſſoluendis matrimoniis: Cęterùm in vtriſque neceſſariũ extitiſſe, vt ſollennia renũciationis verba interuenirent, & vt diuortium fieret certo modo, quemadmodum loquitur Vlp. in *l. vnic. in fin. D. unde vir & vxor.* Nempe quod ſocietas iſta quæ per matrimonium inducitur adeóque per ſponſalia quodãmodo inchoatur, non quælibet ſocietas ſit, ſed ſollennis & eiuſmodi qua præſtantior & dignior nulla contrahi poſſit, cùm ſit ſocietas vitæ ac dignitatis, non vt cæteræ, bonorum duntaxat. Vnde etiam eſt, quòd licèt diuortium à menitum diuerſitate dictum ſit, aut quòd in diuerſas partes eunt, qui diſtrahunt matrimonium vt Caius ait in *d. l.* 2. non tamen diuortium eſſe intelligatur niſi verum, id eſt quod fiat animo perpetuam conſtituendi voluntatum diſſenſionem, Sicut è cõtrario matrimonium non eſt niſi quod fiat animo perpetuam conſtituendi voluntatum conſenſionem *l.* 3. *eod. tit.* vbi addit Paulus quod eſt cõſequens, quicquid in calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur inter coniuges non priùs ratũ eſſe quàm apparuerit ex perſeuerantia iudicium animi fuiſſe, ideóque miſſo etiam per calorem repudio, ſi breui vxor reuerſa ſit, nec videri diuertiſſe: Iurgium enim illud eſt, vt Papinianus vocat in *l. quod ſi non diuortium* 31. *D. de iur. dot.* aut fribuſculum vt Vlp. in *dict. l. cùm hic ſtatus* 32. *§. quòd ſi non diuortium* 12. *De donat. int. vir. & vxor.* non etiam diuortium. Repudio namque opus eſt ad hoc vt diuortium fiat. Et inter repudium ac diuortium differẽtia tãtùm illa eſt, quòd repudium non ſolis nuptiis diſſoluendis conuenit, ſed etiam ſponſalibus, Diuortium verò nuptiis tantùm, vt & Cuiacius docuit in *para. ad tit. D. de diuer.* Denique duplex eſt diuortium verum & ſimulatum. Vero diuortio nuptiæ diſſoluuntur, non etiam ſimulato *l. vir muliери* 64. *eo. tit. De don. int. vir. & vxor.* Sed nec quicquam verat mulierem & maritum diu ſeorſum habitare, neque eo minùs honorem matrimonij inuicem habere, quod interdum inter conſulares quoque perſonas euenìſſe teſtis eſt Vlp. in *d. l. cùm hic ſtatus §. ſi mulier* 13. vbi ait hoc caſu durare nuptias, propterea quòd non coitus faciat matrimonium, ſed maritalis adfectio. Quod adeò verum eſt, vt etiam iure canonico & diuino quod iſtam diuortiorum licentiam non agnoſcit: interdum tamen ſeparatio thori permittatur, ipſo matrimonij vinculo remanente, & faciente ne aliud matrimonium cõtrahi poſſit, vt puta ex adulterij cauſa, quemadmodum aduerſus hæreticorum noſtri temporis impudentiam ex ſacris ſcripturis decliſum eſt à Concilio Tridentino ſanctiſſimè, vt & cætera omnia, quamuis etiamnum ex Iureconſultis noſtris qui Theologi quoque videri volunt, plerique reluctentur.

l. 2. D. de diuort.

l. vnic. in fi. D. und. vir. & vxor.

l. 3. D. hoc tit.

L. quòd ſi non diuortiũ 31. D. de iur. dot. l. cùm hic ſtatus 32. §. quòd ſi non diuortiũ D. de donat. int. vir. & vxor.

Duplex diuortium verum & ſimulatum. L. vir muliери 64. eo. tit. d. l. cùm hic ſtatus §. ſi mulier. 13.

Separatio thori interdum permiſſa durante vinculo matrimonij.

ILLATIO XVII.

De *tranſlatione domicilij muleris in domicilium mariti.*

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit vt mulier quæ nubit ſi ex alio loco trahat originem hoc ipſo mutet domicilium, & pro ſuo domicilium

mariti

mariti fortiatur *l.cùm quadam puella* 19. D.*de iurisdict.* quia scilicet domus mariti domicilium matrimonij est vt iam diximus ex *l.*5.*D.de rit.nupt.l.cùm in te* 6.cuius non alia quàm hæc ratio est C.*de donat.ant.nupt.* Ideóque in sponsa aliud est,Nec enim illa suum domicilium mutat ante contractas nuptias *l. ea quæ desponsa* 31.D.*ad municip.*Sicut nec ea quæ se in matrimonium non legitimum dedit,vt loquitur Callistratus in *l.penult.§.vlt.eod.tit.*vbi scribit mulieres quæ in matrimonium se dederint non legitimum,non ibi fungendas muneribus,vnde mariti earum sunt,sed vnde ipsæ ortæ sint:Non alia vtique ratione quàm quod non mutauerint domicilium per nuptias, quæ veræ nuptiæ non fuerunt,Vt intelligamus quoties iustæ ac quod idem est veræ sunt nuptiæ aliud esse probandum.Constat enim mulierem quandiu nupta est incolam eiusdem ciuitatis videri cuius maritus ipse est,& ibi non etiam in eo loco vnde originem trahit,munueribus publicis fungi debere *l.vlt.§. item rescripserunt eo. tit.l.vnic.C.de mulier.in quo loco lib.*10.*tit.*62.nisi maritus in ipsa vxoris suæ patria domicilium defixerit,quo casu fit idem locus domicilij & incolatus vtriusque *l.si in patria* 5.*C.de incol.& vbi quis domicil.hab.videat. eod.lib.tit.*39.Nam cùm in eo loco quisque domicilium habere intelligatur, vbi larem rerúmque suarum & fortunarum summam constituit,vnde non sit discessurus si nihil auocet,vnde cũ profectus est,peregrinari videtur,quò si rediit, peregrinari desierit vt ait *l.cines* 7.*eod.tit.*apparet individuam illam vitæ societatem quæ per matrimonium contrahitur,pati non posse vt constante matrimonio aliud sit domicilium vxoris quàm quod sit mariti *l.vlt.eod.ill.tit.*

L.cùm quadam 19. D. de iurisd.
L.5.D.hoc tit.De rit. nupt.
L.cùm in te 6. C. de donat ant. nupt.l.ea quæ desponsa 31. D. ad municip.
L.pen.§.vlt. eod.tit.
L.vlt. §.item rescripserunt eod.l. vnic.C.de mulier.in quo loco.lib. 10.tit 62.
L. si in patria 5. C.de incol. & vbi quis domicil.haber. videat.eod. lib.tit.39.
L cines 7. eod.tit.
L.vlt.eod. ill.tit.

ILLATIO XVIII.

De mulieribus ex maritorum honore erigendis & genere nobilitandis.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt mulieres maritorum & honore erigantur,& genere nobilitentur *d.l.vlt.C.de incol.repetita in l. mulieres* 13.C.*de dignit.lib.*12.*tit.*1.Quomodo enim fieri posset vt quæ vna eadémque cum marito persona esse intelligitur, non iisdem & honoribus & priuilegijs gauderet? Addo *& priuilegijs* quoniam ita est vt priuilegia quoque marito concessa quantumuis personalia vxori communicentur, saltem quandiu matrimonium durat *l.medicos* 6.ibi *vnà cum vxoribus C.de profess.& medic.lib.*10.*tit.*52.Nec ad hunc casum pertinet quod dici solet Origini propriæ neminem voluntate sua eximi posse,cùm originis ius sit naturale *l. penult. C. de municip. & originar.lib.*10.*tit.*38.Sensus enim est non posse id fieri sola cuiusquam voluntate:Sed si matrimonium factum sit, licèt non nisi ex mulieris voluntate contrahi possit,aliud est,propter vim & potestatem matrimonij,quę tanta est vt ipsam quoque mulieris personam quodammodo mutet,transformétque in personam mariti.Quod tamen non ita accipiendum est quasi mulier per matrimonium mutet originem,sed ita vt in originis suæ loco non magis contribuere teneatur quàm si originem reuera mutasset, Quamuis diei soleat si eodem tempore duobus in locis aut honores aut onera eidem personæ deferantur potiorem esse originis causam *L.libertus* 17.§.*sed eodem tempore* 4.D.*ad municip.*iuncta *l.municeps* 23.*eod.tit.*

d.l.vlt.C. de incol.l. mulieres 13. C.de dignit. lib.12.tit.1.
l.medicos 6. C.de profes. & medic. li.10.tit. 52.
L.pen. C.de municip.& origin.lib. 10.tit.38.
L. libertus 17.§ sed eodem tempore 4.D ad municip.l. municeps 23.eod.tit.

Digitized by Google

ILLATIO XIX.

De vidua quæ defuncti quoque mariti domicilium retinet.

L.filij 22. §. 1. D.eod.tit. ad municip.

DEcimononò ex eodem Principio fit vt non solùm nupta mulier, sed etiam vidua domicilium amissi mariti retineat, exemplo clarissimæ personæ per maritum factæ, inquit Paulus in *l.filij 22. §.1. eod.tit. Ad municip.* Nam & amissi mariti dignitas per viduam æquè retinetur. An miserationis duntaxat non etiam iuris ratione? Ne misera mulier & amissi mariti, & præterea dignitatis sibi ex matrimonio quæsitæ iacturam & damnum sentiat, Exemplo eius quod de patre dotem profectitiam à genero post filiæ mortem repetente scriptum est in *l.iure successum 6. D.de iur.dot.* Imò verò ex summa meráque iuris ratione. Nempe quia mortuo quoque marito idem nihilominùs matrimonium durare intelligitur quandiu vidua in eodem statu manet, sicut & defuncta vxore maritus qui nouercam filiis non superinducit, vt Imp. Leo loquitur in *l.vlt.C.de bon matern.* in ijs verbis *siue in priore matrimonio pater ex quo filios habuit permanere voluerit, siue nouercam filijs superinduxerit.* Planè alijs interuenientibus nuptijs non dubitatur, quin & domicilium & dignitas mulieris ex noui mariti domicilio & dignitate permutetur *d.l.filij* §.1. Eadem omnino ratione quòd quæ secundo nubit fiat vna eadémque persona cum secundo marîto, nec amplius possit vna eadémque persona esse cum primo. Ex iis quæ mox dicemus.

L vlt. C.de bon. matern.

d.l.filij § 1. L. eum qui duas 18. C. ad leg. Iul. de adult. l. 2. C. de incest. & inutil. nupt.. L.1. in fin. l. quid ergo 13. §.1 De his qui not. inf. §. adfinitatis & seqq. hoc tit. L. vnic. C. de concub. Nouell. 18. De trient. & semiss. cap. 5 §. consideremus versic. sicut enim. L item legato 43. §. parui autem De leg. 3. l. cùm tabulis 16. §. quoniam D. de his. quæ vt indign. l. donationes 31. D. de donat. l. vlt. in fin. C. commun. de succ.

ILLATIO XX.

De duabus vxoribus aut duobus maritis simul non habendis.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt non possit quis eodem tempore duas vxores habere, nec vna mulier duos maritos *l.eum qui duas 18. C. ad leg. Iul.de adult.l.2.C.de incest.& inut. nupt.* Immo nec bina sponsalia *l. 1. in fin. l. quid ergo 13.§.1. D.de his qui not.infam. §. adfinitatis & duob. seqq. infr. hoc tit.* Quomodo enim posset indiuidua vitæ societas inter coniuges si maritus se quodammodo diuideret in duos vt duabus vxoribus satisfaceret, aut vxor in duas mulieres vt duobus maritis eodem tempore? Neque verò idem ille qui dixit *erunt duo in carne vna* de tribus personis locutus est, sed de duabus duntaxat. Adeo autem verum est non posse duos eodem tempore eiusdem mulieris maritos esse, aut duas eiusdem mariti vxores, vt nec possit quis iure ciuili tempore constantis matrimonij habere concubinam, quam alioqui liceret ei habere si in matrimonio non esset *l.vnic.C.de concub.* imò nec duas concubinas etiamsi nullam habeat vxorem *Nouell.18. De trient.& semiss cap.5 §.consideremus, versic.sicut enim.* Nimirum quia vxorem à concubina non tam affectio quàm honor & dignitas maritalis distinguit *l. item legato 49. §. parui autem de legat.3.l.cùm tabulis 16.§.quoniam D.de his quæ vt indign. l. donationes 31. D.de donat.* nec proinde alia ratio constitui potest concubinæ quàm vxoris hac parte, saltem vt fauorabilior videri debeat concubina *l.vlt.in fin.C.commun. de succ.*

ILL.

ILLATIO XXI.

De reuerentia quæ marito debetur etiam vxori exhibenda.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit vt eadem reuerentia quæ marito debetur, etiam ipsius vxori debeatur, ideóque non liceat liberto in ius vocare vxorem patroni sine permissu prætoris, quia nec patronum ipsum nisi priùs impetrata venia vocare posset *l.1.C.de in ius vocand.*

L.1.C. de in ius vocand. L.2. C. de iniur. l. 1.§. item aut per semetip. sum & §. vlt.l.eum qui nocentem 18.§. vlt. eod. §. patitur Inst. eod.tit. d.§.patitur d.l.2.& l. 4.C.de procurat. d.§.item aut per semetipsum. L.5.§.1.D. de bon.damnat. L.1.C de repud. L. cùm in fundo 78.§. 2.in fin.D. de iur. dot. l. Cicero 39. D.de pœn. L.ea quæ 57.D.de donat. int.vir.& vxor. l.vxorem 41 de leg 3. l.Titia 19. §.qui Marco De ann. legat.l.vlt. §.1. De aur. & argent. legat. L.assiduis 12.C.qui potior in pign. hab. Iugum nuptiale in l. hac condicio 10. De condit. & demonstr.

ILLATIO XXII.

Iniuriam vxori factam marito quoque factam videri.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit vt si qua iniuria fit facta vxori possit maritus eo nomine agere iniuriarum, tanquam qui in vxoris pudore iniuriam passus esse intelligatur vt ait *l.2.C.de iniur.l.1. §. item aut per semetipsum & §.vlt.l.eum qui nocentem* 18.*§.vl.* D.*eod.§.patitur, Instit eod.* An ergo similiter iniuria marito facta vxori facta esse videbitur? Ita est, Sed non idcirco mulieri dabitur iniuriarum actio pro iniuria vindicanda quæ marito fuit illata, quia vxores à viris non viros ab vxoribus defendi æquum est *d.§.patitur & l.2.eod.l.4.C.de procur.* Obseruandum autem est, quod in *d. §.* item scribit Vlpianus, spectare ad nos iniuriam quæ his fit qui vel potestati nostræ, vel affectui subiecti sunt. Nam eorum appellatione qui potestati nostræ subiecti sunt, intelligit seruos & filiosfamilias: Eorum verò qui affectui nostro subiecti sunt, vxorem & nurum & alias similes personas. Quanquam nec nouum erat vt vxor potestati viri subiiceretur, Scilicet si nubendo in manum viri conuenisset vt alio loco dicemus. Dicitur autem vxor subiecta adfectioni mariti, non etiam maritus adfectioni vxoris. Adfectio enim magis propriè videtur dici de marito erga vxorem, animus verò de vxore erga maritum *l.5.§.1. D.de bon.damnat.* tametsi vxoris quoque adfectionem dixerit Imp. in *d. l.1.C. de repud.* Sanè post diuortium dicitur maritus inimicus vxoris *l. cùm in fundo 78.§.2.in fin.D.de iur.dot.l.Cicero* 39.*D.de pœn.*

ILLATIO XXIII.

De maritis qui vocant vxores dominas & contrà.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit vt & vxores soleant maritos suos vocare dominos, & illi vicissim vxores dominas *l.ea quæ* 57.D.*de donat. int.vir.& vxor l.vxorem* 41.*in princip* De *legat.3.l.Titia* 19. *§. qui Marco* De *ann legat.l.vlt.§.1 De aur.& argent.legat.* Etsi enim, & corpore & substantia & omni mulieris vita maritus fungitur, magis quàm mulier corpore, substantia, & omni vita mariti si Iustiniano credimus in *l. assiduis* 12. *C. qui potior. in pignor.hab.* verum tamen est quod ait D. Paulus non magis maritum sui iuris esse quàm mulierem, Vt proinde non immeritò hæc illum dominum, ille vicissim hanc dominam debeat appellare. Hinc nuptiale iugum in *L. hac condicio* 10. *De cond.& demo.*

Digitized by Google

ILLATIO XXIV.

De *prohibitis inter coniuges donationibus, & de eiusmodi prohibitionis ratione.*

VIcesimoquartò ex eodem Principio fieri voluit Plutarchus in quæstionibus De romanis rebus, vt donationes moribus prohibitæ sint inter virum & vxorem. Quasi ea communio & societas vitæ quæ per iustas nuptias inducitur non patiatur aliquid alterum alteri donare ne hoc ipso videretur donator cæterorum omnium communionem donatario denegare. Sed non tam placet hæc ratio quàm quæ à Iureconsultis afferuntur in *l.1.2. & 3. D. ill. tit. De donat. int. vir. & vxor.* Nam proculdubio hæc societas vitæ inter coniuges non inducit communionem bonorum. Vnde est quod nec vxor pro mariti debito conueniri potest nec maritus pro debito vxoris *l.1. & tot. tit.* C. *ne vxor pro marit.* Item quòd nec vxor viro, nec vir vxori succedit nisi post cognatos omnes *l. vnic. C. vnde vir. & vxor.* Vide Halicarn. *lib.* 2. & Iac. Cuiac. *lib.* 3. *obser. cap.* 12.

L. 1. 2. & 3. D. de donat. int. vir. & vxor.

Tit. C. ne vxor pro marit.

L. vnic. C. vnde vir & vxor.

ILLATIO XXV.

De *adulterio.*

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit vt quotiescunque ab vxore vel à marito alia caro aut potiùs aliena miscetur adulterium committi dicatur: quòd ea commixtio fieri nequeat nisi disiunctis quoquomodo duabus illis personis ex quarum coniunctione matrimonium æstimabatur vt ait Tertyllianus in *lib.* De *monogamia.* Quod si ita est non minùs adulterium committere dicendus erit maritus quàm vxor. Sed quamuis iure diuino ita esse non ambigatur, iure tamen ciuili aliud est. Nam cùm adulterium ex eo dictum sit quod ad alterius torum accedatur, vt Festus *lib.* 1. *tradit*, torus autem solius mariti sit non etiam mulieris, sicut & solius mariti, non item mulieris domus matrimonij domicilium est *d. l. mulierem* 5. D. *de rit. nupt. d. l. cùm in te* 6. *C. de donat. ant. nupt.* Consequens fit vt adulterium committere dici non possit maritus respectu suæ vxoris, hoc est dummodo rem habeat, cum soluta. Nam si se cum nupta misceat adulterium vtique committit respectu eius nimirum mariti ad cuius torum accedit. Indéque est quod nec maritum de adulterio accusare vxor potest *l.* 1. C. *ad leg. Iul. de adult.* Nec magis nouo iure quàm vetere si ponas maritum se cum virgine aliqua vel vidua coniunxisse. Nam si cum nupta putant quidam posse mulierem admitti ad accusationem ex *Nouell.* 134. Sed non video quonam eius Nouellæ loco & capite id probari possit. Huc pertinet vox illa D. Hieronymi de adulterio tractantis, *Aliud Christus*, inquit, *aliud Papinianus.* Illud sanè constat, iudicem adulterij ante oculos habere debere ac inquirere an maritus pudicè viuens mulieri quoque bonos mores colendi autor fuerit, Periniquum enim videtur esse vt pudicitiam vir ab vxore exigat, quam ipse non exhibeat, vt eleganter ratiocinatur Vlpianus in *l. si vxor* 13. *§. iudex D. ad leg. Iul. de adult.* vbi tamen subiungit, hanc rem facere tantum posse vt maritum quoque damnari oporteat, non etiam delictum inter vtrósque coniuges communicare ad inducendam postea mutui criminis compensationem. Scilicet quantum ad pœnam publicam. Alioqui si citra adulterij accusationem quæ ex publico iudicio fit, vir & vxor mores inuicem accusent secutúmque

Tertyll. in libr. De monogam.

L. mulierem 5. D. de rit. nupt. l. cùm in te 6. C. de donat. ant. nupt.

L. 1. C. ad leg. Iul. de adult.

Nouell. 134.

Aliud Christus, aliud Papinianus

L. si vxor 13. §. iudex D. ad leg. Iul. de adult.

cutúmque ſit diuortium,placet cauſam repudij vtrumque dediſſe videri, & id ita accipiendum eſſe vt ea lege quam vterque contempſerit neuter vindicetur,pariáque delicta mutua compenſatione diſſoluantur,vt *Papin. tractat. in l. vire 39. D. ſolut. matrim.* Planè inter adulterium & ſtuprum differentia hæc tradi ſolet,quod ſtuprum in virginem vel viduam committitur,Adulterium verò non niſi in nuptam,vnde adulter ille dicitur qui alienam matremfamilias corrumpit *l. fugitiuus 225. De verb. ſignific.* Sed tamen his verbis adulterij & ſtupri promiſcuè vſam fuiſſe legem Iuliam de adulterijs teſtatur Modeſtinus in *l. inter ſtuprum 101. eod. tit.* poſt Papinianum in *l. inter liberas 6. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult.* quamuis idem Modeſtinus hæc ipſa verba eo quem diximus ſenſu diſtinguat in *l. ſtuprum 34. eod.* Cùm verò adulterium nihil aliud ſit quàm violatio matrimonij,conſentaneum eſt vt non niſi inter liberas perſonas de adulterio tractari poſſit,ſicut nec niſi inter liberas perſonas matrimonium eſt *d. l. inter liberas in princip.* Quòd ſi adulterij nomen compoſitum velis non ex eo quod ad alterius torum accedatur vt ex Feſto diximus, ſed ex eo quod partus ex altero conceptus ſit,vt vult Papin. in *d. l. inter liberas §. 1.* illud vtique omnino fatendum eſt quod inde Papinianus ibidem infert,Non niſi in nuptam adulterium committi,Quamquã & ex alia Etymologia idem cõſequetur quã Feſtus probat,cùm videri non poſſit ad alienum torum accedere is qui ad virginem vel viduam accedit.Nos verò Feſti magis quàm Papiniani ſententiam probamus.Conſtat enim adulterium fieri ſtatim atque ad alterius torum acceditur,licèt nullus ex ea coniunctione illicita partus concipiatur.

l. 1. virg. 39. D. ſolut. matr.

L. fugitiuus 225. De verb. ſignific.

L. inter ſtuprum 101. eod. tit.

L. inter liberas 6. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult.

l. ſtuprum 34. eod.

Vnde ductum ſit nomen adulterij ex Feſto & Papiniano.

PRINCIPIVM IIII.

De exigendo conſenſu illorum in quorum poteſtate ſunt ij qui nuptias contrahunt.

NVptiæ conſiſtere non poſſunt niſi conſentiant omnes tam qui coeunt quàm ij in quorum ſunt poteſtate l. 2. D. de rit. nupt. Nam cùm ex coniunctione illa quam per matrimonium induci proximè diximus fiat vna domus, vna familia,vna perſona,& in alterius poteſtate nemo ſit niſi qui ſit in eiuſdem familia vnde & filiusfamilias appellatur *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.* nemo vtique dixerit filiofamilias permittendum eſſe vt ignorante vel inuito patrefamilias nouam perſonam in familiam patris inducat, Ideo namque paterfamilias appellatur, quòd in domo & familia ſolus dominium habeat *l. pronunciatio 195. §. familia 2. De verb. ſignific.* & conſequenter quod quæcumque in familia geruntur,aut ad familiam quoquomodo pertinentia ipſius tantùm voluntate ac imperio expediri ſit neceſſe.Hinc eſt quod Donatus in Terentij Phormionem notat,Patremfamilias eum eſſe qui debeat propriè dici vxorem ducere. Filium enim familias non tam vxorem ducere, quàm à patre ſuo accipere, quippe cùm patri committeretur puella in huiuſmodi conditionibus potiùs quàm filio marito. Quod ſi de filiæfamilias nuptijs agatur ea quidem ratio locum non habebit, quia in familiam meam non tranſit is qui filiam uxorem ducit, Sed tamen ius patriæ poteſtatis non patitur vt filiæ magis

L. 2. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. in ſuis 11. De liber. & poſthum.

Google

quàm filio licere debeat nuptias contrahere sine patris consensu, Vel ob hoc ipsum ne alioqui ius sit patri filiæ à marito abducendæ, turbi indique matrimonij cui nunquam ipse consensisset, Cur enim cuiquam permittatur filiam meam inuito me aut ignorante à domo mea abducere in suam? Raptus hic esset non matrimonium nec ratio vlla esset propter quam mihi saltem permitti non deberet hoc casu patriam potestatem pro arbitrio,& quantumuis acerbè in filiam exercere, quod tamen facere non possem si filiæ meæ nuptiis semel consensissem *l. 1. §. vlt. D. de liber. exhib.* Hoc tamen totum ad ius ciuile referendum est. Nam iure pontificio aliud obtinet, nimirum vt non eo minùs consistant nuptiæ cum filiofamilias contractæ quòd patris consensus non intercuenerit quasi qui ex ritu & honestate magis quàm ex necessitate exigatur *27. quæst. 5. can. sufficiat. cap. 6. Extr. De raptor. cap. 23. Extr. de sponsal.* Et quamuis plerique contrariam sententiam magis probauerint, tanquam rationi naturali conuenientiorem, nullus tamen hodie locus quæstioni superest postsacrosanctam Synodum Tridentinam, quæ huiusmodi matrimonia per filiosfamilias sine parentum consensu inita, non solùm rata, sed etiam legitima iusta sanctáque esse constituit, dum ne aliud quicquam desit ex iis omnibus quæ ad implendam matrimonii sollennitatem ex eiusdem Synodi auctoritate requiruntur. Ac sanè errant egregiè, qui ex iure naturali factum putant vt patris consensus in filiifam. nuptiis iure ciuili exigatur. Mera enim ciuilis ratio fuit quæ id induxit pendens ex iure patriæ potestatis quæ tota est propria ciuium romanorum, vt diximus ad *tit. De patr. potest.* Indéque nimirum fit, vt quamuis non minor matri quàm patri obseruantia & pietas à filio debeatur *l. furiosæ* 4. D. *de curat. furios.* matris tamen consensus in filijfamilias nuptiis necessarius non sit, sicut nec in filiafamilias nuptui collocanda *l. in coniunctione* 20. *C. de nupt.* Nempe quia fœminæ non habent liberos in potestate *l. illud* 4. *§. ad testamenta D. de bonor. poss. contr. tabul. §. ceteri infr. De hered. qualit. & differ.* Quæ ratio etiam facit vt nec prohibeatur emancipatus vxorem ducere sine consensu patris *l. filius* 25. *De rit. nupt. l. 3. §. si emancipatus De bonor. poss. contr. tabul.* quia per emancipationem patria potestas dissoluitur, & exit filius de familia patris vt propriam suam constituat *d. §. familiæ erciscundæ* demque exeniet. Neque putandum est ideo permitti emancipato vt sine patris voluntate vxorem sibi quærat, quòd pater iam tùm ab eo tempore quo ipsum emancipauit futuris eius nuptiis consensum saltem tacitum accommodasse videatur. Nisi fortè accommodasse videndus est hoc ipso quòd fecit, ne illum amplius exigere filius cogeretur. Alioqui dicendum esset etiamsi vxorem ignominiosam filius emancipatus duxisset, quæ tam patri quàm filio esset, dedecori non ideo tamen futurum in patris potestate vt filium ex ea causa exheredaret, quod tamen eum facere posse scribit Vlpian. in *d. §. si emancipatus.* Non alia de causa quàm quòd filius eas nuptias à se ex patris voluntate siue expressa, siue tacita factas esse dicere nullomodo posset, Quod significant illa Vlpiani verba generalia & præcisa *vxore non ex voluntate patris ducta.* Nec obstat quod huius tituli initio Iustinianus scribit & ciuilem & naturalem rationem suadere vt patris iussus præcedere debeat. Sensus enim est ciuilem rationem quæ id induxit, patriæ scilicet potestatis, non abhorrere à ratione naturali. Ideóque nimirum de ciuili ratione loquitur Iustinianus priusquàm

Differentia iuris ciuilis & Pontificij.

L. in coniunctione 20. C. de nupt.

l. filius 25. D. eod.

l. 3. §. si emancipatus De bonor. poss. contr. tabul.

priusquàm de naturali cùm tamen naturæ ordo alioqui postularet vt naturalis ratio præponeretur,sed & longè aliud est fieri quid ex ratione naturali, aliud verò fieri ex iure naturali, Estque hoc accommodatissimum exemplum eius quod diximus ad *nt.* D*e iur natur.gent. & ciuil.* non omnem rationem naturalem posse sufficere ad constituendum ius naturale. Fateor ex ratione naturali esse,vt in liberorum nuptiis consensum patris interuenire oporteat.Sed nego esse id ex iure naturali.

ILLATIO I.

De filiofamilias,qui duxit vxorem cogente patre.

EX hoc Principio illud primùm fit vt quamuis filiusfamilias iubente patre vxorem ducere cogi non possit *l.non cogitur* 21. *D.de rit.nupt.* quia nuptiæ cùm æstimentur ex consensu contrahi ab eo qui consentire non vult minimè possunt, nec magis permittendum est patri vt inuito filio vxorem adiiciat, quàm filio vt in patris inuiti familiam inducat vxorem, Si tamen cogente patre filius ducat vxorem quam non duceret si sui iuris esset, non eo minùs matrimonium contraxisse intelligatur, quod inter inuitos non contrahitur, quia maluisse hoc videtur, Inquit eleganter Celsus in *l. si patre cogente* 22. *eod. tit.* An quia, vt vulgo creditur, coacta quoque voluntas sit voluntas? Minimè. Id enim si ita esset, sequeretur perinde valiturum matrimonium quod cogente patre contraxisset filius qui nullam vxorem ducere voluisset,quod tamen pugnat apertè cum *dict. l. non cogitur.* Sed quia cùm filiusfamilias vxorem quidem ducere vult, sed eam quæ non placeat patri, aliam duci volenti & impetranti multò iustius est patris quàm filij voluntatem spectari, Ne alioquin patri fiat iniuria si in familiam suam cogatur inuitus eam admittere fœminam quam habere nolit. At filius non de alio quàm de seipso potest conqueri cur omnimodo velit ducere vxorem,cùm neque hanc quam ipsi inuito dare pater vult, esset habiturus si nullam habere mallet. Accedit ergo ipsius quoque voluntas in hac etiam ducenda,quia mauult hanc ducere,quàm, quod facere posset, nullam. Idque est quod lex ait *maluisse hoc videtur.* Quæ verba pessimè vulgo explicant qui sic intelligunt, vt videatur hic filius maluisse talem vxorem ducere cogente patre quàm iubenti patri non parêre. Potiùs enim faceret ea ratio vt filij miserendum esset eique succurrendum, quàm imputandum cur patri paruisset. Vnum ergo illud ei posse imputari vult Iureconsultus,cur maluerit hanc ducere, cùm posset & patri & sibi satisfacere, saltem patris coactionem & imperium negligere si nullam ducere maluisset. Et hanc nouam interpretationem nostram iuuat mirificè harum legum coniunctio,quæ & vtriusque interpretationem coniungendam esse demonstrat. Iunge *l.nec filium* 12.*C.de nupt.*

L. si patre cogente 22. *D. hoc tit.*

ILLATIO II.

De consensu filij exigendo in nuptijs nepotis. Et quid in nuptijs neptis.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l.oratione* 16. §. 1. D. *de rit. nupt.* Nepote vxorem ducente filium quoque consentire debere,

L.oratione 16. §. 1. D. *hoc tit. de rit. nupt.*

Digitized by Google

Neptis verò si nubat voluntatem & autoritatem aui sufficere. Nam quod ad priorem propositionem pertinet, quamuis nepos ex filio adhuc viuo non magis sit in patris sui potestate quàm si defunctus pater esset, quia filius in patris sui potestate constitutus alium habere in sua non potest *l. sic eueniet* 21. *D. ad leg. Iul. de adult.* tamen recidere aliquando potest in potestatem patris, moriente scilicet auo *§. 1. infr. quib. mod. ius patr. potest. solui.* neque habetur hæc interpretatio pro ominosa cùm ex ipsius aui voto illud sit vt credi debeat ante filium suum moriturus *l. cùm tale* 72. *De condict. & demonstr.* Mirum igitur non est filij quoque voluntatem & consensum exigi in nuptiis nepotis, Ne si quandoque mortuo auo recidet nepos in filij potestatem habiturus sit inuitus nurum in familia sua, & cuius tunc paterfamilias reperietur. Posterioris verò propositionis ratio illa est non quod neptis moriente auo minùs recasura sit in patris sui potestatem quàm nepos, sed quia nubendo illa non adscisci mariti personam in aui familiam futuram aliquando familiam patris, immò è contrario transit in familiam mariti si nubat per conuentionem in manum sin minùs remanet quidem in familia & potestate patris, sed tamen tanto minus oneri est futura patri cùm ex die matrimonij incipiat esse ad onus mariti *l. si is qui* 56. *§. ibi dos l. quamuis* 75. *in fin. D. de iur. dot. l. actione* 65. *§. vlt.* D. *pro socio l. penult. D. de agnosc. liber.* Itaque non tam de hoc mirandum est quod dicimus nubente nepte non esse necessarium consensum patris, quàm de illo Cur ipsius aui voluntas exquirenda sit, cùm eius condicio per nuptias neptis filiæve deterior non fiat. Sed facile est videre, immo verò interesse aui ne inuito se aut ignorante neptis nubat quam in familia & potestate sua habet, propter easdem rationes quas in persona filiæ attulimus in Principij explicatione. Porrò cùm tota ratio exigendi consensus aui pendeat ex iure potestatis, pater autem non habeat filiam in potestate viuo auo in cuius ipse sit potestate vt diximus, apparet nullam esse rationem propter quam nubente nepte, necesse sit consensum patris accedere ad consensum aui: meritóque aliam hac parte constitui causam neptis, aliam nepotis. Nec valde dissimile est quod Iustin. scribit in *§. sed si quis infr. De adopt.* Si quis nepotis loco adoptet vel quasi ex filio, quem habet iam adoptatum vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate retinet, eo casu & filium consentire debere ne illi inuito suus heres adgnascatur, Sed ex contrario si auus ex filio nepotem det in adoptionem non esse necesse filium consentire. Apparet autem ex ijs quæ de nepote diximus intelligere nos de nepte ex filio non ex filia, & quidem ex filio in potestate retento, quia nepotis ex filia nati longè alia condicio est, cùm ille in patris sui non in aui materni potestate sit *dict. l. penultim. D. de liber. agnosc.* Quò etiam pertinet quod Paulus scribit in *l. De rit. nuptiar.* vt diximus *illat.* 4.

Cur adhibenda sit autoritas, & consensus aui paterni in nuptijs neptis non etiam patris.

§. sed si quis De adopt.

L. pen. D. de liber. agnosc. l. 3. D. hoc tit.

ILLATIO III.

De nepote vxorem ducente in vita furentis aui, vel patris.

L. si nepos 9. D. eod. TErtiò ex eodem Principio fit quod Vlpianus ait in *l. si nepos* 9. *eod. tit. De rit. nupt.* Si nepos vxorem velit ducere auo furente omnimodo patris voluntatem esse necessariam, quæ scilicet etiamsi auus saperet necessaria esset

propter

propter eã rationem,quam attulimus proxima illatione.Sed ſi pater furit,auus ſapiat, ſufficere aui voluntatem,non quòd eo caſu non eſſet neceſſaria etiam voluntas patris ſi ſaperet *dicta lege oratione* 16.§.1.*eod.*ſed quia cùm non poſſit conſentire filius ille idémque pater, ob furorem qui efficit, vt nec ſentire quidem videatur *l.ſi tibi* 8.§.*pen.De opt.lega.*fruſtra conſenſus ipſius requireretur niſi fortaſſe ad nuptias impediendas,quas tamen impediri non poſſe intereſt nõ ſolùm nepotis,ſed etiam reipublicæ.Neque verò ſolet lex vnquam requirere conſenſum illius qui vel per ętatẽ, vel per valetudinẽ ,vel per abſentiã aliáve,qua de cauſa impediatur ne cõſentire vel diſſentire poſſit *l.vl.§.vbi autẽ C.de bon.quæ liber.l.in bello* 12.§.*medio tẽpore D.de captiu.& poſtlim.*Quare &in propoſita ſpecie ſi poneres & patrem furere & auũ,proculdubio neutrius voluntas ad contrahendas nepotis nuptias exigeretur,præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l.ſi furioſi* 25.*C.de nupt.* quæ omnem iuris veteris hac de re dubitationem ſuſtulit,& differentiam quæ inter dementis & furioſi liberos, itémque inter filium & filiam eſſe videbatur.Nã & qui per dementiã cõtradicere non poteſt,conſentire potiùs credendus eſt *l.2.§.vlt.*D.*ſolut.matr.* id eſt cõſenſurus potiùs quàm diſſenſurus eſſe ſi aut hoc,aut illud facere poſſet.Ergo inter patrem & auum differentia hac parte nulla eſt, cùm non minùs ſit neceſſaria vnius quàm alterius voluntas ſi vterque ſapiat,& rurſum alterutro furẽte alterius,qui ſapit,cõſenſus ſufficiat,(id enim vtriq; caſui cõmune eſt,vt ſiue pater ſolus,ſiue auus ſolus furiat,alterutrius quinõ furiat ſatis ſit interuenire volũtatẽ)Ac proinde quod Vlpianus ita ſcribit,*Sed ſi pater &c.*licèt aliquã iuris diuerſitatem continere ac præſeferre videatur,reuera tamen facti duntaxat, nõ etiam iuris diſſimilitudinem continet,acſi apertiùs ſcriptum eſſet *ſi nepos vxorem velit ducere auo furente patris voluntas ſufficiet.Item ſi pater furit,auus ſapiat ſufficit aui voluntas.* Quis enim dubitare poſſit quin neceſſaria ſit autoritas patris eo caſu quo auus furiat,pater ſapiat,cùm etiãſi auus ſaperet, perinde tamen autoritatem patris interuenire oporteret?Niſi fortè autoritatem diſtinguere voluimus à voluntate,Quaſi vtroque parente,hoc eſt,tam auo quàm patre conſentiente interueniat voluntas quidem vtriuſque,ſed quæ tamen in ſolius aui perſona ſit dicenda autoritas,quandoquidem ſolus auus eſt, qui nepotẽ habet in poteſtate.Quo reſpectu poſſunt emphaſim habere verba illa *omnimodo patris autoritas erit neceſſaria* , vt eo caſu quo auus furiat qui propterea præſtare autoritatem non poſſit,neceſſaria ſit autoritas patris cuius alioqui nuda voluntas ſufficeret.Ipſo autem patre furente ſi auus ſapiat , ſufficiat aui voluntas quippe quæ ſemper & omni caſu quo interponitur pro autoritate eſt. Poteſt tamen inter patrem & auum alia eſſe differentia , Nempe ſi de nepte ex filio agatur non de nepote. Nam cùm verum ſit , quod ſuperiore illatione diximus ſi neptis nubat voluntatem aui ſufficere ex *d. l.oratione* §.1. conſequens eſt vt quamuis auus furiat in cuius ſolius illa eſt poteſtate , non idcirco adhibenda neceſſariò ſit autoritas patris , quia furor aui ſicut non priuat auum patria auitáque poteſtate , ita nec patri quicquam iuris acquirit, propter quod magis neceſſaria videri debeat, ſiue voluntas , ſiue autoritas patris,quàm ſi auus ſuæ mentis eſſet.

L.vlt.§. vbi autem C.de bon.quæ lib. l.in bello 12. *§.medio tempore D. de capt.& poſtlim.*

l. ſi furioſi 25.*C. hoc ti.*

Diſtinguenda eſt autoritas à voluntate & conſenſu.

Quid ſi de nepte ex filio agatur non de nepote.

ILLATIO IV.

De nuptiis inter nepotem ex vno filio & neptem ex altero.

QVartò ex eodem Principio fit vt ſi nepotem ex filio & neptem ex altero filio in poteſtate habeam, nuptiæ inter eos me ſolo autore contrahi poſſint, vt ex Pomponij ſententia Paulus ſcribit in *l.3.eod.titu. De rit.nupt.* Nam cùm nepte nubente non ſit neceſſaria voluntas & autoritas patris, conſequens eſt vt aui ſufficiat propter eas rationes quas attulimus, & explicauimus *illat.2.ſupr.* Sed hoc tamen ita eſt accipiendum, Si præmortuus ſit filius ex quo habeo nepotem qui meam ex altero filio neptem ducturus ſit, Alioqui ſi filius meus, idemque pater nepotis viuat, certum eſt conſentire illum debere *dicta lege oratione 16.§.1.eod.titu. De rit.nupt.* Niſi ponas filium quidem viuere ſed emancipatum fuiſſe, ſolo nepote in familia retento, tunc enim voluntas patris neceſſaria non eſt, in cuius ſcilicet poteſtatem non ſit ille recaſurus auo moriente. Videtur autem Paulus hunc vtrumque caſum ſignificaſſe cùm de nepte loquens ita ſcripſit *& neptem ex altero filio in poteſtate.* Expreſſit enim alterum filium ex quo neptis erat fuiſſe in poteſtate, vt intelligeremus è diuerſo ponendum eſſe alium filium ex quo erat nepos in poteſtate non fuiſſe, à qua porrò eximi non potuerat niſi vel per mortem ſuam, vel per emancipationem, cùm auus ſuperſtes proponeretur. Itaque verba illa *in poteſtate* ſic ſunt conſtruenda, vt determinent præcedentem dictionem *filio*, non ſequentem *habeam*, debéntque virgula conſtringi, vt ambiguitas omnis tollatur.

L.3. D. hoc tit.

L. orationi 16.§.1.eod.

ILLATIO V.

De nuptiis contrahendis per filium eius qui captus ſit ab hoſtibus.

QVintò ex eodem Principio fit vt is cuius pater ab hoſtibus captus eſt nõ priùs vxorẽ ducere poſſit quàm per triẽniũ expectauerit an pater ab hoſtib⁹ cuertatur, vt ex Vl. ſcriptũ eſt in *d.l.ſi nepos 9.§.1.eo.ti. De ri.nupt.* Idémq; obſeruari placuit ſi pater ita abſit vt ignoretur vbi ſit & an ſit, vt in *l.ſeq.* ſubiicitur ex Paulo, hoc addito quod ſi triennium effluxerit poſtquàm apertiſſimè fuerit pater ignotus vbi degit & an ſuperſtes ſit, non prohibentur liberi eius vtriuſque ſexus matrimonium, vel nuptias legitimas contrahere. Viſum enim eſt poſſe in eam rem ſufficere triennium, quod & expectando ſponſo qui abſit preſtitutum eſt in *l.2.C.de repud.* cùm ſi præſens ſponſus eſſet, nuptiáſque cõtrahere ſuperſederet, non vltra biennium ſponſa ſponſum expectare cogeretur *l.2.C. de ſponſal.* Mihi tamen hac in re dubitationem aliquam facit quod video captiuum æquiparari mortuo tùm etiã cùm agitur de matrimonio libertæ cum patrono, nec eos qui putarunt patrono ab hoſtibus capto poſſe libertam alij nubere, hanc tamen diſtinctionẽ adhibuiſſe an per biennium aut triẽnium mariti reditum expectaſſet, necne: quę tamen diſtinctio eo maximè caſu ſi quo vnquam alio admitti debebat propter reuerentiam patroni *l.in eo iure 45.§.vlt.D. de rit.nupt.* Me illud etiã mouet quod video Tryphoninum in *l.in bello*

d.l. ſi nepos §.1.

L.2.C.de repud.

L.2. C. de ſponſal.

L. in eo iure 45.§.vlt.D. hoc tit.

bello 12. *§. medio tempore De capt. & postlim.* non dubitate quin filius quẽ in potestate habuit pater captiuu , vxorem medio tempore possit ducere, nulla prior ſus facta triennij mentione. Sed & ratione illa reddita quæ ſuadeat expectari triennium , aut aliud tempus non esse neceſſe, iis nimirum verbis *quamuis consentire nuptiis eius pater non possit* , *Nam vtique* , inquit , *nec dissentire.* Sensus est nihil esse quod impedire debeat ne captiui filius vxorem interim ducere possit, nisi quòd ante omnia exigere debeat consensum patris , qui tamen quandiu apud hostes est, cùm nullus sit & pro mortuo habendus nullomodo consentire potest, Sed nõ debere id filio nocere, quia nec dissentire pater possit. Quasi dicat eo demũ casu consensum patris in filij nuptiis exigẽdũ esse, quo posset pater si vellet dissentire. Fruſtra enim sit requirere an consentiat ille qui nec dissentire posset, nec dissentire velle. Qua de causa illud quoque receptum & constitutum esse videmus vt siue dementis, siue furiosi parentis liberi cuiuscunque sexus nuptias contrahere possint sine patris consensu & consequenter dotem constituere, vel ante nuptias donare dummodò adhibito iudice, & curatore cum aliquo ex nobilioribus de genere, vt loquitur Iustin. in *l. si furiosi* 25. *C. de nupt.* Vnde sumpta est *l. tam dementis* 28. *C. de episc. audient.* Cui non omnino dissimile est quod ait *l. vlt. D. de bon. pos.* quoties is cui bonorum possessio ab alio postulata est furere postea cœperit magis esse, vt hoc ipso ratũ habuisse videatur. Sed illud multò magis quod Diuus Pius rescripsit si heres institutus filius fam. qui patrem furiosum habet, hereditatem adierit perinde habendum esse, acsi paterfamilias factus adiisset, adeóque seruos hereditarios manumittere illum posse, quamuis non ex iuris ratione, sed ex beneuolẽtia sua Imp. ita rescripserit vt Marcian. refert in *l. cùm heres* 52. *D. de acq. hered.* Ac quoniam obiici poterat ita futurum , vt susceptus nepos sit in reuersi captiui potestate , suúsque heres ei quodammodo inuito , cùm nuptiis non consenserit , Respondet Tryphoninus hoc mirum , id est absurdum videri non debere , *quia* , inquit , *illius temporis condicio necessitásque faciebat* , *& publica nuptiarum vtilitas exigebat.* Quæ ratio præsertim ex qua parte nititur publica nuptiarum vtilitate , an non ostendit satis nihil causæ esse cur ea contrahendi matrimonij libertas coarctari debeat , cogíque filius aut filia , vt reditum patris per triennium expectet ? Ita sanè est , Et verò quid aliud pater hic à liberis suis possit exigere , nisi vti ne patria potestas patrisque autoritas ab iis neglecta videatur ? Atqui non negligit eam filius qui ignorans vbi sit pater etiamsi eum consulere maxime velit , tamen non potest. Loquor autem de patre simpliciter absente , quia si ab hostibus captus sit , nihil est quod de patria potestate tractari queat , quippe quæ per captiuitatem amissa sit sicut & cætera omnia ciuitatis pristinæque libertatis iura , quamuis propter fictionem postliminij non tam abrupta penitus & extincta quàm in pendenti esse videantur *§. si ab hostibus infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. penult. D. de suis & legit.* Sed etli ius patrię potestatis cum iure publicæ vtilitatis pugnaret, quomodo pugnat proculdubio quoties eo prætextu nuptiæ impediuntur , quis nescit potiorem vtilitatis publicæ quàm patriæ potestatis causam esse debere? *l. postliminium* 19. *§. transfuga D. de captiu. & postlim. l.* 1. *§. & generaliter* 15. *D. de ventr. in poss. mitt. l. honor* 14. *§. plebey D. de mun. & honor.* Ergo cùm nullo alio quàm patriæ potestatis iure fiat, vt patris consensus in liberorum nuptiis exigatur , omnino consequens est,

L. in bello 12. *§. medio tempore D. de capt. & postlim.*

L. si furiosi 25. *C. hoc ti. l. vlt. D. de bon. poss.*

l. cùm heres 52. *De acq. hered.*

§. si ab hostibus Quib. mo. ius patr. potest. soluit. l pen. D. *de suis & legi.*

vt patris apud hoſtes captiui voluntas,neque exquirenda ſit,neque expectãda. Potéſtque ſufficere autoritas prætoris,vel præſidis ad decernendum quantum ex bonis patris ab hoſtibus capti,aut à latronibus oppreſſi filiæ in dotem dari debeat *l.5.§.ſed etſi proponas D.de iur.dot.*vbi hanc quoque dotem profectitiã eſſe Vlpianus ait quaſi vicem patris gerat prætor,vel præſes qui pro abſente patre dotem conſtituit.Quod ſi ita eſt,fatendum erit exceptionem illam *ſi nõ intra biennium reuertatur* apud Vlp.in *d. l.ſi nepos §.*1.non tã Vlpiani eſſe quàm Triboniani qui æquum putauerit hoc induci temperamentũ, vt patre ſiue abſente,ſiue ab hoſtibus capto nuptiæ neque omnino maturarentur,neq;in perpetuũ prohiberẽtur.Alioqui quanã obſecro autoritate prudẽtes potuiſſent in eã rẽ trienniũ potiùs quàm vel annũ,vel biẽniũ,vel quinquẽniũ pręfigere? Vtique fatendũ eſt hoc ex eorũ genere eſſe quę *iuris conſtituti* appellãtur,& quorum alia ratio reddi nõ poſſit quàm quæ ſola cõſtituẽtis voluntate petatur.Nã &quod diximus de ſponſo per biennium expectãdo ſi ſit in prouincia,aut per trienniũ ſi abſit,non ex iuris ratione eſt,ſed ex Impp.conſtitutionibus in *d. l. 2.C.de ſponſ.& d.l.2.C.de repud.*ex quibus haud dubiè argumentũ & occaſionẽ ſumptit Tribonianus triennij in hac quoque ſpecie inducendi. Nã iure vetere nullum in eã rem certum tempus erat præſtitutũ, ſed ex cauſa in tempus nunc longius nunc breuius erat ſponſus expectandus,vt apparet ex *l.penult.D. de ſponſal.*Me illud etiam mouet quod contextus legis *ſi ita* 10. quæ ſequitur in *eod.tit.De rit.nupt.* & Paulo tribuitur totus ſapit Tribonianum.Adeo rudis eſt & inelegans,ſiue illa quæſtionis verba conſlideres *quid faciendum eſt meritò dubitatur*,Siue quod ſubiungitur in reſponſione *poſtquam apertiſſimè fuerit pater ignotus vbi degit & an ſuperſtes ſit* pro eo quod Tribonianus dicere voluit *poſtquam cœperit eſſe certum abeſſe patrem, dubiúmque an ſit ſuperſtes.*Sed illud multò minùs ferri poteſt, quod in eadem lege ſubiicitur *matrimonium vel nuptias contrahere*, quaſi ſint iſta diuerſa, quæ tamen conſtat prorſus eadem eſſe,nec minùs maritum, quàm mulierem dici contrahere nuptias, quamuis mulier ſola non etiam vir nubat, Sicut è diuerſo non minùs contrahit matrimonium mulier quàm maritus,licèt mariti non mulieris domus,matrimonij domicilium ſit: Sunt enim matrimonij & nuptiarum nomina vtrique ſexui communia, quia nec niſi ex vtroque ſexu fieri ea coniunctio poteſt. Idque miror non fuiſſe obſeruatum à clariſſimo viro Barnaba Briſſonio,*lib.* 12. *De verb.ſignific.*in verb.*nuptiæ*,Vbi tamen bene vidit ſic ſolitum loqui Tribonianũ,vt in *§.ſi aduerſus ea hoc tit.& in tit.De patr.poteſt.& in §.quibus communeraſi inſt. De hered.qua ab inteſt. defer.* Quę me res etiã mouet vt facilè mihi perſuadeam nec ſibi temperaſſe Tribonianum quin Iuliani ſententiam corrumperet in *d.ſi filius* 11.quę ſequitur *in eod.tit.* Nam & eadem locutio ibi repetita eſt eo loco *puto rectè matrimonium,vel nuptias contrahi*, & eiuſdem triennij mentio fit, cuius expectandi neceſſitatem veteri iuriſprudentiæ incognitam, & à Triboniano primùm inductam fuiſſe contendimus. Sic enim tanquam ex Iuliano lex habet, Si filius eius qui apud hoſtes eſt vel abſit ante triennium captiuitatis, vel abſentiæ partis, vxorem duxerit, vel ſi filia nupſerit rectè matrimonium, vel nuptias, *dummodò*, inquit, *eam filius ducat vxorem, vel filia tali nubat, cuius conditionem certum ſit patrem non repudiaturum.* Quæ tamen exceptio cuiuſdam temperamenti loco apposita planè non video qua ratione, aut quo caſu locum habere poſſit.

D. §. §. ſed etſi proponas D. de iur. dot.

L. pen. D. de ſponſal.

L. ſi ita 10. D. hoc tit.

L. ſi filius 11. eod. hoc tit.

Nam

Nam eo casu quò patria potestas impedit ne filius sine consensu patris nuptias contrahere queat, certum est non eo minùs nulla s& iniustas esse nuptias sine consensu patris contractas, quòd eius condicionis sit vxor, vt eam non fuerit pater repudiaturus. Contrà verò eo casu quo non sit necessaria patris voluntas quid attinet quærere de condicione personæ quam filius in vxorem duxit, aut cui filia nupsit? Quid ergo est? Cùm Iulianus scripsisset vt credibile est filiosfamilias non prohiberi nuptias contrahere, sine autoritate patris si vel absens ille sit, vel captiuus, adiecit primùm Tribonianus de suo clausulam illam *ante triennium captiuitatis, vel absentiæ patris*, vt faceret locum supradicto temperamento, cui videbat non posse locum esse, illo saltem casu quo filius aut filiafamilias absente ac inscio patre, post triennium tamen, nuptias contraxisset, Deinde subiecit exceptionem vt Iuliani sententiam quam omnino delere nō poterat hac adhibito temperamēto commutaret. Quo tamen admisso, consequens sit, vt parum referat an triennium expectetur necne cùm vtroque casu perinde contrahatur, rectè matrimonium. Hac sola differentia quod post trienniū etiam ignominiosam vxorē ducere filius potest, filia verò nubere marito turpi & ignominioso quod ante triennium non liceret. At quotusquisque est qui cum persona turpi ac ignominiosa nuptias contrahere velit? Ergo à communiter accidentibus etiam hodie verum est & regulariter defendi potest liberos patris captiui aut aliter absentis matrimonium sine ipsius consensu contrahere posse. Nam si replices, Immo non posse si cum persona ignominiosa contrahere velint, ego quidem non repugnabo si me Triboniani magis quàm iuris autoritas moueat: Sed negabo exceptionem quæ sit de re tam improbabili raróque contingente facere debere, quin regula generalis constitui possit, Licere liberis eius qui aut absens sit aut captiuus nuptias contrahere non expectato per triennium integrum patris reditu & consensu. Nam nec nouum est regulam quantumuis veram & generalem aliquo casu vitiari, hoc est aliquam habere exceptionem *l.1.l.omnis definitio De regul.iur.* Cæterùm non video cur de patris reditu per triennium expectando tractare debeamus, si filio qui expectauit non ad aliud profit expectasse quàm vt ignominiosam vxorem ducere tandem possit, quam alioqui & ante triennium ducere non potuisset. Solétque illud exheredationis potiùs quàm impediendarum nuptiarum materiam præbere, si patre ignorante filius turpem & ignominiosam vxorem ducat *d.l.3.§.si emancipatus* D. *de bonor.poss.contr.tabul.* Videtur autem Tribonianus ad id respexisse, aut potiùs alluisse, quod aliàs dici solet cùm agitur de filiæ consensu quem interuenire necesse est patre dotem repetente. Dicimus enim videri patrem ex voluntate filiæ dotem recepisse, si causam ei contradicendi filia non habuerit *l. dotem* 37. D. *solut. matrimon.* Sed tamen non esse bonam comparationem horum casuum ex eo intelligi facilè potest, quod quamuis pater nullam iustam causam habuerit improbandarum nuptiarum, quas inscio se contrahere filius filiáve voluerit, non eo magis tamen iustæ dici possunt quæ sine voluntate contractæ sunt, Quandoquidem vna illa est ex necessariis nuptiarum sollennitatibus, vt consentire oporteat non minus eos in quorum potestate sunt qui contrahunt nuptias quàm illos ipsos qui coeunt, ne scilicet alioqui ius patriæ potestatis violatum videatur, quod liberis sanctum esse non minùs reipublicæ quàm pa-

L.3. §. si emancipatus De bonor. poss. contr. tab. L. dotem 37. D. de solut. matr.

trum interest. Adeò vt nec sufficiat in prioribus nuptiis interuenisse patris voluntatem, si de iis semel dissolutis postea renouandis tractetur, vt in sequenti illatione dicemus ex *l. nuptiæ* 18. *D. de rit. nupt.* Illud prætermittendum non est in *d. §. medio tempore l. in bello* 12. D. *de captiu. & postlim.* de cuius sententia suprà diximus, erratum fuisse in illis verbis *susceptus ergo nepos in reuersi captiui potestate vt redierit suusque heres ei quodammodo inuito.* Deest enim vt nemo non videt, verbum *erit* quod nec suppleri & subintelligi commodè potest. Itaque debet addi post verbũ illud *redierit* nato errore ex eo quod cùm librarius Florentinus eas literas quæ repetendæ essent nõ nisi semel scribere soleret, sed maiusculis literis vt pro bis scriptis & repetitis haberentur, atque ita scripsisset *redIERIT* pro *redierit, erit* posteriores librarij ad id non animaduertentes, semel tantùm eas quatuor maiusculas literas scribere contenti vltimam dictionem sine qua nullus erat sensus incautè prætermiserunt, vnde & alios plerosque, nec dissimiles, nec minoris momenti errores in libris nostris natos esse iam obseruauimus in Coniecturis. Quod & ex recentioribus interpretibus plerique viri magni ante nos fecerunt. Verùm de his iam plus quàm satis.

L. nuptiæ 18. D. hoc tit. L. in bello 12. §. medio tempore D. de captiu. & postlim.

ILLATIO VI.

De nuptiis etiam inter easdem personas non nisi ex voluntate parentum renouandis.

L. nuptiæ 18. D. hoc tit. L. si vt proponis 7. C. eod.

SExtò ex eodem Principio fit quod Iulianus scribit in *l. nuptiæ* 18. *De rit. nupt.* Nuptias inter easdem personas nisi volentibus parentibus renouatas iustas non haberi, Quod & scriptum est in *l. si vt proponis* 7. *C. de nupt.* Nam cùm renouatæ nuptiæ sint aliæ & secundæ prioribus dissolutis, quid prodesse potest patris consensus qui in primis interuenit, aut quid refert an de primis, an de secundis nuptiis agamus, cùm generaliter constitutum sit, non aliter liberos qui in potestate sunt nuptias posse contrahere, quàm si parentum in quorum potestate sunt adhibeant voluntatem. Nec est contrariũ quod dici solet renouatis inter easdem personas nuptiis etiam dotem quæ in prius matrimonium data fuerat renouatam intelligi & in posterius matrimonium conuerti, quasi tacitè hoc acto nisi probetur aliud conuenisse *l. dotem* 30. *D. de iur. dot.* Id enim tunc obtinet, cùm dotis renouatio pendet ex voluntate solius mulieris, puta nullum amplius patrem habentis, quam vtique credendũ nõ est indotatam redire in matrimonium voluisse vt ex Diui Seueri rescripto Vlpianus tractat in *l. Diuus Seuerus* 40. *eod. tit.* Facilè namque est mulieris voluntatem coniicere ex ipsius mulieris facto, quod interuenit cùm vltrò ipsa in matrimonium redit. At aliud est si filiafamilias esse proponatur. Hæc enim non magis dotem quàm nuptias renouare sine patris consensu potest *d. l. si vt proponis*, cùm vbi matrimonium non est ibi nec dos esse possit *l.* 3. *D. de iur. do.* Porrò ratio nulla est, cur ex facto filiæ ad maritum redeuntis absente ac insscio patre, coniiciamus voluntatem & consensum patris, cuius persona alia est, & quam ponimus nõ interuenisse. Præsertim cùm facilè fieri possit, vt pater qui primis nuptiis consensit, secundis tamẽ cum eodem ipso viro renouandis cõsentire, nec velit nec debeat, odio nimirum diuortij quod inter has & illas nuptias interuenisse necesse est, vt de secundis agi possit. Diuortium siquidem facit

L. dotem 30. D. de iur. dot.

L. Diuus Seuerus 40. eod.

facit vt qui maritus fuit inimicus factus esse videatur *l.cum in fundo* 78. *§.2.in fi. eod.tit. De iur.dot.l.Cicero* 39. *D.de pœn.* nec minùs soceri quondam sui, quàm propriæ vxoris. Est autem perpetuum vt ex consensu aliàs præstito nihil inferri possit, quoties mutatus est rerũ status vt dubitari probabiliter possit an qui aliquando consensit, nunc quoque sit consensurus *l.si cum Cornelius* 82. *ad f.l. cum quis* 38. *in princip. D.de solut.* Nec rursus contrarium est, quod Papinianus respondit in *l.inter socerum* 26. *§.vlt. D.de pact. dotal.* Patre tibi dotem reddi stipulato sub ea conditione *si filia nupta mortem obisset* defectáque per diuortiũ secutum conditione stipulationis, si postea renouatæ sint nuptiæ non committi stipulationem, quamuis filia in matrimonio decesserit, quoniam, inquit, ad primas nuptias duntaxat ea stipulatio pertinet. Non enim bona erit consecutio, si quis ex eo inferre velit, similiter quod legibus cautum est, Patrũ voluntatem consensúmque in nuptiis liberorum quos in potestate habent intervenire debere, non nisi ad primas nuptias pertinere. In eo namque differt legislator à stipulatore, & consequenter lex à stipulatione, quod legislator & lex semper loquitur, stipulator verò qui vnicam tantùm interposuit stipulationẽ, non nisi semel. Itaque soluto priore matrimonio noua stipulatione opus est cũ stipulatio pro nuptiis primis adhibita extendi ad secundas non possit. At noua lege opus non est, vt patris consensus quem in primis nuptiis interuenire oportuit, interuenire debeat etiam in secundis. Semper enim eadem lex subsistit quæ clamat, In liberorum nuptiis omnibus contrahendis adhibendũ esse consensum parentum qui eos habeant in potestate. Illud verò ex eo Papiniani respõso inferre multò melius possis, Patris consensum qui in primis filij filiæve nuptiis interuenerit ad secundas extẽdi nõ posse, ideóq; nouo cõsensu opus esse. Neque hac in re quicquã interesse putandũ est, an inter easdẽ personas nuptiæ renouentur, an cum alia persona secundæ contrahantur, quandoquidem vtroque casu aliæ, ac nouæ nuptiæ sunt cùm ponamus verum nõ simulatum diuortiũ intercessisse, vt & in *d.§.vlt.l inter*, alioqui prius matrimoniũ cõtinuatũ nõ renouatũ diceretur *l.quod si nõ diuortiũ* 31. *D.de iu.do.* Nec enim diuortiũ dici potest quod fuit simulatũ *l.si liberis* 26. *D.de pact.dotal.* sicut nec pro nuptiis habentur illæ quæ fuerũt simulatæ *l simulatæ* 30. *D.de rit.nupt.* Dicũtur autẽ renouatæ nuptiæ, non quasi eædem sint cum prioribus, sed quasi bis nouæ inter easdem personas, etsi fieri etiam potest, vt idem numero matrimoniũ esse videatur, nempe si non multò interposito tempore reconciliati fuerint, nec inter moras, aut illa alij nupserit, aut hic vxorem duxerit, maximè si nec vir dotẽ reddiderit *l.plerique* 33. *De rit.nupt.* Sed hoc ita nisi alterius & tertiæ personæ puta patris consensum interuenire oporteat. Tunc enim non possunt reconciliari sine consensu patris coniuges, qui verè diuerterunt etiamsi dotem nondũ reddiderit maritus *d.l.si vt proponis* 7. *C.de nupt.* Planè quod scriptũ est in *d.l. nuptiæ, volentibus parentibus*, non de vtriusq; sexus parentibus intelligendũ est, vt in *l.4.§.parentem De in ius vocand.* sed de vtriusque coniugis parentibus, quorum alius maritum, alius vxorem habeat in sua potestate. Tam enim filiæfamilias quàm filiifamilias pater nuptiis consentire debet.

L. cùm in fundo 78. §.2 in fin. eo. l. Cicero 39. l. ne iam. L. si cum Cornelius 82. ad fin. l. cum quis 38. in princip. D. de solut. L. inter socerum 26. §. vlt. D. de pact. dotal.

L. quod si nõ diuortiũ 31. D. de iur. dot. l. si liberis 26. D. de pact. dotal.

ILLATIO VII.

De emancipato filio vxorem ducente sine consensu patris.

SEptimò ex eodem Principio fit vt filius emancipatus etiam sine consensu patris vxorẽ iussũ ducere possit susceptúsque ex iis nuptiis filius, & filius &

L. filius emancipatus 25. D. hoc tit.

heres patri suo sit futurus, vt Modestinus ait in *l. filius emancipatus* 25. *De rit. nupt.* quia licèt emancipatio non dissoluat vinculum pietatis & obseruantiæ quam à natura filius patri debet *l. 3. C. de in ius vocan.* dissoluit tamen ius patriæ potestatis, cuius solius intuitu sic comparatum est, vt sine patris consensu & autoritate iustas nuptias contrahere filius non possit §. *præterea infr. quib. mod. ius patr. potest. solui.* Vnde etiam est quod in Principij explicatione diximus, non perinde matris ac patris consensum in nuptiis requiri *l. in coniunctione* 20. *C. de nupt.* quia non habent fœminæ liberos in potestate §. *ceteri infr. De here. qualit. & differ. l. mulierem* 5. *C. de adopt.* Filiam tamen quamuis emancipatam dummodo minorem annis 25. absque patris consensu, nec viduam quidem posse secundò nubere placuit Impp. in *l. vidua* 18. *C. de nupt.* De quo dicemus infrà illat. 12.

L. vidua 18. C. hoc tit.

ILLAT. VIII.

De adulta nubente sine curatoris autoritate.

OCtauò ex eodem Principio fit vt adulta curatorem habens nubere pro arbitrio possit, nec curatoris voluntatem & autoritatem exigere cogatur ad iustas nuptias contrahendas, quia curator cùm rebus detur non personæ, nõ habet personam minoris in sua potestate quomodo tutor habet, sed officium eius in administratione totum versatur *l. sciendum* 20. *eod. tit.* D. *de rit. nupt. l. in copulandis* 8. *C. de nupt.* iunct. *l. cùm in vna* 17. §. *tutor* D. *de appellat.* Aliud ergo esset in tutore, si nuptiæ non eo tempore contrahi posse inciperent, quo finitur tutela, quia tutor personæ non rebus datur, paremque aliquam habet patriæ potestatis, ex qua scilicet fit vt tutorem dare pater possit, quemadmodum dicemus ad *tit. De tutel.* Planè in constituenda dote curatoris consensum & autoritatem interuenire oportet, quoniam ea res ad patrimonij administrationem, & consequenter ad curatoris officium pertinet *l. quæro* 60. *cum seq. D. de iur. dot. l. 7. De tutor. & cur. dat.* Sed neque in sponsalibus contrahendis necessaria est autoritas curatoris, eadẽ ratione, quòd in sponsalibus quoque contrahẽdis non aliorũ cõsensus exigatur, quàm quorũ in nuptiis exigeretur *l. in sponsalibus* 7. §. 1. *D. de sponsal.* Eadẽ enim hîc ratio est, vt & in aliis ferè omnibus esse solet nuptiarum & sponsaliorum, quandoquidem nihil aliud sunt sponsalia quàm spes nuptiarum futurique matrimonij *l. si puella* 6. *eod. l. si vxor* 13. §. *Diui D. ad leg. Iul. de adult.* At è contrario tutoris autoritas in sponsalibus contrahẽdis necessaria est *d. l. si puelle*, quia, vt diximus, tutor pupillam suam quasi alter pater in potestate habet. Nec obstat quòd non sit necessarius tutoris consensus in nuptiis, aliorum autem voluntas necessaria nõn sit in spõsalibus quàm quorum necessaria esset ad nuptias contrahendas. Nam dixi iam, non posse locum esse quæstioni, An tutoris autoritas necessaria sit in nuptiis pupillæ, quia nec nuptias contrahere pupilla pupillúsve potest, cùm tempus nuptiarum incipiat à pubertate *l. in sponsalibus cõtrahendis* 14. D. *de sponsal.* iunct. *l.* 4. D. *de rit. nupt. & princip. huius tit.* De *nupt.* quo demum tempore pubertatis incipientis finitur tutela §. 1. *infr. quib. mod. tutel. finit.* Proinde quod tutoris autoritas necessaria non est in nuptiis, non fit ex defectu potestatis & iuris in tutore, sed ex defectu subiecti & materiæ. Itaque si qua de causa, vel aliquo casu fieri posset, vt nuptiæ

L. sciendum 20. D. hoc tit. l. in copulandis 8. C. eod.

L. quæro 60. cũ seq. D. de iur. dot. l. 7. De tutor. & curat. dat.

L. in sponsalibus 7. §. 1. D. de sponsal.

L. si puella 6. eo. l. si vxor. 13. §. Diui ad leg. Iul. de adult.

L. in sponsalibus 14. D. de sponsal. iunct. l. 4. D. hoc tit.

fierent:

fierent in pupillari ætate,nec dubitandum esset quin tutoris autoritatem necessariò adhiberi oporteret.

ILLATIO IX.

De potestate patris ad filiasfamilias sponsalia dissoluenda.

NOnò ex eodem Principio fit,vt filiæ in potestate manentis pater, sponso nuncium remittere possit,& sponsalia dissoluere *l. in potestate* 10. D. *de rit.nupt.l. 2. in fin.* D. *de diuort.* Nam cùm patris consensus ille qui fuit necessarius ad sponsalia contrahenda non faciat nuptias, ideóque alio & nouo eiusdem patris consensu opus sit ad contrahendas nuptias, nec rursus cogi pater possit, vt ob consensum à se sponsalibus præstitum, nuptiis quoque consentiat,Apparet in potestate patris esse facere vti ne vnquam,nuptiæ sequantur,& consequenter in eius arbitrio esse debere vt sponsalia inuitâ quoque filiâ dissoluat,sicut nec ipsa filia contractis iam sponsalibus, nubere tamen postea cogeretur si nollet,quamuis pater vellet *l.non cogitur* 21. D.*de rit.nupt.* In eóque notandum est plus iuris habere patrem quàm tutorem qui vtique inuita pupilla dissoluere sponsalia quibus semel consenserit non potest *d.l.si puel le.* An quia minùs iuris habeat in personam pupillæ quàm haberet pater si viueret?Minimè.Sed quia non quemadmodum pater impedire posset nuptias si voluntatem & autoritatem suam iis accommodare nollet,ita & tutor impedire potest ne ex contractis se volente sponsalibus nuptiæ quandoque sequantur,cùm eo tempore quo de nuptiis quæri poterit id est post finitos pupillares annos nihil ille iuris habiturus sit in personam eius cuius nunc tutor est. Proinde nulla ratio est,propter quam ei licere debeat dissoluere sponsalia quorum effectum prohibere non possit,aut vt Vlpiani verbis vtar dissoluere spem nuptiarum quibus nec consentire possit nec dissentire.Quod in patre, vt diximus diuersum est,qui si nuptiis consentire nolit, hoc ipso impedit ne sequi possint.Vt proinde futurum sit sine effectu,si sponsalia dissoluere inuita filia, prohibeatur,cùm non eo magis futurum sit vt ex iis sponsalibus nuptiæ sequantur, Illud certè constat non posse filiam ipsam dissoluere sponsalia sine tutoris autoritate,sicuti nec ea contrahere sine tutore potest,quia in iis omnibus quæ durante pupillari ætate fiunt,id est durante tutela,nihil omnino facere potest impubes sine tutore,ex iis scilicet rebus in quibus ius versatur,& quę sine iudicio animi & consilio expediri non possunt. Denique tantundem iuris habet tutor quandiu tutor est,quantum habet pater ipse dum viuit, Vtpote qui in iis omnibus quæ ad pupilli commodum & vtilitatem pertinent successor sit patris in iure patriæ potestatis.

L.in potesta te 10. D.hoc tit.l. 2.in fi. D.de diuor.

L. non cogitur 21.D. hoc tit. d.l.si puella 6.D.de spõsal.

Ratio differentiæ inter patrem & tutorem in dissoluendis puellæ sponsalibus.

ILLATIO X.

De patre consentiente filij nuptijs ex interuallo.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si nuptiis filij aut filiæfamilias pater abnitio non consenserit,quamuis postea consentiat, non ideò tamen conualescant adeò nuptiæ,vt ex quo die contractæ sunt valuisse existimentur, sed hactenus duntaxat vt ex die consensus à patre præstiti nuptiæ factæ intelligantur *l.dotis promissio 68. D. de iur. dot.* vbi Papin. ait promissionem dotis non

L.*dotis promissio 68. D de iur. dot.*

ideo minùs valere quod ignorante initio patre nuptiæ non fuerint si posteà consenserit,cùm omnis dotis promissio tacitam futuri matrimonij condicionem accipiat.Quemadmodum inquit, & si minor annis duodecim deducta sit in domum viri tanquam maior,tunc primùm dos petetur, cùm puella maior annis apud maritum esse cœperit, quippe quæ tunc demum incipiat esse vxor *l.minorem 4. D. de rit. nupt.* Nec est contrarium, immo consentaneum quod Iustinianus in *princip.huius tit.* scribit, In tantum esse necessariũ iussum patris in nuptiis liberorum quos in potestate habet vt eum præcedere sit necesse.Satisfit enim huic sollennitati hoc ipso quod dicimus nuptias ab initio sine eiusmodi consensu iussúque contractas non priùs incipere esse nuptias, quàm consensus ille interuenerit,ita vt consensus ille patris ad diem consensus à filio aut à filia præstiti minimè retrotrahatur.Proinde si qui medio tempore ex ea coniunctione nati sint liberi,neque liberi,neque heredes erunt patri suo,quia nec patrem habere videntur,cùm pater solus ille sit quem nuptiæ demonstrant vt diximus *Princip.* 2.Quod tamen ait Iustinianus iussum patris præcedere debere,minùs propriè dictum videri debet.Certum enim est qualemcunque patris consensum sufficere,id est etiam tacitum qui ex eo colligatur quod pater nuptiis quas contrahi sciuit,non contradixerit *l si vt proponis pater 5.C.de nupt.d.l.7.§.1.D.de sponsal.* sicut & obseruari solet cum ex patris voluntate filius decurio creatus esse dicitur *l. 2. D. ad municip. l. honores 7. in fin. D.de decur.* quemadmodum viciſſim filius aut filiafamilias patri consentire intelligitur si eius voluntati non repugnet, quamuis non minùs filij aut filiæ consensus necessarius sit,quàm patris *l.sponsalia 11.cum seq.eod. tit.* Iussum ergo dixit hic Iustinianus ad excludendam duntaxat ratihabitionem quæ iussui & mandato æquiparari solet *l.vere 12.in fin.D.de solut.l.vlt.C.ad SC. Macced.* & quæ nonnullis casibus sufficit in iis etiam quæ filius sine consensu patris facere non potest, Vt puta si agatur de agnoscenda bonorum possessione quamuis non item si agatur de adeunda hereditate *l. qui in aliena 6. l. si quis mihi bona 25.§.iussum D.de acquir.hered.l.3.§.adquirere l.vlt. D. de bonor. poss. l.vlt.C.qui admitt.ad bonor.possess.poss.* An igitur non sufficiet ratihabitio si verum est,quod iam diximus sufficere qualemcumque consensum? Res ita se habet.Non sufficit ratihabitio vt iussui & mandato comparetur, hoc est vt iam inde ab initio pater nuptiis consensisse retrolingatur, Sed tamen sufficit vt alio consensu nullo sit opus.Quare nec probare possum quod à nonnullis video magis probatũ,vt si sponsalia contracta sint vel nuptiæ sine consensu patris, qui tamen postea ratum habuerit, ea sponsalia cásve nuptias dissolui oporteat,& nouo patris consensu noua sponsalia, vel nouas nuptias inchoari. Potéstne enim ratihabitio esse sine consensu ? aut minoris esse momenti quàm sit nudus simplexque consensus. Et sanè pugnat apertè sententia illa cum *d. l. dotis promissio*, quæ non dubitat quin eæ ipsæ nuptiæ quæ ab initio non valuerant propter defectum consensus paterni, conualescant ex eo ipso die quo consensus ille interuenit.

L. minorem 4. D.hoc ti. Inst.huius tit.

L. § C.hoc tit l 7 §.1. D. de spons. l.sponsalia 11.eod.

L. qui in aliena 6.l.si quis mihi bona 25.§. iussum D. de acq. hered.l.3.§. acquirere l.vlt. D. de bonor.poss. l.vlt. C.qui admitt.

ILLATIO XI.

De patris consensu exigendo etiam in filiisfamilias militis nuptijs contrahendis.

L.filiusfamilias miles 15. D hoc tit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt non magis filiusfamilias miles quàm paganus sine patris consensu nuptias contrahere possit *l. filiusfamilias*

milias miles 35. *D. de rit nupt.* An quia etiam militibus ratio pietatis in parentes constare debeat? vt ajt Vlp. in *l.* 1. *De ob seq. parent. & patron. præst.* Verum id quidem est, vt constat etiam ex *l.* 5. §. *à milite D. de agnosc. & alend. liber.* Sed ratio non est bona. Non enim ratio pietatis facit vt patris consensum in liberorum nuptijs interuenire oporteat, sed ius potestatis. Alioqui matris quoque consensum interuenire oporteret cùm ei non minor quàm patri pietas & reuerentia debeatur *l.* 4. *D. de curat. furios.* nec plus iuris hac in re haberet filius emancipatus quàm qui in familia retentus esset: quæ tamen omnia se aliter habere suprà probauimus. Vera igitur ratio est quia cùm ius hoc descendat ex patria potestate, constat non solui per militiam ius patriæ potestatis §. *filiusfamilias infr. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. si filiusfamilias* 33. *D. de testam. milit. l.* 2. *D. de castrens. pecul.* proinde non debere in hoc melioris condicionis esse filiumfamilias militem quàm paganum.

L. 1. *D. de obseq. parent. præst.*

l. 5. §. *à milite D. de agnosc. & alend. liber.*

§ *filiusfamilias quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. si filius familias* 33. *D. de testam. milit. l.* 2. *D. de castr. pecul.*

ILLATIO XII.

De consensu liberorum nuptias contrahentium.

DVodecimò ex eodem Principio fit vt sicuti sponsalibus ita & nuptiis nõ minùs filium aut filiam patri in cuius potestate est quàm patrem filio aut filiæ consentire oporteat *d. l sponsalia* 11. *De sponsal.* Nam filiofamilias aut filiafamilias dissentiente sponsalia eius nomine non magis per patrem quàm per tutorem aliúmve quemlibet fieri possunt *dict. l. si puella* 6. *l. filiofamilias* 13. *eod.* sicut nec inuitus filius aut filiafamilias vxorem ducere cogitur *l. non cogitur* 21. *De rit. nuptiarum.* Sed & quemadmodum pater filio aut filiæ nuptias ineunti consentire intelligitur si non euidenter dissentiat *l. in sponsalibus nihil interest* 7. *in fin.* D. *de sponsal. l.* 5. *C. de nuptiis.* ita & liberi qui voluntati patris non repugnant hoc ipso consentire existimantur. *l. sed quæ patris* 12. D. *de sponsal.* Hæc sola inter patrem & liberos differentia est, quod vt ibidem Vlpianus subiungit hinc solùm dissentiendi à patre licentia filiæ conceditur si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat. Contrà verò quamuis filia honestum virum sibi velit eligere, aut filius honestam vxorem, non ideo tamen pater ijs contradicere prohibetur. Quanquam si per iniuriam contradixerit, & liberos suos prohibuerit, vxores ducere vel nubere, ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini per Proconsules, Præsidésque prouinciarum coguntur eos in matrimonium collocare ac dotare *l. capite* 19. D. *de rit. nupt.* Illud sanè constat filiam neptémve quæ in potestate sit si pater vel auus nullam ei ante vicesimum quintum annum condicionem quæsierit impune posse nubere, adeóque quod magis est in corpus suum peccare, Hoc est vt non solùm iustæ sint nuptiæ si sine patris vel aui voluntate nupserit, sed etiã libera sit à metu exheredationis quam alioqui ex ea causa timere deberet non tantùm à patre, sed etiam à matre si iam orbata patre nuptias sine cõsensu matris contraxisset *Nouell.* 115. *Vt cùm de appellat. cogn. cap.* 3. §. *aliud quoque capitulum vers. si alicui ex prædictis*, iunct. *l. filia* 20. *C. de inoff. testam. l. in consuetione* 20. *C. de nupt.* Probo tamen & valde laudo quod vir clarissimus Dionysius Gothofr. notat ad *d. vers. si alicui*, Iustinianum qui eo loco permittit filiæfamilias neptive vt post vicesimũquintũ annũ si innupta sit, peccare in corpus suũ impune possit, non de ea filia intelligendum esse quæ turpiter & cũ flagitiosa

L. sponsalia 11. *D. de sponsal.*

d. l. si puella 6. *l. filiofamilias* 13. *eod.*

L. non cogitur 21. *D. hoc tit.*

l. in sponsalibus 7. *in fin.*

l. sed quæ patris 12. *D. de sponsal.*

L. capite 19. *D. hoc tit. Nouell.* 115. *vt cùm de appell. cogn.* §. *aliud quoque capitulum vers. si alicui ex prædictis Iunct. l. filia* 20. *C. de inoff. test. l. in consuetione* 20. *C. hoc tit.*

L.si filiam 19. C. de inoff. testam.

fœditate viuat,vt loquitur *l.si filiam* 19.*C.de inoffic. testam.* id est quæ se palam & publicè prostituat,sed de illa quæ clam & semel aut bis stupro se inquinauerit,Ne alioqui tam larga interpretatio laxiorem sexui iam satis lubrico & infirmo præbeat licentiam delinquendi,ex qua non solùm paternæ familiæ dignitas(parum enim hoc esset cùm patri sua culpa imputari posset) sed etiam publica honestas,cuius præcipua semper ratio habenda est, labefactetur. Ad

L.vidua 18. C.hoc tit.

hanc rem pertinet etiam Imperatorum constitutio in *l. vidua* 18. C. *de nupt.* quæ cùm vult viduas intra quintum & vicesimum annum degentes in secundas nuptias sine patris consensu non conuenire , hoc ipso permittit vt post eam ætatem patris consensum requirere non cogantur. Mirum tamen illud est quod addit constitutio *etiamsi emancipationis libertate gaudeant.* Videtur enim id pugnare cum eo quod suprà diximus *illat.*7. Filium emãcipatum sine patris consensu nuptias contrahere non prohiberi, Nisi dicamus, id quod res est,eam constitutionem facere hac parte ius nouum , vt ostendunt verba illa *non conueniant,* quæ sunt imperatiua verba & legis nouum ius constituentis, itémque quod Vlp.scribit in *l.in potestate* 10. *De sponsal. vers. enimuerò si emancipata est.* Post quam constitutionem fatendum est aliam esse rationem filij,aliam filiæ.Nullo enim casu filius emancipatus cogitur expectare aut requirere consensum patris,nec hodie magis quàm olim. Neque verò mirum videri debet maiore obseruantiæ vinculo constringi filiam quàm filium,cùm

Differentia filij emancipati & filiæ emancipatæ in nuptiis sine consensu patris eõtrahendis.

minùs iudicij habeat & consilij ad sibi prospiciendum. Quo exemplo possit quis etiam fortassis non malè dicere, in eo iam olim aliud iuris fuisse in filiofamilias quàm in filia quod filia non aliter poterat à patre dissentire , quàm si turpem vel indignum maritum ei pater destinaret,vt iam diximus ex *d. l. sed qua patris.* Filius verò nec si honestam vxorem ei pater quæsisset consentire tamen patri cogebatur.Id enim est quod Terentinus Clemens scribit in *d. l. non cogitur* , filiumfamilias vxorem ducere non cogi , Et quod Celsus in *l. seq. maluisse hoc videtur*,Cur namque aut quomodo maluisse diceretur , quod aliter velle non potuisset?Sed & hoc ipsum videtur significare coniunctio *l.filiofamilias* 13.*De sponsal.cum l.praced.*Nam cùm in præcedenti scriptum esset tũc solùm à patre dissentiendi licentiam filiæ concedi si indignum moribus vel

L.filiofamilias 13. cum praced.D. de sponsal.

turpem sponsum ei pater eligat,statim subiungitur in *l. seq.* filiofamilias dissentiente sponsalia eius nomine fieri non posse , vt intelligamus non eandem hac in re filij & filiæ rationem esse.Potest autem ratio diuersitatis ex eo sumi, quod ita quoque constituto iure vt liceat filiofamilias recusare honesti matrimonij condicionem quam pater ei offerat,nihil tamen ex eo sequi possit incommodi,nisi quod fortassis vel tardius,vel nunquam viuo patre hic filiusfamilias vxorem ducturus sit. At si filiæ hoc ipsum liceret , verendum esset ne tamdiu innupta manens filiaper muliebrem impotentiam eò tandem dilaberetur vt in corpus suum peccaret.Quomodo hæc ipsa ratio è contrario faciebat,vt faciliùs olim Iureconsulti permitterent filiæ quàm filio furioso contra-

L.si furiosi 25. C.hoc tit.

here matrimonium sine consensu patris vt Iustinianus refert in *l. si furiosi* 25. *C.de nupt.* Præter id quod cùm fœminæ multò minore consilio ac iudicio polleant quàm masculi , æquum videri debet filiæ magis quàm filij iudicium & voluntatem ex patris iudicio & voluntate pendere.Ideo autem fœminarum pudicitia maiori curæ fuit legislatoribus quàm masculorum , non solùm quòd muliebris sexus sit longè procliuior magísque lubricus ad libidinem, sed etiã

quia

quia fœminarum pudicitia pertinet maximè ad reipublicæ dignitatem, cùm certitudo familiarum tota pendeat ex certitudine patrum, Pater verò quis sit nesciri queat nisi ex nuptiarum demonstratione, qua tamen nihil esset fallacius si matris quæ semper certa est pudicitia & castitas non etiam certa esset.

ILLATIO XIII.

De consensu patris in nuptijs filij expositi à patre.

DEcimotertiò ex eodem Princip. fit vt nec à patre expositus filius possit vxorem ducere sine consensu patris *l. patrem* 16. *C. de nupt.* Quod tamen hodie correctum videtur cùm expositione amittatur omne ius potestatis *l.* 2. *& 3. C. de infant. expos. & Nouell.* 153. *de infant. expos. cap. vnic. Extr. eod.*

L. patrem 16. C. hoc ti. l. 2. & 3. C. de infant. expos. Decimo-quarto, & postremò ex eodem Principio fit vt patris furio-si vel demē-tis consen-sus quoniam intervenire non potest, nec necessa-rium sit siue de filio siue de filia agatur etsi eras olim aliqua inter eos dif-rentia vt innuit Iu-stin. qui ell sustulit in l. si furiosi 25. C. de nupt. L. nuptias 30. de reg. iur. Differentia sponsaliorū, & nuptia-rum. L. si puella 6. D. de spon sal. l. 1. 2. & 3. eod. l. si vxor 13. § Di ui ad leg. Iul. de adul. L. quæsitum 9. D. de spon sal.

PRINCIPIVM V.

De nuptijs ex solo consensu æstimandis.

NVptias *solus consensus facit l. nuptiæ* 30. *De regul. iur.* Nam cùm nuptias non tantùm vtilitatis sed etiã honestatis publicæ ratio induxerit, æquissimum sanè ac conuenientissimum fuit æstimari nuptias ex animorum magis & voluntatum quàm ex corporum coniunctione: quippe cùm ea corporum coniunctio nihil nisi turpitudinem in se habeat, (quas coitionis sordes non minùs eleganter quàm honestè vocant Impp. in *l. penult. in fin. C. de spectac. & scenic. & leuon. lib.* 11. *tit.* 40.) nihilque dignum homine sed id duntaxat, quod homini cum belluis sit commune: Vnde & matrimonium respectu materiæ potiùs quàm formæ suæ iuris naturalis appellatur in *l.* 1. *§. ius naturale* D. *de iustit. & iur.* Animorum autem coniunctio quid aliud est quàm consensus? Consensum tamen intelligere debemus contrahendarum nuptiarum. Nam & sponsalia nudo consensu cõtrahuntur sicut & nuptiæ *l.* 4. *l. sponsalia* 11. *D. de sponsal.* Et tamen sponsalia esse nuptias nemo benè dixerit. Alius enim animus est contrahendorum sponsaliorum, alius contrahendarum nuptiarum: Nihil siquidem aliud sunt sponsalia quàm mentio & repromissio futurarum nuptiarum dictáque sunt à spondendo, quòd veteribus moris fuerit stipulari & spõdere sibi vxores futuras, vnde & sponsi sponsæque appellatio nata est *l.* 1. 2. *& 3. eod.* At nuptias contrahi cùm dicimus præsentes non futuras nuptias significamus. Denique consensus quem in sponsalibus intervenire necesse est spem duntaxat nuptiarum constituit *l. si puella* 6. *eod. l. si vxor* 13. *§. Diui D. ad leg. Iul. de adult.* Non ergo nuptias ipsas. Tantum namque inter spem nuptiarum & nuptias interest, quantum inter id quod nondum est, & id quod iam est. Adeo autem differt consensus sponsaliorum à consensu nuptiarum, vt quæsitum fuerit apud Iulianum an sponsalia sint si ante duodecimum annum fuerint nuptiæ collocatæ id est contractæ. Sic enim Cuiac. legit & interpretatur rectè *lib.* 11. *obser. cap.* 15. *in l. quæsitum* 9. *D. de sponsal.* vbi Vlp. ad eam quæstionem respondens refert sententiam Labeonis quam & à Papiniano & à se probatam semper fuisse dicit, vt siquidem præcesserint sponsalia non eo minùs durent quod sponsa in domo loco nuptæ esse cœperit, si verò non præcesserint hoc

ipſo quod in domum mariti futuri deducta eſt, ſponſalia facta non videantur: quia nō eo animo in domum ducta eſt, vt ſponſa fieret, ſed vt nupta, quod diuerſum eſt. Sic dicimus non omnē qui dicit *ſpondeo* ex ſpōſo obligari, ſed eum duntaxat qui ſtipulanti animo ſtipulandi ſic reſpondet, quemadmodum Varro ſcribit *lib.* 4. *De ling. latin.* quoniam nimirum fieri poteſt vt paciſcendi duntaxat animo illud ipſum verbum vſurpetur, Solo enim animo paciſcendi aut ſtipulandi differt pactum à ſtipulatione cùm ea verba quæ ad contrahendam ſtipulationem eſſent neceſſaria in pacto interuenerunt *l. iuris gentium 7. §. quod ferè* D. *de pact. §. de conſtituta Inſt. de action.*

L. iuris gentium 7. §. quod ferè D. de pact. §. de conſtituta Inſtit. de actiõn.

ILLATIO I.

De *nuptijs ex concubitu non æſtimandis.*

EX hoc Principio illud primùm fit vt ad nuptias contrahendas non ſit neceſſarius concubitus *d. l. nuptias* 30. *De regul. iur.* quia concubitus ſequi nuptias iam contractas debet non præcedere contrahendas, licèt inter eas perſonas quæ naturali aliquo impedimento prohibentur ne coire poſſint, nuptiæ non ſubſiſtant, quia nec conſenſus ille qui nuptias facit alius conſenſus eſt quàm legitimè coeundi vt ſcripſimus ad *Princip. 3. illat. 1. &* 2.

d. l. nuptias 30. de regul. iur.

ILLATIO II.

De *legato relicto ſub condicione nuptiarum.*

SEcundò ex eodem Principio fit vt ſi cui fuerit ſub condicione legatum, Si in familia nupliſſet videatur impleta condicio ſtatim atque ducta eſt vxor, quamuis nondum in cubiculum mariti venerit, vt Vlp. ſcribit in *l. cui fuerit* 15. De *condic. & demonſt.* vbi hanc ipſam rationem reddit quod nuptias non concubitus faciat ſed conſenſus. Ex qua lege illa etiam ratio colligi poteſt, propter quam nuptiæ ex concubitu æſtimari non poſſint, quòd non niſi in cubiculo & in thoro mariti primùm is concubitus fieri & ſoleret, & deberet, cùm domus mariti non vxoris ſit domicilium matrimonij *l.* 5. *D. de rit. nupt.* & thorus quoque ſolius mariti ſit non etiam vxoris. Porrò non poterat honeſtè vxor in domum viri deduci, quin conſenſus præceſſiſſet, atque ita nuptiæ iam eſſent contractæ. Nec igitur poterant nuptiæ à concubitu incipere, aut ex concubitu æſtimari.

L. cui fuerit 15. D. *de condic. & demonſtr.*

L. §. D. hoc ſit. De rit. nupt.

ILLATIO III.

De *concubina, & in quo differat ab vxore.*

TErtiò ex eodem Principio fit vt concubina ſeparetur paſſim ab vxore, tanquam quæ à concubitu nomen ſuum acceperit. Nulla enim differentia eſſet inter concubinam & vxorem ſi non conſenſus ſed concubitus nuptias faceret. Concubinam facit ſola deſtinatio eius qui domi eam habet *l. penult.* D. *de concub.* Vxorem verò mutuus conſenſus. Concubinam adfectio duntaxat, Vxorem verò maritalis honor, & dignitas *l. vnum ex familia* 67. *§. vlt. De legat. 2. l. item legato* 49. *§. parui autem refert, De legat. 3. l. donationes in concubi-*

L. pen. D. de concub.

Digitized by Google

concubinam 31.D.*de donat.*quem plenum honorem vocat Papinianus in *l. cùm tabulis* 16.§.*quoniam De his quæ vt indign.* vbi addit quidem ſtuprum cum ea non contrahi quæ ſe alterius quàm patroni concubinam eſſe patitur , Sed tamen non facit ea res quominus verum ſit non habere illam matriſfamilias honeſtatem *l.probrum* 41.*in fin.De rit.nupt.l.*3.*in fin. D.de liber.exhib. l. pronunciatum* 46.§.1.*De verb.ſignific.* Denique vxor nomen eſt dignitatis,Concubina voluptatis,vt tractat Cuiac.*lib.*3.*obſer.cap.* 18.Ergo cùm nec concubinam quidem faciat ſolus concubitus multò minùs faciet vxorem.

L.cùm tabulis 16.§.*quoniam De his quæ vt ind.*

ILLATIO IV.

Tabulas non facere matrimonium.

QVartò ex eodem Principio fit quod Papinianus ſcribit in *d. l. donationes* 31.*De donation.*tabulas non facere matrimonium. Quod & ſcriptum eſt in *l.ſi vicinus* 9.*& l.neque ſine nuptijs* 13. *C. de nupt.* Id enim generale & perpetuum eſt in omnibus contractibus qui nudo conſenſu perficiuntur,vt ſcriptura nullomodo indigeant , niſi ad futuram rei geſtæ memoriam , & probationem,vt Caius ſcribit in *l.*4.D.*de pignor.* vbi de nuptiis nominatim ſcribit eſſe nuptias,licèt teſtationes in ſcriptis habitæ non ſint. Iunge *l.* 4. *D. de fid.inſtrum.*

L. donationes 31. *D. de donat.* *l.ſi vicinis* 9.*& l.neque* 13.*C. hoc tit. l.* 4. *D.de pigne. l.*4.*D.de fid.inſtrum.*

ILLATIO V.

De patre conſentiente nuptijs filij citra ſubſcriptionem.

QVintò ex eodem Principio fit vt ſi pater nuptiis filij aut filiæ conſenſerit,non eo minùs ſubſiſtant nuptiæ quòd inſtrumento ad matrimonium pertinenti pater non ſubſcripſerit,inquiunt Impp. in *l.* 2. *C. de nupt.* Nempe quia licèt conſenſus patris ſit de ſubſtantia nuptiarum filij,vt diximus Principio ſuperiore,nihil tamen commune habet conſenſus ille cum ſubſcriptione patris ſi modò aliunde probari poſſit *l.pactum quod bona fide* 17. *C. de pact. l. cum te* 5.*C.de tranſact.l.*4.D.*de fid.inſtrum.*

*L.*1.*C.hoc tit.*

ILLATIO VI.

De nuptijs inter abſentes quoque contrahendis.

SExtò ex eodem Principio ſit,vt inter abſentes quoque cõtrahi nuptiæ poſſint ſicut & ſponſalia & cætera omnia quæ nudo cõſenſu expediũtur. Quid enim vetat conſenſum illum præſtari per nuncium,aut per literas *d.l. mulierẽ* 5.D.*de rit.nupt.l.*4.*l.vlt.*D.*de ſponſalib.* vbi Vlp. ſcribit parui referre per ſe & corã an per internunciũ vel per epiſtolam an per alium facta ſint ſponſalia;Plerunque enim conditiones(Gallicè dicimus *les parts*)interpoſitis perſonis expediri.Quãquam fatendum eſt non idẽ iuris in ſponſalibus ab initio obtinuiſſe.Nam cũ dicta ſint à ſpondendo propterea quòd moris eſſet veteribus ſtipulari,& ſpõdere ſibi vxores futuras,vt monuimus ex *l.*2.*&* 3.*eo.tit.*certũ eſt nunquam ita ius fuiſſe vt ſtipulatio inter abſentes & per nunciũ aut per epiſtolam contraheretur. Sed ab eo more poſtea receſſũ eſt , & inductũ vt nudo quoque conſenſu& cõſequenter citra ſtipulationẽ per pactũ contrahi ſpõſalia poſſent.

L.mulierem 5.*D.hoc tit.* *L.*4.*l.vlt.* *D. de ſponſ.*

Digitized by Google

Pactum autem quin per epistolam aut nuncium etiam inter absentes fieri possit non ambigitur *l.2.D.de pact.l.qui autem* 14.§.*vlt.*D.*de constit.pecun.l.*1.§.*vl.* *D.de contr.empt.* Non tamen similiter potuit olim vxor per nuncium aut per literas in mariti domum deduci. Sic enim euocari potiùs quàm duci videretur. Atqui deductione non euocatione opus erat vt matrimonij sollennitas impleta dici posset, quamuis ad executionem matrimonij potiùs quàm ad contrahendas nuptias ea res pertinere videretur *d.l.mulierem*.

De vxore in mariti domum deducenda.

ILLATIO VII.

De lugendo marito qui absentem vxorem accepit.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Vlpianus ex Cinna Iureconsulto scribit in *l denique 6.eod.tit.De rit.nup.* Eum qui absentem accepisset vxorem, deinde rediens à cena iuxta Tyberim periisset, ab vxore lugendum esse. Nempe quia verus maritus fuit non sponsus, nuptiis scilicet per consensum quamuis inter absentes præstitum constitutus. Sponsi enim nullus luctus esset *l. vxores 9.§.1.D.de his qui notant.infam.* quamuis in aliis plerisque ratio eadem sit sponsi & mariti, scilicet vbi iuris ratio eadem in vtroque locum habet, vt in specie *l.tutor* 15.*in fin.cum l.seq.*D.*de sponsal.l.* 4.*D.de fund.dotal.l. si vxor* 13. §.*Diui* 3 *&* §.*si vxor* 8.*ad leg.Iul.de adult l.*1.*in fin. De his qui not.infam. l.* 5.*D. de testib.l.quæsitum* 17.*in fin.De reb.autor.iud.possid.*

L.denique 6.D.hoc tit. De rit.nup.

L.vxores 9.§.1. D.de his qui not. infam.

ILLATIO VIII.

De *virgine habente dotem,& de dote actionem.*

OCtauò ex eodem Principio fit, quod ex Paulo subiungitur in *l. ideóque 7. De rit. nupt.* posse fieri vt virgo aliqua & dotem habeat & de dote actionem. Nempe si vt in eo ipso casu de quo proximè diximus, nuptiæ contractæ sint per nuncium aut per epistolam inter absentes, nec tamen coitus & concubitus vllus secutus sit. Sicut enim non eo minùs veræ nuptiæ sunt, quod vxor in viri cubiculum numquam venerit, cùm nuptias consensus faciat non concubitus *d. l. cui fuerit* 15. *De condic. & demonstr.* Ita nec illa eo minùs virgo quod virum habeat & maritum quandiu eius congressum passa non est. Porrò vt habeat illa & dotem & de dote actionem sufficit quòd verum matrimonium interceserit *l.3.*D.*de iur.dot.*

L.ideóque 7.D.hoc tit.

L. cui fuerit 15.De condi. & demonst. l.3.D.de iur. dot.

ILLATIO IX.

De sponsalibus contractis per verba præsentis temporis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt sponsalia per verba de præsenti, vt aiunt, contracta non tam sponsaliorum quàm nuptiarum iure censeantur non solùm ex iuris pontificij autoritate, sed etiam si iuris ciuilis ratio inspiciatur. Ideo enim aliud nomen sponsalibus datum est, aliud nuptijs, quod ita contrahi sponsalia solerent vt non nisi futurarum nuptiarum repromissionem continerent *l.*1. *&* 2. D. *de sponsal.* Atqui cùm de sponsalibus per præsentis temporis verba contractis agimus, ponimus id inter contrahentes actum esse vt ex eo tempore adesset consensus viri ad præsentem vxorem accipiendã, & vicissim con-

L.1 & 2.D. de sponsal.

Digitized by Google

consensus mulieris ad nubendum marito, nihilque in futurum tempus collatũ præter coitum & concubitum, quem iam toties diximus ad matrimonij formam & substantiam minimè pertinere. Denique cùm & spõsalibus & nuptiis commune illud sit, vt nudo consensu contrahantur, ea sola inter sponsalia, & nuptias differentia esse potest, quod consensus qui in spõsalibus interuenit futuras nuptias respicit, non etiã ille qui præsentes nuptias cõstituit: Optima ergo ratione pontificio iure cautum est, vt spõsalia contracta verbis de præsenti nõ magis quàm nuptiæ dissolui possint, item vt perinde impediant ne aliæ nuptiæ contrahi possint quandiu viuit ea quæ per verba de præsenti despõsa fuit, Immo nec post ipsius obitum cum alia muliere quæ ipsius cõsanguinea sit intra gradus prohibitos, Rursum vt si eadem mulier duobus desponsa sit vni primùm per verba de futuro, alteri verò postea quidem, sed per verba de præsenti præferendus sit hic qui tempore posterior est, tanquam qui non tam sponsus quàm maritus dicendus sit, dummodo sponsalia de futuro confirmata non fuerint per copulam medio tempore subsecutam. De quibus omnibus & aliis huiusmodi tractatur passim in *Decret.tit.* De *sponsal.& De matrim.contr.Extr.*

ILLATIO X.

De nuptiis aduersus leges & Principum mandata contractis etsam coitu secuto.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt nuptiæ dici non possint quæ contractę sunt aduersus leges aut mandata Principum quamuis & coitus secutus fuerit, & suscepti ex eo coitu liberi §. *si aduersus ea infr.hoc tit.l.3. D. de iur. dot.* quia scilicet nullus hoc casu consensus interuenisse videatur, siquidem consensus contra legum autoritatem præstitus pro non præstito habendus est, sicut & pro infectis, omnia cætera quæ contra leges facta proponũtur, Nempe quæ eiusmodi sunt, vt in iis effectus iuris considerandus sit potiùs quàm sola destinatio animi, vt loquuntur Impp. in *l.eum qui duas* 18. *C.ad leg.Iul.de adul.* iũct. *l.non dubium* 5. *C.de legib.* Nam sicut nuptias non quælibet maris & fœminæ coniunctio facit, sed ea tantùm quę sit iusta & legitima, ita nec consensus quilibet, sed is demum qui sit iustus & legitimus, id est qui nec iure, nec legibus improbetur, licèt habuerint contrahentes animum matrimonij contrahendi, hoc est quamuis vxoris animo habeatur ea quæ tamen vxor esse non potest, vt scriptum est in *d.l.si vxor* 13. *§.sed etsi ea sit D.ad leg.Iul.de adult.*

§. *si aduersus hoc tit.l. 3. D. de iur. dot.*

l. eum qui duas 18. *C. ad leg. Iul. de adult.*

L. *si vxor* 13. *§ sed etsi ea sit. D ad leg. Iul. de adul.*

ILLATIO XI.

De condicione nuptiarum.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt si cui legatum fuerit sub condicione *si nupserit*, aut quod effectu idem est *cùm nupserit* non priùs impleta condicio dici possit quàm mulier ritè nupserit. Nec enim omnes coniunctiones implent condicionem, inquit Vlpian. in *l. hæc condicio* 10. D. *de cond. dic. & demonstrat.* Finge nondum nubilis ætatis puellam in domum mariti deductam esse, Non paruit condicioni, quia non potest videri nupta, quæ virum pati non potest *l.penult.D.quand.dies legat.ced.* Finge coniunctã ei esse

L. hæc condicio 10. *D. de cond. & demonstr.*

L. penult. quand. dies legat. ced.

cuius nuptiis sit interdictum. Idem dicendum erit, vt condicioni non paruisse videatur. Planè si cùm nubere posset nupserit post factum testamẽtum quamuis viuo adhuc testatore non dubitatur quin condicionem impleuerit, quia condicio hæc talis est quæ semel impleri debeat, id est quæ vnico eóque primo actu impleatur. De illo tantùm dubitari in *d.l.hæc condicio*, An hæc puella legataria quæ vel priusquàm viripotens esset nupsit, vel ei cui per leges nubere non licebat postea parêre condicioni possit quasi non nupserit. Sic enim legis verba habent *an tamen nubendo postea parêre condicioni possit quasi non nupserit, dubitari potest*. Ad quam dubitationem statim respondetur cum distinctione, his verbis *& si testator de primo nuptiali iugo sensit, puto defectam condicionem*. Quod tamen quomodo aut qua ratione verum esse possit ego non intelligo. Quantumuis enim de primo nuptiali iugo testator senserit, cur dicemus secuta ea coniunctione quæ nuptias facere non potuerit, defectam esse condicionem, ac non potius id quod res est, nondum impletam fuisse? Neque verò eadem ipsa lex hoc negat. Statim namq; sequitur *benignè tamen dicendum est nondum impletam condicionem esse, non defectam* quomodo legendum esse iampridẽ vir doctissimus Iacob. Cuiac. *lib.* 13. *Obser. ca.* 40. subtiliter ac feliciter vt alia pleraque emendauit. Sed ego quæro, quod ille non vidit, Cur hoc ipsum quod admittimus, non tam defectam esse condicionem quàm non impletam, benignè tantùm, id est ex humanitate & æquitate, ac non etiam ex ipsissima meráque iuris ratione admittendum esse dicamus. Siquidem fieri nullomodo potest, dicam amplius, nec si testator velit, vt condicio illa *nupserit* nullis temporis anguſtiis coarctata priùs deficiat quàm certum esse incipiat legatariam nubere amplius numquam posse: quod tamen non priùs certum esse potest quàm vel decesserit, vel eam impleuerit ætatem in qua nubere per legem Iuliam Papiam prohibeatur. Quod enim vel antequàm viripotẽs esset, vel ei cuius nuptiis interdictum erat nupsisse proponitur præbet materiam de illo dũtaxat dubitandi. An hoc ipso condicionem impleuisse videri debeat, nõ etiam de illo, An videatur condicio defecisse. Cùm duo ista *impletam condicionem esse & defectam*, nõ cõtradictoria sint, sed cõtraria, Inter quę mediũ illud est, *nec impletã cõdicionẽ esse nec defectã*. Et cõsequẽter etiã amisso eo quod per inutiles iniustásque nuptias quæ nuptię non fuerunt condicio impleta non sit, minimè bona erit cõsecutio si quis ex eo inferat, Esse igitur defectam. Potiùs enim debeat è contrario inferre, Immo verò implẽdam adhuc esse quæ nõdũ impleta fuerit, ac proinde impleri posse. Nec quod ponimus testatorem de primo nuptiali iugo sensisse, ad rem facit. Tantò magis enim ex eo apparet nõ fuisse condicionem huiusmodi defectam per nuptias inutiliter contractas, siquidem neque iugum vllũ esse potest sine vinculo, neque vinculũ contrahi ex ea cõiunctione quæ iuris vinculo & potestate sit destituta. Iugum enim cùm dicimus effectum iuris nõ solam animi destinationem consideramus *arg. d.l. eum qui duas* 18. C. *ad leg. Iul. de adult.* Planè si poneres testatorem sensisse non de primo nuptiali iugo, sed de prima coniunctione relata non tã ad ius quàm ad factũ *coniunctionis* significatione, defendi probabiliùs posset verba quę in prima coniunctione verificari nõ potuissent ad aliã cõiunctionẽ extendi contra testatoris voluntatem non oportere. Quamquam esset etiam is casus alienus ab eo qui tractatur *dicta lege hæc condicio*, vbi nõ proponitur sic concepta esse condicio, vt de coniunctione quicquam testator dixerit, sed hoc modo *Filiæ meæ*

d.l. hæc condicio.

l. eum qui duas 18. C. *ad leg. Iul. de adult.*

cùm

cùm nupserit, aut quod idē eſt *ſi nupſerit* quo verbo certum eſt ſignificari quidem coniunctionē, ſed non quamlibet, at eam ſolam quę nuptias conſtituat, & per cōſequens quæ non ad factum, ſed ad ius referatur, cùm quiſquis *nuptias* dicit non tantùm coniunctionem illam exprimat quæ tota eſt facti, ſed etiam ius adeóque vinculum iuris omnis diuini & humani. Nec eſt contrarium quod Papinianus in *l. dotis promiſſio 68. De iur. dot.* nuptias vocare videtur illas etiam quę nullum iuris vinculum habuerunt, putà quę à filiafamilias ſine cōſenſu patris initæ fuerunt, cùm fatetur dotis promiſſionem quam filiafamilias tunc feciſſet non facilè extenſam iri ad nuptias, quibus inter eaſdē perſonas pater poſtea conſenſiſſet, ſi medio tempore alij filia nupſiſſet quaſi dotis promiſſione conſumpta in primis nuptiis quibus fuerat deſtinata. Non enim is Papiniani ſenſus eſt, vt primæ nuptię dici poſſint, quę ignorāte ab initio patre inutiliter cōntractæ ſunt, quaſi hoc ipſo ſecundę ſint illæ, quibus poſtea conſenſus patris accedit. Sed è cōtrario vt dotis promiſſio in nuptiis inutilibus facta nō aliter extinguatur iis nuptiis vtiliter poſteà cōtractis, quàm ſi alię nuptię interceſſerint. Quo vtique caſu nuptiæ quæ ex patris conſenſu inter eaſdē perſonas poſtea cōtractæ eſſent, nō niſi ſecundę dici poſſent, quippe quę nō primas illas inutiles, ſed medias, quæ potiùs primæ dici debent, ſequerentur. Alioqui fateri eſſet nullis quoq; nuptiis aliis intercedentibus irritā fore dotis promiſſionē quā filiafamilias ignorante patre feciſſet, tāquā primis illis nuptiis inutilibus, ſi nuptię dici poſſent, cōſumptā. Quod tamē Pap. apertè negat, Nō alia proculdubio ratione quàm quòd nec primę nuptię nec ſimpliciter nuptiæ dici poſſint, quæ inutiles & iniuſtæ fuerūt, quomodo dicimus, Tabulas nullas in edicto *De bon. poſſ.* tabularū nomē nō mereri. Quę cùm ita ſint vix puto dubitari ampliùs poſſe quin tota illa quæſtio poſita in *d. l. hæc condicio*, ab illis verbis *an tamen nubendo* tota ſit Triboniani cùm ſit inepta, & quę ad eam adfertur reſponſio non ſolùm ineptior, ſed etiam prorſus falſa, vt oſtendimus. Et verò Tribonianei moris illud eſt, vt in ſuis ad nouas quæſtiones reſponſionibus hæſitet plerumque, & ignarus quid ex iuris ratione quidve ex æquitate cōſtituere debeat, ſummum ius ab æquitate diſtinguat, nonnumquam verò vt hîc contigit, erret in vtroque, benignitati tribuens, id quod ſit ex ſummo iure, Sicut & aliàs perſæpe ſententias falſas pro æquis amplectitur, tametſi reuera ſint iniquiſſimæ. Nec ſanè alio Pandectarum loco reperias *iugum nuptiale* pro *nuptiis* dici à Iurecōſultis, ſed à Triboniano dūtaxat in pleriſque Codicis conſtitutionibus. At neq; præcedētia ſatis cōueniunt elegātię Vlpiani. Quæſtio enim illa, An cōdicio huiuſmodi *ſi filia nupſerit* impleri poſſit poſt factū teſtamentum & viuo adhuc teſtatore ridicula eſt, cùm dubitādi cauſa nulla ſit, quin poſſit quādocūque impleri vbi certū tempus ei implendæ nullū præfinitum eſt. Habet enim tempus infinitum vt Mæcianus loquitur in *l. condicionum 19. eod. tit.* id eſt nullo certo tempore finitū. Et quod lex ait non ſatis egiſſe teſtatorē hoc caſu quādo vellet impleri condicionē, facit potiùs vt poſſit impleri quādocūque quam vt de illo dubitari debeat, An impleri quandocūque poſſit. Sed & ratio iis verbis expreſſa *præſertim cùm cōdicio hæc talis eſt, vt ſemel impleri debeat* valde impropriè ac inconcinnè concepta eſt. Debuerat enim ſic potiùs concipi *præſertim cùm hæc condicio talis ſit vt vnico non reiterabili actu impleatur*, licèt ipſe nuptiarum actus ſit reiterabilis. Denique quod ſequitur *puta enim nondum nubilis ætatis in domum mariti deducta*, pro eo quod dicere Tribonianus voluit,

L. dotis promiſſio 68. D. de iur. dot.

Manus Triboniani in d. l. hæc condicio.

L. condicionum 19. eod.

Puta enim nondum nubilis ætatis puellam in domum mariti deductam esse, videtur mihi, satis noua insulsáque loquendi ratione, expressum fuisse. Sed & ea quæ in eadem lege sequuntur, licèt sint vera, minùs tamen elegantia sunt quam vt facilè possim credere esse Vlpiani, præsertim vltima illa *similis modo hoc erit dicendum.*

ILLATIO XII.

De nuptiis ex sola nubili ætate non æstimandis.

DVodecimò ex eodem Principio fieri videtur, quod Iustinianus non tam veteris iuris corrigendi, quàm dubitationis antiquæ tollendæ gratia constituit in *l. sancimus 24. C. de nupt.* vt si quis fecerit nuptiarum mentionem inqualicunque pacto quod ad dandum, vel faciendum, vel non dandum, vel nõ faciendum concipiatur, & siue nuptiarum tempus dixerit, siue nuptias nominauerit, non aliter condicio intelligatur esse adimplenda, vel extenuãda vti pse loquitur, nisi ipsa nuptiarum accedat festinitas, ita vt nõ inspiciatur tempus in quo nuptiarum ætas, vel fœminis post duodecimum annum excesserit, vel maribus post quartumdecimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint, id est ex quo is cõsensus interuenerit qui nuptias cõstituit. Non enim ętas nubilis facit nuptias, sed cõsensus ille ex quo nuptiæ ęstimãtur.

L. sancimus 24. C. de nupt.

ILLATIO XIII.

De donatione facta vxori antequàm in domum mariti deduceretur.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit quod Scæuola respondit in *l. Seia Sempronio 66. De donat. int. vir. & vxor.* Nam cùm Seia certo die nupturа Sempronio, proponeretur ei donasse tot aureos antequàm domum deduceretur, tabulæque dotis signarẽtur, & quæreretur an ea donatio rata esset, Scæuola respondet non attinuisse tẽpus exprimi in proponenda quæstione, an priusquàm domũ deduceretur donatio facta esset, aut tabularũ conlignatarũ, quippe quæ & post contractum matrimonium plerumque fierent. Itaqua nisi ante contractum matrimoniũ quod cõsensu solo fieri intelligitur donatio facta esset, eam non valere. Nec obstat quod in *§. 1. eiusdem legis*, idem Scæuola sic loquitur quasi non priùs dici possent nuptiæ quàm virgo in mariti domo, aqua & igni acciperetur, cùm ita scribit *prius quàm ad eum transiret, & prius quàm aqua & igni acciperetur, ad est nuptiæ celebrarentur.* Quò etiam pertinet illud Ouidij, *Quos faciunt iustos ignis & vnda viros*, itémque quod Verrius Flaccus *ignem Pollux vndámque iugalem Prætulit.* Nam respondeo non ita id accipiendum esse quasi Scæuola, vel alius quisquam existimauerit nuptias ea tantùm sollennitate, non etiam solo consensu perfici: Sed quoniam vt plurimum ita eueniebat, vt in contrahendis matrimoniis præcederent sponsalia, nec alius mutuus coniugum consensus requireretur quàm qui in sponsalibus interueniisset, in eum vsque diem quo trãsiret mulier in domũ mariti, quod cùm fiebat hoc ipso interuenire dicebatur nouus cõsensus ille qui necessarius esset ad nuptias constituẽdas. Nõ enim poterat magis, aut apertiùs declarari volũtas vtriusq; cõiugis, quàm ipso maritovxorẽ in domũ suã

L. Seia Sempronio 66. D. de donat. int. vir. & vxor.

§. 1. d. l. Seia.

Consensum qui in sponsalibus contrahẽdis interuenit, sufficit ad nuptias si secuta sit deductio in domum viri.

deduc-

Digitized by Google

deducente, præsertim cùm id fieret in executionem & consequentiam prioris consensus adhibiti in sponsalibus contrahēdis quæ iā diximus nihil aliud fuisse, quàm spem futurarum nuptiarum. Cęterùm, siue sponsalia aliqua pręcessissent, siue nulla, si tamen nuptiarum consensus interuenisset, dubitandum non est quin nuptiæ citra vllam aliam sollennitatem nudo consensu contractæ dicerentur, quod cùm ex tot aliis supradictis nostri iuris locis, tùm ex primo huius legis responso apertissimè constat.

ILLATIO XIIII.

Per furorem impediri matrimonium contrahendum, non dissolui contractum.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt furor contrahi matrimonium non patiatur, quia consensu opus est, inquit Paulus in *l. oratione 16. §. vlt. D. de rit. nupt.* furiosus autem non potest consentire qui nec sentire videtur *l. si ibi 8. §. vnius hominis, De option. legat.* Et tamen bene ante furorem cōtractum matrimonium ex superueniente furore non dissoluitur, vt ibidem Paulus addit, quod & scriptum est in *l. patre furioso 8. De his qui sunt sui vel alien. iur.* Eadem nimirum ratione, quod matrimoniū non nisi dissensu, aut aliquo alio ex legitimis modis dissoluatur, Dissentire autem non possit, qui nec consentire potest *l. 2. §. vlt. D. solut. matrim. l. in bello 12. §. medio tempore De capti. & postlim.* Inde fit vt qui nascuntur ex eo matrimonia liberi non eo minùs sint iusti quod in persona alterutrius parentis furor superuenerit, & consequenter, vt perinde sint in sui patris licèt furiosi potestate, siue ante furorem concepti editique sint, siue in ipso furore, & siue alteruter duntaxat parentum furere cœperit, siue vterque vt Vlp. scribit in *d. l. patre*, vbi rationem illam adfert quod cùm ius patriæ potestatis moribus receptū sit, nō possit quis delinere habere in potestate, nisi exierint liberi de potestate iis modis & casibus quibus solent, hoc est qui iure ciuili in eā rē sunt comparati inter quos non est furor. Proinde nec illud mirum est acquiri huic patri commodum eorum omniū quę filius acquirit, vt in eiusdem legis fine scriptum est. Id enim fit iure potestatis *l. placet 79. D. de acq. hered. l. 1. in prin. D. si à parent. quis manum.* Neque pugnat quod Scęuola respondit in *l. heredibus 77. §. 1. D. ad SC. Trebell.* filios susceptos ex eo matrimonio quod cum furiosa contractum fuit facere vt deficiat condicio fideicommissi quod ab ea pater reliquerat, Si sine liberis moreretur. Non enim id rationem illam habet quòd filius ex ea cōiunctione susceptus possit dici iustus patri suo, quasi matrimonium cum furiosa constare potuerit, sed quia in condicionibus nihil nisi factum versatur, negari autem nō potest quin facto ipso matrimoniū in ea specie aliquod fuerit, præsertim cùm pater ipse qui cōdicionē eiusmodi adscripserat filiam suā in matrimonio collocasse proponeretur. Idque est quod ad Scæuolam Claudius ibidem notat iis verbis *nam etsi matrimonium cum furiosa non fuit, satis tamen factum est eiusmodi condicioni.* Puto tamen obseruandum quod nescio an adhuc quisquam obseruauerit, non idē iudicio meo responsurum fuisse Scęuolam si tale fideicōmissum non filiæ iunctū fuisset, sed filio qui postea furiosus iam factus, aut cū mulicre furiosa matrimoniū facto magis quàm iure contraxisset. Quantumuis enim verū sit quod diximus in cōdicionibus nō tā ius inspici quàm factū, fieri tamē nequit vt condicio

l. oratione 16. §. vlt. D. hoc tit.

L. patre furioso. 8. De his qui sunt sui vel alien. iur.

L. placet 79. D. de acq. hered.

L. heredibus 77. §. 1. D. ad SC. Trebell.

Differentia elegans, & differētia ratio inter filium & filiam in specie dict. §. l. l. heredibus.

illi *si sine liberis decesserit* defecisse videri debeat, si non aliquis ex rogato herede filius filiáve supersit *l. filius familias* 114. *§. cum erit rogatus De legat.* 1. Atqui nullũ patrẽ habere intelligitur, quisquis nõ ex iustis nuptiis susceptus est, cùm pater ille demum sit, quem nuptię demonstrãt *l. quia semper* 5. *D. de in ius voc.* Non ergo dici potest filiũ reliquisse is qui filium suscepit ex eo matrimonio quod sine iã furiosus ille, sive compos mentis cum furiosa cõtraxerit, quia reuera matrimoniũ non fuit, cùm matrimonij nomen sit iuris nõ facti. Exquo apparet quænam sit ratio huius diuersitatis quam nos inducimus inter eũ casum quo fideicõmissum à filio & illum quo à filia relictum sit. Nimirum quia mater semper certa est etiamsi extra iustas nuptias adeóque vulgo filium quęsierit *d. l. quia semper.* Itaque quod ad matrẽ pertinet nõ sunt ista paria, quę tamen paria sunt quod ad patrem, Non habere filium, &, iustum filium non habere. Potest nãq; mater habere filium verum, etiam qui non magis matri suæ quàm patri iustus sit (neque enim alterutri iustus esse filius potest quin sit vtriq; pater verò nõ potest. Rursus quod dicimus matrimonium bene ab initio contractum ex superueniente alterutrius, aut etiã vtriusque coniugum furore non dissolui *d. l. oratione §. vlt. De rit. nupt. d. l. patre* 8. *D. his qui sui vel alien. iur. sunt l. si cum dotẽ* 22. *§. si maritus D. solut. matr.* non pugnat cum eo quod dici solet, intercidere illa quę peruenerunt ad eũ casum à quo incipere non potuerũt *l. pro parte* 11. *D. de seruit. l. quia in eum casum* 16. *D. ad leg. Aquil.* Nõ enim perpetua est illa regula, neque placuit prudentibus omnibus, sed quibusdã duntaxat, vt colligi potest ex *l. existimo* 98. *De ver. oblig. l. in ambiguis* 85. *§.* 1. *De reg. iur.* Nẽpe quod persępe vitiari eam sit necesse, in iis præsertim quę semel bene non solùm inchoata, sed etiã perfecta sunt & consummata, qualia sunt quę momentanea, & quę vnico nutanti expediuntur, cuiusmodi est matrimonium, testamentum *l. is cui lege* 18. *D. qui testam. fac. poss. l.* 1. *§. semel autem* D. *de bon. poss. sec. tabu.* & alia huiusmodi. Quemadmodum enim quod ab initio vicioſum est non facilè ex postfacto conualescit *l. quod ab initio* 29. *De regul. iur.* ita è cõtrario quę ab initio constiterunt non facilè ex causa superueniente irrita fieri debent *l. verum* 11. *§. item non restituitur D. de minor. l.* 5. *in fin. D. ad leg. falcid. l. sancimus* 25. *C. de admin. tutor.* Planè monẽdum illud est hoc ipsum quod diximus furorem impedire ne matrimonium contrahatur, tũc verè dici, cùm alteruter eorum qui coire volunt, in furore est, nõ etiã si furiosus sit ille in cuius alterutter coniugum sit potestate. Quamuis enim dixerimus iustas nuptias contrahi non posse quin consentiant non ij solùm qui coeunt, sed illi etiam qui coeuntes in potestate habent *l.* 2. *D. de rit. nupt.* Differentia tamen ea est inter horum & illorum consensum, quod matrimonium nullomodo contrahi potest sine expresso coeuntium consensu, siue verbis, siue facto & ipsa vxoris in mariti domum deductione consensus ille declaretur, Eorum verò qui coeuntes in potestate habent consensus plerumque hoc ipso interuenire intelligitur, quod non dissentiunt, quẽadmodũ pluribus docuimus & demonstrauimus ad prędecedens Princ. *illat. 5. & vlt.* vbi inter cæteros casus in quibus id euenit hunc quoque addidimus, si filij aut filię nuptias contrahentis pater furiosus sit. Ex *l. si furiosi* 25. *C. de nupt.* iunct. *l. tam dementis* 28. *C. de epis. audient.* quibus etiam ex locis apparet quæcunque de furiosis diximus, etiam de dementibus dicta intelligi oportere. Facit *l.* 4. *D. de diuort.*

Non semper interci lunt illa quæ peruenerunt ad eum casum à quo incipere non potuerunt.

L. pro parte 11. *D. de seruit. l. quia in eũ casum* 16. *D. ad le. Aquil l. existimo* 98. *De verb. oblig. l. in ambiguis* 85. *§.* 1. *de regul. iu. Quæ ab initio consistere runt non facilè ex causa superueniente irrita fieri debent.*

L. si furiosi 25. *C. de nupt. l. tam dementis* 28. *C. de epis. audient.*

L. 4. *D. de diuort.*

ILLA-

ILLATIO XV.

De matrimonio conualescente ob amissam mariti dignitatem, quæ impedimento erat.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, quod Vlp. scribit in *l. si quis senato rio 27. De rit. nupt.* Si quis in senatorio agens ordine libertinam vxorem habuerit, quamuis interim vxor illa non sit, tamen in ea esse condicione, vt si amiserit maritus dignitatem ipsa vxor esse incipiat. Nempe quod consensus ille qui ab initio ad contrahendas nuptias interuenit, licèt nullam eo tempore vim & potestatem habuerit, tanquam præstitus contra leges, nunc tamen cessante impedimento reuiuiscere intelligitur hoc ipso quod eadem mulier sub nomine & dignitate vxoris in domo retinetur. Nam quemadmodum sufficeret deductam esse vxorem à marito ipso in mariti domum ad hoc vt dubitari non posset quin mutuo consensu de quo aliter non constaret matrimonium contractum videretur, ita & ad eundem consensum exprimendum sufficit eam quæ ab initio malè ac contra leges in mariti domum deducta fuit in eadem domo permittentibus legibus retineri. Quemadmodum etiam euenit cùm minor annis duodecim ducta in domum viri postea in eadē domo annum duodecimum cōpleuit. Cōstat enim ex eo tempore fieri eam vxorem legitimam *l. minorem 4. D. eod. tit. De rit. nupt. l. si vxor. 13. §. si minor* D. *ad leg. Iul. de adult.* Quæ omnia procul dubio se aliter haberent si præter consensum aliud quidpiam necessarium esset ad iustas nuptias contrahendas. Indéque pertenda etiam est ratio dubitandi apud Papinianum in *l. generali 34. §. vlt. De rit. nupt.* vbi scribit ille filiam Senatoris nuptias libertini secutam non ex eo fieri vxorē quod pater dignitate sua ceciderit, id est à Senatu motus sit. Is enim est, quem patris casum Papinianus vocat, vt & in *l. filiam 9. D. de Senator.* & Vlp. in *l. emancipatum 7. §. vlt. eod.* Videbatur autem patris casum nocere filiæ debere, id est quemadmodum Senator vbi à Senatu remotus est Senator esse desinit, ob idque ex eo tempore incipit libertinam vxorem habere posse, ita & filiam Senatoris à Senatu remoti desinere filiam esse Senatoris, vt proinde saltem ex eo instanti nuptias libertini non reluctantibus legibus sequi possit. Sed aliud Papiniani iudicium est ratione illa pereleganti subnixum, quod quæsita dignitas liberis ex dignitate patris, non idcirco liberis auferenda sit, quod eam pater ipse amiserit. Quam rationem non perceperunt, qui negationem à Papiniano positam in illis verbis *auferenda non est* delendam putauerunt. Nam si liberis quæsita dignitas propter crimen patris esset auferenda, incideret vtique Senatoris filia vxor iusta esse libertini, ex quo tempore pater Senator esse desiisset, cùm oratione Diui Marci ad quam senatusconsultum quoque factum est ea demum mulier libertino nubere prohibeatur, quæ sit filia Senatoris *d. l. oratione 16. in princip. eod. tit. De rit. nupt.* aut etiam neptis proneptisve *l. semper 42. §. 1. eod.*

L. si quis in senatorio 27. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. minorem 4. eod. tit. l. si vxor 13. §. si minor D. ad leg. Iul. de adult.

L. generali 34. §. vlt. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. filiam 9. D. de Senat. l. emancipatum 7. §. vlt. eod.

L. semper. 42. §. 1. D. hoc tit.

ILLATIO XVI.

De *validandis nuptiis contractis aduersus mandata Principum.*

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt etsi contra mandata Principum contractum sit matrimonium in prouincia, tamē post depositum officiū

Digitized by

si in eadem voluntate perseueratum fuerit, iustæ nuptiæ efficiantur posteáque
L. eos qui 66. §. 1. eod. tit. nati ex eo matrimonio liberi iusti sint, & legitimi, vt Paulus scribit in *l. eos qui 66. §. 1. D. eo. tit. De rit. nupt.* Nempe quia nouus cõsensus qui interuenit eo tẽpore quo tollitur impedimentum, quod antea faciebat ne iustæ essent nuptiæ, nouas nuptias facit, cùm ad eas contrahendas nihil nisi nudus consensus requiratur. Nouas autem nuptias effici dicimus, nõ veteres quæ iniustæ fuerant confirmari, quia non potest nouus ille cõsensus retrotrahi ad nuptias conualidandas, quandoquidem ea ratione fieret, vt ad tempus inhabile retrotraheretur. Ideóque non sic Paulus loquitur vt dicat liberos omnes ex ea coniunctione susceptos iustos effici, sed eos duntaxat qui postea nati sint, id est post sublatum impedimentum, quo subsistente, nec iustæ nuptiæ, nec iusti liberi esse potuerunt.

ILLATIO XVII.

De filiofamilias ducente vxorem cogente patre.

L. non cogitur 21. eod. tit. DEcimoseptimò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias vxorem ducere non cogitur *l. non cogitur 21. eod. tit. De ritnupt.* quia scilicèt nuptiæ sine consensu esse non possunt, Et tamen si filius patre cogente duxerit vxorem quam non duceret si sui arbitrij esset, non eo minùs matrimonium contraxisse intelligatur, quod inter inuitos non contrahitur, quia maluisse hoc videtur,
L. si patre cogente 22. eo. inquit Celsus in *l. si patre 22. eo.* id est quia non potest dici non consensisse filiũ qui malui eam vxorem ducere cogente patre, quàm nullam vt explicauimus ad Princ. 4. illat. a Cæterùm si filiusfamilias cùm nullam vxorem ducere vellet tandem aliquam duxerit cogente patre, matrimonium non erit, quia hoc ca-
L. 4. de reg. iur. su verè dici potest vel non videri eum, qui obsequitur patris imperio *l. 4. De regul. iur.*

ILLATIO XVIII.

De nuptiis præsumendis potiùs quàm concubinatu.

DEcimoctauò ex eodem Principio fit vt in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sint, si non corpore quæstũ
L. in libera 24. eod. tit. fecerit, quemadmodum Modestinus scribit in *l. in libera 24. D. eod. tit. De rit. nupt.* Etenim cùm nuptiæ solo consensu contrahãtur, videtur is consensus colligi satis & probari ex ipsa consuetudine, quoties ingenua & honestæ vitæ mulier ea esse proponitur, cuius consuetudinem vir habuit, Non solùm vt videtur
L. meritò 51. D. pro socio. præsumptio delicti, quæ semper vitanda est vulg. *l. meritò 51. D. pro socio.* Siquidem ingenuam & honestæ vitæ mulierem in concubinatu habere sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, quin stuprum committatur
L. 3. D. de concubin. *l. 3. D. de concubin.* Sed etiam quia reipublicæ vtilior est ea interpretatio quę & iustam vxorem facit & iustos liberos ex ea coniunctione tanquam ex iusto matrimonio susceptos. Vt quemadmodum faueri solet nuptiis tam contractis quàm contrahendis vt ad eas faciliùs homines inuitentur, ita & in eo faueatur vt in dubio & obscuro pro contractis habeantur, vbi nihil repugnat quominùs salua vtriusque cõiugis honestate ac dignitate ea interpretatio capi possit. Quod addere necesse est, vt ea exceptio comprehendatur quam Modestinus

non

non prætermisit *si non corpore quæstum fecerit.* Nam neque honestum esset honesto viro eam vxorem habere quæ corpore quæstum feciſſet, neque honorificum reipublicæ tam vilem personam sola iuris interpretatione admitti ad consortium iuris diuini & humani *arg. l. quæ adulterium 29. C. ad leg. Iul. de adulter.* ne honesta interpretatio non honestæ personæ lucrum adferat *arg. l. si possessor 52. D. de hered. pet.* nec denique periculum est ne alioqui si hæc non sumatur interpretatio, stupri præsumptio capiatur, quandoquidem stuprum non committit qui mulierem quamuis ingenuam accipit in concubinam sine testatione si modò ea corpore quæstum fecerit *l. cùm tabulis 16. §. quoniam stuprum. D. de his quæ vt indig.* de cuius loci sententia, quia corruptus & quod necessariò consequens sit, obscurus est, videnda sunt, quæ scripsi pluribus in *lib. Conectur.* Superioribus igitur consentaneum videtur, vt hodie sit abrogata supradicta Modestini sententia, postquàm sacrosancti Concilij Tridentini autoritate sancitum est vt non nudo consensu quemadmodum antea nuptiæ contrahantur, sed accedentibus præterea iis sollennitatibus quas in eam rem concurrere placuit, autoritate scilicet Ecclesiæ præsentiáque parochi. Cùm enim omnia illa sint facti neque ex sola consuetudinis probatione probari possint quomodo consensus ipse si sufficeret probaretur, fatendum est nuptias hodie non præsumi sed probari oportere, Nisi vel antiquitas temporis vel quid aliud faciat vt præsumi debeat omnia sollenniter acta fuisse. *arg. l. sciendũ 30. De verb. obligat. l. 1. §. vlt. De aqua & aquæ pluu. arc. l. 3. §. ductus aquæ D. de aqua quot. & est.* Hanc ipsam autem Modestini sententiam videtur iam olim abrogasse *Iustin. Nouell. 74. quib. mod. natur. filij effic. legit. cap. 5. §. quoniam*, vbi constituit, vt mulier, quæ in viri domo per multos annos stetit, non aliter legitima vxor fuisse intelligatur, nec legitimi ex ea suscepti liberi, quàm si probet legitimis modis acceptam se domi sub ea figura & promissione quod eam vir habiturus esset in legitimam vxorem. Idque ita constitui æquum sanè fuit, abrogata iam Christianis legibus & moribus diuortium licentia, quæ faciebat olim vt nuptiarum præsumptio minus damnosa esset, quæ nimirum nõ obstabat, quominùs diuortium fieri quandoque posset si alterutrum ex coniugibus eiusmodi consuetudinis pœniteret aut tæderet. Hodie verò sicut longè maioris momenti est matrimonium, quippe cuius vinculum vix alio vllo modo, quàm alterutrius coniugum morte dissoluatur, Ita difficiliùs nec nisi certissimis probationibus illud induci conueniens est, Maximè verò si viuo adhuc vtroque coniuge disputetur an matrimonium contractum sit necne. Soluto iam enim alterutrius morte matrimonio facilius ferri admittíque potest vt coniuges iusti ac legitimi fuisse videantur, qui quandiu ambo vixerunt & pro talibus se inuicem habuerunt, & ab alijs haberi voluerunt, habitíque fuerunt, licèt matrimonij sollennitatúmque probationes deficiant, dummodò vel temporis antiquitas vel locorum distantia vel aliud tale adminiculum adsit quod probationum difficultatem & inducat & benigna præsumptione subleuandam esse suadeat. De quo tamen alibi & commodiùs & fusiùs scribendum nobis erit.

L. cùm tabulis 16. § quoniam stuprũ D. de his quæ vt ind. Hodie post Concilium Tridentinũ non sufficit nudus consensus ad iustas nuptias contrahendas.

Nouell. 74. quib. mod. natur. effic. legit. cap. 5. §. quoniam.

Matrimonia hodie probanda sunt, nõ præsumenda, Nisi in casibus.

ILLATIO XIX.

De adulterij rea nuptias contrahente ante damnationem.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt adulterij rea facta nec ante damnationem viuente marito vxor duci ab alio possit *l. rea adulterij 26. eod.*

zed by Google

tit. De rit. nupt. quia cùm adulterij rea in eo ſit vt ſiue iure, ſiue iniuria iudicio de adulterio damnari poſſit (quis enim iudicij euentum ſemper dubium certò ſcire queat? *l. quod debetur* 51. *D. de pecul.*) conſequenter in ea quoque conditione eſt vt nuptiis conſentire non ſit ei integrum, quia ſi adulterij quandoque damnata eſſet, vtique per legem Iuliam de adulteriis alij vnquam nubere prohiberetur, adeò vt nec à marito ipſo retineri poſſet *l. miles* 11. *§. vlt. D. ad leg. Iul de adult.* Idque ſignificat Modeſtinus in *d. l. reas* iis verbis *nec ante damnationem*. Nam poſt damnationem ratio dubitandi nulla eſſet, quin legitimæ nuptiæ cum muliere adulterij damnata eſſe non poſſent. Subiunxit autem *viuente marito*, Duplici ratione, Et quia viuenti marito liberum eſt ab accuſatione diſcedere, aut etiam abolitionem criminis impetrare quandiu non eſt vxor condemnata, & ita in matrimonio eam retinere quaſi vana indignatione ad accuſationem incitatus fuerit, niſi tam certò & aperte adulteram ſciat, vt ignorantiam ſimulare non poſſit, vt ait *l. ſine metu* 17. *C. eod. l. generali* 34. *§. ream adulterij D. de rit nupt.* Et quia ſi maritus ante ſententiam decederet, nihil prohiberet quominùs mulier alij nubere poſſet, quippe quæ nec damnata eſſet, nec in eo vt damnari vnquam poſſet, nemine ſuperſtite qui ius haberet accuſationis perſequendæ præſertim quam maritus iure mariti inſtituiſſet *l. 3. §. vlt. D. de accuſat.* Nec enim obſtaret mulieri quòd etiam defuncto marito, adulterij rea ab alio quolibet poſtulari poteſt intra triginta dies vtiles *d. §. vlt.* & *d. l. miles* 11. *§. defuncto D. ad leg. Iul. de adult.* quia numquam ob id ſolùm impediri poſſunt nuptiæ quòd accuſari mulier poſſit, quandiu nemo accuſat cùm non facilè ſperandum ſit futurum vt velit quis ad eam accuſationem proſilire quæ non propriæ, ſed alienæ iniuriæ vindictam contineat *arg. d. l. miles §. ſocer*, nec rurſum de mulieris quæ à nemine accuſetur pudicitia & moribus temerè ſuſpicandum. Iuxta illud verbum Domini, Quis te accuſat?

L. miles 11. *§. vlt. D. ad leg. Iul de adult.*

L. ſine metu 17. *C. eod. l. generali* 34. *§. vlt. D. hoc tit.*

L. 1. § vl D. de accuſat.

§. defuncto d. l. miles.

§. ſocer arg. leg.

ILLATIO XX.

De *ſollemnitate repudij & diuortij.*

VIcesimò ex eodem Principio fit vt mulier quæ ſemel conſenſit nuptijs viri vſque adeò nupta ſit vt nec repudiare nec repudiari poſſit niſi miſſo ſolenniter & ex lege repudio, id eſt vſurpata ea formula, quæ in diuortiis erat vſurpanda De qua in *l. 2. D. de diuort.* Lex enim Iulia de adulterijs credens eſſe ex reipublicæ dignitate & vtilitate vt benè contracta matrimonia retinentur, voluit pro infecto haberi diuortium, quod non certo modo factum eſſet *l. vnic. in fin. D. vnd. vir. & vxor.* Itaque perinde nupta eſſe intelligitur mulier acſi diuortium nullum interceſſiſſet, ob idque nec alij nubere poteſt ea perſona quæ non ex lege repudium miſit *l. pen* D. *ad leg. Iul. de adult.* in cuius tamen fine quod ſcribitur *quamquam dicendum ne is qui ſcit eam ex lege repudiatam non eſſe, dolo malo committat* mendoſum videtur, & ſuppletione aliqua indigere niſi quis malit pro *dicendum* reponere *videndum*, vt & facilis & bonus ſenſus ille ſit, Vix credendum eſſe dolo carere illum qui vxorem eam ducat quam ſciat ex lege ritéque repudiatam non eſſe.

L. 2. D. de diuort.

L. vnic. in fin. D. vnde vir & vxor.

L. pen. D. ad leg. Iul. de adult.

ILL.

Digitized by

ILLATIO XXI.

De nuptijs simulatis.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit vt simulatæ nuptiæ nullomodo nuptiæ dici possint, nec pro nuptiis haberi *l. simulata* 30. *D. de rit. nupt.* Nimirum quòd careant consensu isto ex quo nuptiæ æstimantur. Quid enim tam contrarium est consensui quàm simulatio? Quid tam diuersum, & planè aliud ab eo quod reuera agitur, quàm id quod simulatè concipitur? *l.* 1. *& tot. tit. C. plus valer. quod agit, quàm quod simulat. concip.* Vt non sine causa Baldus ad eum locum scripserit, id quod simulatum est habere imaginem quandam falsi cùm non contineat medullam veritatis. Itaque non abs re toto iure nostro ita comparatum est vt simulata pro infectis habeantur, *l. si ex precio* 6. C. *si cert. pet. l. cùm ea* 21. *C. de transact.* tanquam eo consensu destituta ex quo facta dictáque omnia sunt æstimanda. Inde namque contractus omnes iure gentium ceperũt originem *l. iuris gentium* 7. *D. de pact. l. ex hoc iure* 5. *De iust. & iur.* inde publica etiam fides quæ & bona appellatur. Pendet enim tota ex eo vt quod promissum est fiat *l. bona fides* 31. *D. depositi.* facit *l.* 1. *D. de pact. l.* 1. *D. de constit. pecun. l.* 1. *D. locat.* Non autem promissum intelligitur nisi quod re vera actum est vt præstaretur, Vnde illud etiam est quod habet iuris regula, Semper in stipulationibus cæterisque contractibus sequi nos debere id quod actum est si de illo appareat *l. semper in stipulationibus* 34. *De reg. iur.* Item quod Modestin. scribit in *l. contractum* 54. *De obligat. & action.* contractus imaginarios etiam in emptionibus, quæ tamen omnium facillimè contrahuntur, sicut & cæteræ obligationes quæ consensu solo constant, iuris vinculum non obtinere. Imaginarios enim contractus non alios Modestinus intelligit quàm simulatos, vt sequentia illa ostendunt *cùm fides facti simulatur non intercedente veritate.* Quo etiam sensu imaginaria ista venditio & simulata dicitur nuda in *l. nuda* 55. D. *de contr. empt.* quippe quæ destituta sit eo consensu ex quo vim, & vt ita dixerim, calorem accipere deberet ad producendam obligationem. Eodémque pertinet quod dici solet, imaginariam & simulatam venditionem non esse quæ fiat precio accedente *l. imaginaria* 16. *De regul. iur.* quoniã nimirũ consensus ille qui ad contrahendam emptionem necessarius est, circa precium potissimum versatur *l.* 1. *t.* 2. §. 1. *l. pacta conuenta* 72. *D. de contr. empt.* Hoc ita tamen nisi simulatè quoque ac dicis causa precium interuenerit, vt in specie *l. cùm in vẽditione* 36. *l. si quis donationis* 38. *eod. tit. l. si quis conduxerit* 56. D. *locat. l. si quis ante* 10. §. *vl. D. de acq. poss.* Sic & imaginarius emptor dicitur, qui suppositus est & simulatus *l. & qui sub imagine* 10. *C. de distract. pignor.* & apud Paulum *lib.* 2. *sententiar.* 13. §. 4. Sic & locatio simulata dicitur quæ fit donationis causa, puta vno nummo *d. l. si quis conduxerit* 46. *D. locat.* itémque simulata transactio in *d. l. cùm ea* 21. *C. de transact.* & simulata donatio quæ donandi animum non habet *l. si præses* 8. *C. de donat.* qui tamen locus vereor ne sit mancus & ita supplendus vt in legis fine legamus *quod fides veri suggesserit id exsequetur*, alioqui nihil erit quod referri possit ad præsidem, de quo tamen præcedentia omnia sunt, & ad quem proculdubio referendum est verbũ illud *suggesserit* quod immediatè præcedit. Supplendũ enim est *religioni præsidis* vt nemo nõ videt. Potuítq; facilè nasci error ex eo quod paucioribus literis vt plerúmque fit scriptum esset exs. pro *exsequetur*. Tãta verò vis est veritatis rei gestę vt nõ solũ ijs prævaleat quę simulatè dicta sũt, sed iis etiã quę simulatè scripta probẽtur, vt quis sibi rẽ

L. simulata 30. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quàm quod simul. concip.

L. iuris gentium 7. D. de pact. l. ex hoc iure 5. De iust. & iur.

L. semper in stipulationibus 34. De regul. iur.

L. cõtractum 54. De obli. & action.

L. nuda 55. D. de contr. empt.

l. imaginaria 16. De reg. iur.

L. cùm in vẽditione 36. l. si quis donationis 38. De contr. empt.

L. & qui sub imagine 10. C. de distract. pign.

L. si quis cõduxerit 46. D. locat.

L. si præses 8. C. de don.

emens nõ alteri tamen alterius nomen pro ſuo in tabulis emptionis inſcribi voluerit. Non enim eo minùs ſibi acquiſiuiſſe videbitur *l. cùm propria* 5. *& ſeq. C. ſi quis alter. vel ſib.* Nec valde diſſimile eſt quod Iauolenus ſcribit in *l. in omnibus rebus* 55. *De oblig & act.* In omnibus rebus quæ dominium transferunt concurrere oportere adiectum ex vtraque parte contrahentium. Nam ſiue ea venditio, ſiue donatio, ſiue conductio, ſiue quælibet alia cauſa contrahendi ſuit niſi animus vtriuſque conſentiat, perduci ad effectum id quod inchoatur non poſſe: quod & à Pomponio licèt alijs verbis proditum eſt in *l. in omnibus negotijs* 37. *eod.* Quænam autem differentia ſit inter ſimulationem & diſſimulationem, quam vtique non ignorant qui in latina lingua ſunt verſati oſtendit verſiculus ille non inelegans:

L. cùm propria 5. & ſeq. C. ſi quis alter. vel ſibi.
L. in omnibus rebus 55. D. de oblig. & act.
L. in omnibus negotijs 37. eod.

Quod non eſt ſimulo, diſſimulóque quod eſt.

ILLATIO XXII.

De patrono inuitam libertam vxorem ducere volente.

VIceſimoſecundò ex eodem Principio ſit vt inuitam libertam vxorem ducere patronus non poſſit *l. inuitam* 28. D. *de rit. nupt.* Nam cùm patronatus non faciat quominùs liberta ſit libera, quippe quæ à libertate ipſa nomen acceperit, illud etiam conſequens eſt vt non poſſit patronus libertam cogere vt vel ſibi vel alii inuita nubat, quia liberæ perſonæ libera quoque voluntas eſt & eſſe debet, præſertim verò cùm de contrahendo matrimonio agitur *l. neque ab initio* 14. C. *de nupt. l. ſi cogente* 22. in illis verbis *matrimonium quod inter inuitos non contrahitur. D. eod.* Coacta enim voluntas conſenſum non habet ſaltem liberum, Ex quo illud etiam ſit vt quæcunque metus cauſa geſta ſunt ea nullo tempore rata per prætorem habeantur *l. ſi mulier* 21. *§. quod metus cauſa* D. *de eo quod met. cauſ.*

L. inuitam 28. D. hoc tit. De rit. nupt.

L. neque ab initio 14. C. de nupt. l. ſi cogente 22. D. eod.

L. mulier 21. §. quod metus cauſa D. de eo quòd met. cauſ.

ILLAT. XXIII.

De Senatore ducente libertinam ex indulgentia Principis.

VIceſimotertiò ex eodem Principio ſit quod Vlp. ſcribit in *l. ſi Senatori* 31. *eod. tit. De rit nupt.* ſi Senatori ex Principis indulgentia permiſſum ſit libertinam vxorem iuſtam habere, poſſe illam eſſe iuſtam vxorem, quia cùm nihil aliud impediret ne vxor iuſta eſſe poſſet, niſi quod Senator talibus nuptijs conſentire prohiberetur, apparet ſublato impedimento per indulgentiam Principis, conſenſum interuenire, & conſequenter iuſtas nuptias contrahi poſſe.

L. ſi Senatori 31. D. hoc tit. De rit. nupt.

ILLATIO XXIV.

De muliere reuerſa ad eundem virum, à quo priùs diſceſſerat.

VIceſimoquartò ex eodem Principio ſit vt verum ſit quod plerique opinantur & Marcellus probat in *l. plerique* 33. *eod. tit.* cùm eadem mulier ad eundem virum reuertitur, idem eſſe matrimonium quod priùs fuit, ſi non multo tempore interpoſito reconciliati fuerint, nec inter moras aut illa alij nupſerit, aut hic aliam vxorem duxerit, maximè ſi nec dotem vir reddiderit, Nimirum

L. plerique 33. eod. tit.

Digitized by Google

Nimirum quia hoc casu pristinus consensus qui nuptias fecerat durare adhuc videtur cùm ea quæ fiunt incontinenti inesse videantur *l.7. §. quinimò D. de pact.l.lecta* 40.*D.de reb.credit.* Nec tam diuortium hoc casu intercessisse videtur quàm iurgium & stribusculum *l.quod si* 31. *D.de iur. dot. l. cùm hic status* 32.*§.quòd si diuortium* 12.D.*de donat.int.vir.& vxor.* quia scilicèt non adfuit animus constituendi perpetuam dissensionem, sine quo tamen animo verum diuortium esse non potest *l.3.*D.*de diuort.* sicut è contrario non contrahitur matrimonium nisi adsit animus perpetuam constituendi voluntatum consensionem,id est ad mortem vsque cùm hac de causa definiantur nuptiæ consortium omnis vitæ *l.1.D.de rit. nupt.* iunct. *l.1.* in illis verbis *in perpetuum,id est dum viuunt* D. *pro socio.* Qua etiam ratione dicimus dotis causam esse perpetuam darique dotem ab vxore animo illo & voto, vt perpetuò sit penes vxorem *l.1.D.de iur. dot.* Est verò naturale hoc vt matrimonium dissoluatur eo modo quo est colligatum *arg.l.nihil tam naturale* 35.*De reg.iur. l. prout* 80. *D. de solut.* Nisi quod solus dissensus non dissoluit matrimonium quod solo consensu fuerat contractum,sed certis conceptisque in eam rem verbis opus olim quoque fuit, certóque modo ex legibus præscripto mittendum repudium, vt vxor legitimè repudiata verúmque diuortium interceßisse videretur,vt suprà diximus ex *l.2.D.de diuort.l.vnic.in fin. D.vnd.vir & vxor.l.penult. D. ad leg. Iul.de adult.* Videlicèt quod publicè interesset matrimonia sicut facilè contrahi,ita & contracta retineri,nec perinde facilè dissolui.

L.quòd si 31. D.de iur. dot.
L.cùm hic status 32. §. quòd si diuortium D. de donat. int. vir. & vxor.
L.3.D.de diuort.
L.1.D.hoc tit.De rit. nupt.
L.1.D.de iur.dot.
L.2.D.de diuort.l.vnic.in fin.D. vnde vir & vxor.
L.pen.D.ad leg.Iul.de adulter.

ILLATIO XXVI.

De *nuptijs contractis post generale patris mandatum de marito filiæfam.quærendo.*

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit quod Papin.respondit in *l.generali* 34.*eod.tit.De rit.nupt.* Generali mandato quærendi mariti filiæfamilias, non fieri nuptias, sed esse præterea necesse mariti personam demonstrari patri qui nuptiis consenserit,ad hoc vt nuptiæ contrahantur.Siquidem fieri facilè potest,vt pater qui filiæ nuptiis generaliter consentiat,nolit tamen huius vel illius mariti condicionem filiæ quærere,cùm ex moribus, facultatibus,& dignitate mariti aliter atque aliter id constituendum sit,& de dotis quantitate decernendum *l.quæro* 60.*cum seq.l.cùm post* 69.*§.gener & seq.* D.*de iur.dot.* Itaque cùm ita comparatum sit,vt non aliter nuptias cõtrahere possit filia in potestate patris constituta,quàm si patris quoque consensus & autoritas accedat,vt diximus *Princip.* 4.consequens est vt non possint valere nuptiæ, quas filia sine patre contraxerit,quamuis generale præcesserit mandatum quærendi mariti quasi non interuenerit consensus ille qui in contrahendis nuptiis necessarius fuit,cùm ad hanc rem non minùs necesse sit patris quàm ipsius filiæ nubentis consensum interuenire.Quod enim dicimus nuptias fieri ex solo consensu,non de illorum duntaxat,qui coeunt consensu accipiendum est, sed ad eos quoque referendum in quorum potestate sunt illi qui coeunt *l. 2. eod. tit.De rit.nupt.*

L generali 34. hoc tit. De rit.nup.

L.2. D.eod.

Digitized by Google

ILLATIO XXVI.

De liberta patrono nupta quæ inuito eo alij nubere velit.

L. *in eo iure 45. in princip. eod. tit.*

VIcesimosextò ex eodem Principio fit vt liberta patrono nupta inuito eo alij nubere non possit *l. in eo iure 45. in princip. eod. tit. De rit. nupt.* quia cũ semel nuptiis patroni consenserit nec ei liberum sit ab eo consensu resilire, nisi patronus prior dissentiat, aut vt melius dicam volenti dissentire libertæ consentiat, in reuerentiam scilicet iuris patronatus, tantique accepti beneficij, necesse est manente priore consensu manere quoque nuptias ex eo consensu contractas, atque ita prohiberi libertam alteri nubere, cùm eodem tempore duobus nupta esse non possit, vt diximus ad *Princip. 3. illat. 20 supr. eod.* Inuitum autem patronum hîc cum intelligimus, non solùm qui dissentiit, sed & qui non consentiit ad diuortium, vt interpretatur Vlp. in *d. l. in eo §. deinde*, vbi ex hoc infert libertam nec si à furioso diuertat soluere tamen se posse legis necessitate, id est allequi vt cum alio connubium habere possit, Nec si ab ignorante inquit, supple *furioso* diuerterit. Rectius enim hic inuitus dicitur, quàm qui dissentit. Hic scilicet, non qui ignorat vt vulgo interpretantur, sed qui est furiosus quantumuis præterea ignorans. De illo enim solo Vlp. loquitur non de alio patrono minimè furioso quo ignorante liberta diuerterit: Falsum siquidem est inuito me fieri quod fiat me ignorante, cùm penitus ista differant *esse inuitum* & *esse ignorantem l. 4. §. 3. D. de fideic. libert. l. qui potest 26. De regul. iur.* sicut & aliud est nolle, aliud non velle *l. 3. eod.* itémque aliud *velle* aliud *non nolle l. 1. §. scientiam* D. *de tribut. act.* Cur verò dicitur rectius inuitus furiosus qui dissentire non potest quàm qui expressim dissentit? Hoc enim sanè mirum videtur. Sed ratio est quia qui dissentit licèt non consentiat, (nam & plus est *dissentire* quàm *non consentire*) tamen consentire posset si vellet, At furiosus nec consentit nec consentire potest etiam si vellet, quia neque velle potest. Quare nec eo minùs pro inuito habendus est, quod ignorauerit, cùm nihil planè referat an sciat ille an ignoret, vt diximus *illat. 14.* Obseruandum tamen est aliam hac parte rationem esse sponsæ, aliam nuptæ, vt Vlp. monet in *d. l. 45. §. hoc caput*, quia lex odiosa & iuri communi contraria non fuit adiuuanda interpretatione *arg. l. hoc modo 64. De condict. & demonstr.*

§. *deinde d. l. in eo.*

Aliud est inuitum quẽ esse, Aliud esse ignorantem, Aliud nolle, Aliud non velle, Aliud velle, aliud nõ nolle.

d. l. in eo iure §. hoc caput.

ILLATIO XXVII.

De liberta quæ patroni sui filio nupsit, & postea vult alij nubere.

L. *filio patroni 48. in princip. D. hoc tit.*

VIcesimoseptimò ex eodẽ Principio fit vt non aliud iuris sit in ea liberta quæ patroni sui filio nupserit, id est vt perinde inuito eo nubere alij prohibeatur, quia lex Iulia quæ prohibet ne inuito patrono possit diuertere, licèt non nisi de patrono locuta sit, sic tamen accepta est vt quod iuris daretur patrono, idem patroni filio ex sententia legis accommodetur *l. filio patroni 48. in princip. D. de rit. nupt.* ac proinde cùm per legem cogatur liberta in eo consensu perstare quem tunc præstitit cùm nupsit filio patroni, relinquitur vt alij nubere non possit. E contrario autem si ignominiosam libertam suam vxorem patronus duxerit, placet non habere illum hoc legis beneficium, quia contra legem sit maritus, vt in ead. lege subiicit Iurisconsultus.

Cessante

Digitized by Google

Ceſſante namque beneficio legis liberum eſt mulieri huic ſicut & cæteris omnibus diuortium facere, atque ita conſequi vt matrimonium diſſoluatur deficiente conſenſu quo primùm fuerat conſtitutum. Cauendum tamen eſt ne nos decipiant verba illa Iureconſulti *quia contra legem maritus ſit.* Videntur enim contradictionem implicare, cùm fieri nequeat vt matrimonium, quod nihil aliud quàm legitima coniunctio eſt, cõtra legem ineatur, nec proinde vt ſit maritus quiſquam contra legem, & ipſis legibus inuitis. Et ſanè fatendum eſt maritum hunc non eſſe qui talem vxorem duxerit quamuis libertam ſuam, qualem ducere per legem prohibebatur *§. ſi aduerſus ea infr. hoc tit.* ac proinde minùs propriè locutum Iureconſultum cùm ita dixit *maritus ſit*, pro eo quod voluit ſignificare matrimonium de facto magis quàm de iure contractum fuiſſe. Dices fortaſſe beneficium legis in eo elucere vt non poſſit liberta diuertere ab inuito patrono, filióve patroni, vt proxima illatione diximus ex *l. in eo iure* 45. *§. deinde eod. tit.* nihil autem eſſe quod de diuortio & repudio poſſit tractari niſi ſubſit matrimonium adeóque quod non facti tantùm ſit ſed etiã iuris *l. 4. in fin. D. de diuort.* Reſpondeo legis verba non ea fuiſſe vt liberta diuertere prohiberetur, ſed vt inuito patrono cui nupſiſſet alij nubere non poſſet, vt refert Vlpianus in *d. l. in eo iure.* Igitur cùm dicimus patronum qui contra legem Iuliam ignominioſæ libertæ ſe coniunxerit ad hoc legis beneficiũ admitti non debere, non illud volumus poſſe illam diuertere (cur enim diuortio egeat diſſoluendi matrimonij gratia quod numquam conſtiterit?) ſed hoc ſignificamus poſſe hanc inuito quoque patrono alij nubere quia cùm nec ipſi patrono nupta ſit, nec nupta eſſe contra leges poſſit, verendum non eſt quod alioqui fuiſſe euenturũ ſuprà diximus ne duobus nupta eſſe videatur, nec quicquam cauſæ eſt cur cogi debeat in eo perſtare conſenſu qui nuptias facere & conſtituere numquam potuerit propter legis prohibitionem.

Maritus cõtra leges nemo eſſe poteſt.

L. 4. in fin. D. de diuor.

d. l. in eo iure 45. D. hoc tit.

ILLATIO XXVIII.

De nuptijs ancillæ quæ matrimonij cauſa fuerit manumiſſa.

VIceſimo octauò ex hoc eodem Principio fit vt ancilla matrimonij cauſa manumiſſa à nullo alio vxor duci poſſit quàm à quo manumiſſa eſt, niſi patronus matrimonio eius renunciauerit *l. matrimonij* 51. *eod. tit. De rit. nupt.* Nempe quia cùm niſi conſenſu intercedente nuptias contrahere non poſſit, nec rurſus conſentire niſi beneficio acceptæ libertatis quam tamen patronus ei daturus non fuerat ſi non de illa ſibi ipſi per matrimonium conſtituendo cogitaſſet, æquum ſanè eſt iuſtique conſentaneum vt ipſius patroni voluntas ante omnia exquiratur, id eſt priuſquàm de illo quæri oporteat, an alterius nuptiis conſentire liberta, non dicam velit, ſed poſſit, ne alioqui fraudetur patronus eo fine, ſine quo non fuit ancillam manumiſſurus: *arg. l. vltim. §. vltim. D. quæ. rer. act. non det. l. vltim. Cod. de pact. int. emption. & vendit. l. 5. §. penult. D. de dolo except.* Nec de eo conqueri poteſt liberta, quæ ſcilicet libertatem hac lege acceperit, ſine qua nec alterius nuptiis conſentiendi nec à patrono diſſentiendi, aut de ipſo conquerendi facultatem nunc haberet, quippe quæ ſerua manſiſſet atque ita de nuptiis tractandum nihil habuiſſet *ar. l. 4. Cod. de obſeq. patron. præſt.* in illis verbis *ei qui te beneficio ſuo ex ſeruitute liberando vt aduerſarium te haberet fecit, l. filio 7.* ibi *an imputare ſibi debeant qui dederunt eis poſtmodò aduerſum ſe facultatem* D. *vt legat. ſeu fideicommiſſ.*

L. matrimonij 51. eod. tit.

L. 4 C. de obſeq. patron.

nomin. caueat. Indéque est vt si ea liberta proponatur quæ ex causa fideicommissi manumissa sit, quamuis eidem patrono nupta non eo minùs ab eo diuertere possit aliique nubere inuito etiam patrono quia nimirum ferendus non sit is qui ex necessitate manumisit non suo arbitrio si tantundem iuris hac parte in libertam habere velit quantum haberet si eam vltrò manumisisset, cùm libertatem debitam ei præstitisse magis quàm beneficium vllum in eam contulisse videatur *l. proximè* 50. *De rit. nupt.*

L. proximè 50. D. hoc tit. De ritu nupt.

PRINCIPIVM VI.

De *naturali iure ac pudore in matrimoniis inspiciendo.*

L. adoptiuus 14. §. seruiles in fin. D. hoc tit. De ritu nupt.

IN contrahendis matrimoniis naturale ius & pudor inspici debet l. adoptiuus 14. §. seruiles in fin. D. de rit. nupt. Nam cùm matrimonium sit iuris naturalis *l. 1. §. ius naturale De iustit. & iur.* nec nisi iure, ratione, & pudore differat ab ea cõiunctione, quæ inter belluas est maris, & fœminæ, omnino consequens est, vt naturalem pudorem per matrimonium violari nunquam oporteat, nec publicam honestatem.

ILLATIO I.

De *seruilibus cognationibus matrimonium impedientibus.*

d. §. seruiles in princ.

EX hoc Principio illud primũ fit quod Paulus scribit in *d. l. seruiles*, seruiles quoque cognationes in matrimoniis inspici vt perinde acsi inter personas liberas contractæ essent, impediant ne matrimoniũ contrahatur, quod & scriptum est in *§. illud certum est Instit. hoc tit.* Igitur seruus manumissus matrẽ suam etiam manumissam vxorem ducere non poterit, nec proinde sororem, nec sororis filiam, quia & inter liberas personas huiusmodi nuptiæ impedirẽtur. Idem è contrario dicendum est, vt pater filiam non possit ducere si ex seruitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem esse, inquit Paulus ibidem, id est quamuis non possit certò sciri an hic sit pater, cùm certus pater nullus sit nisi quem nuptiæ demonstrant *l. quia semper* 5. *D. de in ius vocand.* nuptiæ autem inter seruos esse non possunt. In quo supra monuimus aliam esse rationem patris, aliam verò matris quæ semper certa est. Nam & inde est quod qui in seruitute susceptí sunt licet in figura matrimonij puta ex ijs qui vulgo falsóque liberi putabantur, ἀπάτωρες appellantur, id est sine patre *l. 3. C. solut. matrim.* Sane quod sequitur apud Paulum, *Vnde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis vxorem ducere potest*, quàm malè & ineptè dictum sit ostendimus apertissimè ad *Princip. 1.* huius tituli & monuimus ob eam causam imperito alicui interpreti potiùs quàm Paulo tribui oportere, Nisi fortè malumus adscribere Triboniano, quem video de suo adiecisse quod sequitur in *§. idem tamen*, Scilicet in seruilibus quoque adfinitatibus idem seruandum esse quod in seruilibus cognationibus constitutum est, Veluti, inquit, vt eam quæ in contubernio patris fuerit, quasi nouercã non possit ducere, Et cõtrà eam quæ in cõtubernio filij fuit patrẽ quasi nurũ non ducere, Aequè nec matrem eius, quam quis in seruitute habuit, quasi socrum. *Cum enim seruilis*, inquit, *cognatio intelligitur, quare non*

l. 3. C. solut. matrim.

§. idem tamen d. l. adoptiuus.

by Google

non & adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius & modestius est huiusmodi nuptijs abstinere. Hæc verò verba sunt quæ Tribonianum prodere mihi videntur. Non enim bona ratiocinatio est à cognatione ad affinitatem. Cognatio etiam inter seruos aliqua est, quia cognationis nomen naturale est *l. 4. §. cognationis l. iurisconsultus 10. §. inter agnatos D. de gradib. & adfin.* adfinitatis verò nomen est ciuile, cùm adfines non alij sint, quàm viri & vxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diuersæ inter se sunt, per nuptias copulantur & altera ad alterius cognationis finem accedit. Nàmque coniungendæ adfinitatis causa fit ex nuptiis, inquit Modestinus in *d. l. 4. §. sed quoniam eod. tit.* Atqui nuptiarum nomen est ciuile vt nemo nescit. Ergo & adfinitatis. Cui conuenit quod idem Modest. addit in *d. l. 4. §. sciendum* adfinitatem esse non posse nisi nuptiæ interdictæ non sint, ex quibus scilicet solis adfinitas coniungitur. Atqui inter seruos nuptiæ esse nullomodo possunt: Ergo nec adfinitas. At quia cognationis nomen naturale est, non parcimus his nominibus, id est cognatorum etiam in seruis, Itaque parentes filios fratrésque, & denique cognatos seruorum dicimus, vt ait Paulus in *d. l. 10. §. non parcimus eod. tit.* Nec est contrarium quod adfinitatis & cognationis ratio eadem constitui videtur in *d. §. sciendum*, vt scilicet neque hęc, neque illa esse possit nisi nuptię non sint interdictę. Id enim ad cognationem paternam duntaxat pertinet quæ magis speciali nomine agnatio appellatur non ad maternam vt constat ex *d. §. cognationis*, id est ad ciuilem cognationem, non ad naturalem, vt eiusdem Modestini verbis vtar, Quod & probatur apertissimè ex *l. 2. & l. 4. D. vnd. cognat.* Et hoc est quod Tribonianum coegit vt post malam ratiocinationem illam à se factam à cognatione ad affinitatem, subiecerit verba illa, *Sed in re dubia certius & modestius est.* Quid enim hîc erat dubij? Nisi quod contra veterem omnem iurisprudentiam Tribonianus ex suo ingenio inducebat vt inter seruos cognationis exemplo adfinitas quoque aliqua esse intelligeretur: quod tamen videbat ille tam nouum & alienum esse à iuris ratione, vt non facilè sperare posset futurum vt ea sententia vnquam reciperetur: cùm nec facilè à prudentibus illud recipi potuerit vt seruilis cognatio aliqua esse videatur *l. 1. §. pertinet D. vnd. cognat.* quamuis ipsum cognationis nomen naturale sit, vt diximus, non ciuile. Adeò serui pro nullis habentur non tantùm iure ciuili *l. quod attinet 32. De reg. iur.* sed etiam prætorio *l. qui testamento 20. §. seruus quoque D. qui testam. fac. poss. l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de falsis.* Ex quo illud etiam est quod Paulus ait in *d. §. non parcimus*, seruiles cognationes ad leges non pertinere, id est, neque ad ius ciuile ad quod pertinent cognationes per masculos constitutæ, quas diximus vocari agnationes, neque ad ius prætorium cuius solius indulgentia cognationes merè naturales cœperunt habere ius succedendi ex nouo edicti capite. Vnde cognati *d. l. l. in princip. D. vnd. cognat.* Quod apertiùs expressit Iustin. in *tit. De seruil. cognat. in princip. & in l. 3. C. de bon. libert. §. illud 10.* vbi non illud solum scribit, quòd modò diximus, ad seruiles cognationes non pertinere illam partem edicti qua proximitatis, id est cognationis nomine bonorum possessio promittitur, sed addit etiam rationem *nam nec vlla antiqua lege talis cognatio computabatur.* Quibus verbis vtrumque ostendit & cognationem aliquam inter seruos quoque fuisse, & tamen nullam ipsius non magis quàm seruorum rationem haberi potuisse, An ergo volumus licuisse vnquam patri vxorem eam ducere quæ in filij contubernio fuisset, aut matrem

Triboniani manus.

L. 4. §. sed quoniam D. de grad. & adfin. § sciendum d. l. 4.

l. Iurisconsultus 10. §. non parcimus eod. tit.

L. 4. §. cognationis eod. L. 2. & 4. D. vnd. cog.

L. 1. §. pertinet eod. tit. vnd. cogna.

d. §. non parcimus.

Tit. De seruil. cognat. L. 3. §. illud 10. C. de bon. libert.

eius quam in contubernio habuisset ? Minimè verò, non magis quàm vt seruus manumissus matrem suam, aut sororem sororísve filiam ducere posset. At non ratione illa quòd seruilis aliqua cognatio, aut adfinitas esset, quæ huiusmodi nuptias iure impediret (si quis enim ita diceret, fateretur seruiles cognationes aliquo casu ad leges etiam ciuiles pertinuisse quod falsum est) sed quia non omne quod licet honestum est *l. non omne* 144. *De regul. iur.* semper autem in coniunctionibus non tam quid liceat, quàm quid honestum sit inspiciendum est, vt sequenti illatione dicemus ex *l. semper* 197. *eod. l. semper* 41. D. *rit. nupt.* Nemo autem dixerit honestum esse, vt possit quis matrem suam vxorem ducere ob id solum quòd in seruitute susceptus sit, aut eam quæ in filij sui contubernio fuerit, aut cuius matrem in contubernio ipse habuerit: Neque puto id vnquam apud prudẽtes dubium fuisse, sicut nec illud quod dicimus, inter seruos adfinitatem nullam esse potuisse. In eóque apertè ac dupliciter errauit Tribonianus, cùm scripsit *in re dubia certius & modestius esse ab huiusmodi nuptiis abstinere.* Rem enim dubiam intellexit non an ab huiusmodi nuptiis abstinendum esset, de quo numquam apud prudentes dubitatũ fuisse legimus, sed an sicut cognatio naturalis ita & adfinitas aliqua etiam inter seruos esse intelligeretur: de quo tamen nec vllus vnquam dubitauit. Incõgruè igitur & ineptè subiicit *certius esse & modestius ab huiusmodi nuptiis abstinere.* Debuit enim dictionem illam *certius* referre ad id quod antè dixerat esse dubium non ad id quod semper fuit certissimum: Nec erat necesse ad huiusmodi nuptias prohibendas inducere adfinitatem inter seruos inuita iurisprudentia, cùm nulla quoq; adfinitate interueniẽte nõ eo minùs naturalis pudor sufficere potuisset, & debuisset, vti ne tales nuptiæ permitterẽtur quas pudoris ac modestiæ ratio sola prohiberet. Eandẽ Triboniani manũ etiã iudicio meo deregit cõiũctio huius §. *cum præterea*: facta scilicet per aduersatiuã *tamen*, quasi subiiceretur aliquid quod iuris rationem diuersam haberet à superioribus, cùm è contrario idipsum quod in seruilibus cognationibus constitutum erat protrahatur ad seruiles adfinitates, inducto nouo nomine quod prudentibus certè cognitum numquam fuit, adfinitatis seruilis.

L. non omne 144. De reg. iur.

ILLATIO II.

De *publica honestate in nuptiis præcipuè consideranda.*

SEcundò ex eodem Principio fit quod iã attigimus, vt in contrahendis matrimoniis semper considerandum sit non solùm quid liceat, sed etiam quid honestum sit *l. semper in coniunctionibus* 41. *D. de rit. nupt.* repetita in *l. semper* 197. *De regul. iur.* Est enim vtraque lex iisdem verbis expressa & ex eodem Modestini libro sumpta. Ratio autem huius illationis est, quia non omne quod licet honestum est *l. non omne* 144. *De regul. iur.* Licent omnia quæ nec legibus prohibita sunt, nec legibus vindicantur. Honesta verò sunt ea duntaxat quorum contraria licet non puniantur legibus, tamen onerant pudorem naturalem, id est qui omnibus à natura insitus est, vt secreto quoque pudeat ea facere quæ conscientia cuiusque solo naturali lumine illustrata videat cauenda esse & fugienda. Tantum abest, vt vnquam admittenda sit præsertim

L. semper in coniunctionibus 41. D. hoc tit. l. semper 197. de reg. iur. l. non omne 144. eod.

tim verò in coniunctionibus impia & perdita vox illa Iuliæ nouercæ Bassiani *si libet, licet.* Ac sanè cùm inter tria illa iuris nostri præcepta circa quæ versatur tota non solùm iurisprudentia nostra, sed etiam philosophia moralis, primùm illud sit, vt honestè viuamus, nihilque sit quod ciuilis legislatòr magis curet, curaréque debeat quàm vt publicæ honestatis ratio per omnia & in omnibus habeatur, vt scripsimus ad *tit.* De *iustit. & iur.* mirum non est in ea potissimum re quæ tanti momenti sit quanti sunt legitimæ coniunctiones, quarum duntaxat beneficio respublica & conseruari & perpetuari queat ius naturale inspici & naturalem pudorem potiùs quàm ius ciuile, tametsi nuptiæ ipsæ nomen habeant ciuile, vt diximus non naturale; Non quasi hac in re ius ciuile pugnet cum naturali, ex quo è contrario sumit æstimátque præcepta honestatis, sed quia euenit aliquando vt ius ciuile mancum sit, puta cùm de seruili cognatione agitur, quam ius ciuile nullam agnoscit, sicut nec seruos ipsos, neque tamen mancum sit ius naturale ad prohibendas nuptias quæ alioqui iure ciuili non impedirentur. Latiùs siquidem patet ius naturale quàm ciuile cùm sit omnibus hominibus commune, inter quos nulla distinctio est cùm liberi omnes sint à natura, non etiam serui vlli.

ILLATIO III.

De nuptiis prohibitis inter personas quæ in parentum & liberorum numero sunt.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt nuptiæ consistere non possint inter eas personas quæ in numero parentũ liberorúmve sunt, siue proximi, siue vlterioris gradus sint vsque ad infinitũ *l. nuptiæ* 53. D. *de rit nupt.* Nam vt apertiùs Paulus exprimit in *l. vlt. eod tit.* iure gentium incestum committitur quoties quis vxorem ducit ex gradu ascendentium, vel descendentium, quia scilicet eã coniunctionẽ abhorret ratio naturalis, ex qua tã naturale quàm gentiũ ius æstimatur, & quę facit vt quantum ad homines attinet ius naturale non differat à iure gentium quod ad formam, sed quod ad materiam duntaxat vt explicauimus ad *ti. De iur. natur gent. & ciuil.* Naturalis autem ratio coniunctiones istas nefandas ideo abhorret, quia in omni maris & fœminæ coniunctione turpitudo inest, quæ vt à lege tam naturali quàm ciuili non tantùm tolerari, sed etiam laudari possit illud solum facit, quod alia ratio nulla sit reipublicæ humanæque speciei perpetuandę, Necessitas porrò nulla est eius turpitudinis exercendę cũ iis ipsis personis quibus naturalis honor pudórque debeatur, cùm alię personę non desint, cũ quibus sine culpa & reprehensione liceat coire: Pudorẽ ergo illum violare nefas nefandúmque est: Cùm & à publica quoque honestate alienum esset palam & publicè rem veneream exercere, quamuis cũ ea quę iusta & legitima vxor proponeretur, vnde Diogeni olim exprobratum, Cinicíque nomen datum quòd eum nõ puderet in publico, canũ more, hominem, vt dicebat ille plantare. Inde etiam est quod eam corporis partẽ quę tam necessária est, vt Paulus loquitur in *l. sin autem* 7. *D. de edilit. edict.* scilicet ad rem pub. humanámque speciem propagandam, *pudenda* appellamus, vt significemus coitum venereum fieri non posse quin pudor oneretur, nisi quatenus matrimonij sanctitas honestum sanctúmque facit quicquid necessarium

L. nuptiæ 53. hoc tit. L. vlt. eod.

L. sin autem 7. D de edilit. edict.

est,& propter necessitatem à Deo Opt. Max. institutum. Quò etiam pertinet quod à Thalete Milesio,ni fallor,sapiēter dici solitum fuisse Plutarchus refert, honestam matronam cùm in lectum torúmque nuptialem decumbit,tunc pudorem induere magis debere, cùm se marito nudat;vt quę reuera in actu ipso venereo inest turpitudo,personarum pudore ac honestate corrigatur. Quod & D. Paulus sensisse videtur, cùm præcepit vt vas suum vnusquisque possideat in sanctificatione.

ILLATIO IV.

De nuptiis prohibitis inter personas quæ parentum & liberorum locum obtinent.

QVartò ex eodem Principio fit vt non solùm eas personas sibi per matrimonium coniũgere non liceat,quæ sunt ex gradu ascendentium,vel descendentium,id est parentum aut liberorum,sed nec eas quę parentum,vel liberorum locum obtinent. Nam & hæ licèt non in gradu, tamen in numero sunt & ascendentium & descendentium,vt nouerca priuigno, nurus socero,& contrà, priuignus nouercæ,socer nurui *l. vlt. §. 1. D. de condict. sin. caus.* iunct. *l. quia parentis* 16. *D. solut. matrim. l. 5. D. de vsu & habit. l. vlt. D. de his quæ vt indign.* Quod ita accipiendum est etiamsi vel morte,vel diuortio,vel qua alia ratione solutum matrimonium proponatur. Alioqui matrimonium non ex hac tantùm ratione impedietur,sed ex illa etiam quòd eodem tempore, neq; duas vxores vir habere,neque duobus viris eadem mulier nupta esse potest,vt Iust. scribit in *§. adfinitatis Inst. hoc tit. de nupt.* Eadem ratio facit vt nec cum patruo, nec cũ auunculo,nec cum amita,vel matertera,siue prima, siue secunda, quam magnam vocant,nuptiæ contrahi possint,quoniam & hæ personæ omnes parentum loco habentur *§. item amitam 5. eo. tit. l. per adoptionem* 17. *§. amitam De rit. nupt. d. l. vlt. in princ. De condic. sin. caus.*

D. l. vl. §. 1. D. decādict sin. caus. l. vlt. D. de his quæ vt indi.

§. adfinitatis hoc tit.

§. item amitam eod. l. per adoptionem 17. §. amitam D. eod. d. l. vlt. in pri. D. de condict. sin. caus.

ILLATIO V.

De non ducenda vxore ea quæ per adoptionem filia neptísve esse cœperit,licèt desierit.

QVintò ex eodem Principio fit,vt nefas etiam existimetur eam quoque vxorē ducere quę per adoptionem filia neptísve aut parentis loco esse cœperit,intantũ vt etiāsi per emācipationē adoptio dissoluta sit,idē iuris maneat *l. quinetiā* 55. *De rit. nupt. §. 1. vers. & hæc adeò Inst. hoc ti.* Etsi enim cùm filium adoptaui, vxor mea illi loco matris nō est,cùm adoptio nō ius sanguinis adferat,sed ius agnationis,ob idq; nō aliis cognatus fit is qui adoptatur,quàm quibus agnascitur,id est qui sunt in familia patris adoptiui vt elegāter Paulus ratiocinatur in *l. qui in adoptionē* 23. *D. de adop.* sufficit tamē ad impediēdas nuptias quòd sit ei loco nouercæ,vt idē Paulus ait in *l. adoptiuus* 14. *in pri. & §. 1. De rit. nupt.* cùm à nouercę quoq; nuptiis abstinēdū sit vt suprà diximus sicut & à nuptiis eius quę aliquando nurus fuit *d. §. 1.* nō cognationis & sanguinis,sed adfinitatis & honestatis veneratione,quoniā & adfinitas perinde ac cognatio facit vt hæ personę parentū liberorúmque loco habeantur *l. 4. §. hos itaque* iunct. *§. præced. D. de grad. & adfin. §. socrum quoque 7. Inst. hoc ti.* Itaque in proposito

L. quinetiā 55. D. hoc ti. §. 1. vers. & hæc adeò Inst. eod.

L. qui in adoptionē 23. D. de adopt.

L. adoptiuus 14. in princ. & §. 1. D. hoc tit.

§. socrum quoque hoc tit.

casu

casu vxor mea quæ filio meo adoptiuo loco matris non est ratione sanguinis & cognationis, est tamen ratione adfinitatis, atque ita loci illi qui alioquin pugnare videntur conciliandi sunt, Cùm in eo omnes conueniant, quòd à nuptiis eius quoque quæ per adoptionem nouercæ locum habere cœpit, etiam post sublatam adoptionem abstinendum est, Adeo parentis & filij nomen religiosum est religioséque venerandum. Non idem est in patris adoptiui mei matre, aut matertera, aut nepte ex filio. Etsi enim nullam ex istis vxorem ducere possum, quandiu sum in familia propter adfinitatis venerationem, tamen si à patre illo adoptiuo emancipatus fuero sine dubio nihil impediet nuptias, scilicet quia post emancipationem omnino extraneus intelligor, inquit Caius in *dicta lege quinetiam* §. 1. In quo tamen illud non paruam facit dubitationem, quod diximus eum qui adoptatur non aliis cognatum fieri quàm quibus agnascitur, nec rursum aliis agnasci quàm qui sunt in familia *dicta lege* 23. *De adoption.* in quorum numero constat neque amitam esse, neque materteram, sicut & solemus dicere neminem auunculum fieri per adoptionem *l. si qua mihi* 12. §. *vltim. De rit. nupt.* vbi ex hac ratione infert Vlp. posse me adoptiuæ sororis meæ filiam vxorem ducere, quod vtique sic accipiendum est etiam constante adoptione. Cognata enim mea non est filia sororis meę adoptiuæ. Cur ergo patris mei adoptiui amitam, vel materteram, siue primam, siue magnam vxorem ducere prohibebor? Aliud sanè nihil est quod respõdere possimus nisi quia huiusmodi personę parentum locum obtinent vt iam diximus ex *d. §. item amitam* iũct. *d. l. per adoptionem* 17. §. *vltim. l. sororis* 39. *De rit. nupt.* Nefas autem creditur eam quoque vxorem ducere quæ, licèt non nisi per adoptionem, parentis loco esse cœperit *dicta lege quinetiam.* Atqui si ita est parum referre videtur an adoptio per emãcipationem dissoluta sit necne, cum in iis personis quæ parẽtum aut liberorum loco etiam per adoptionem semel esse cœperũt, idem iuris maneat post dissolutam quoque adoptionem, vt perinde nuptiæ impediantur *d. l. quinetiam in prin. d. l.* 14. *in prin.* Et ideo nimirum cogor dicere falsam esse adiectionem illam positam in *d.* §. 1. ab illis verbis *scilicet si in familia eius sim* ad finem vsque legis, ineptóque interpreti adscribendã quẽ illud fefellerit, quòd filius etiã naturalis & legitimus nedum adoptiuus tantùm per emãcipationem fit extraneus, sublatáque per emancipationem adoptione nullũ ex pristino iure vestigium retinetur vt Papin. loquitur in *l. in omni* 13. D. *de adopt.* Cùm obseruare debuerat id locum non habere in iis personis quæ parentum aut liberorum loco esse cœperunt, In eo autem numero amitam quoque & materteram tam primam quàm secundam computari. Quam ob causam fortasse Papi. in *dicta lege in omni*, addidit dictionem *ferè* vt intelligeremus regulam illam perpetuam non esse. Quòd si patris mei adoptiui matrem aut amitam, aut materteram vxorem ducere non possum, vt fateri omnes necesse est ex *§. 1. d. l. quinetiam*, adeóque nec dissoluta adoptione, vt nos putamus quanto minùs licebit filio adoptiuo vxorem ducere sororem patris sui adoptiui, id est amitam propriam constante saltem adoptione *d. l.* 17. *§. vltim. De rit. nupt.* Et tamen contra scriptum legimus apud Vlpianum in *d. l. si qua mihi* 12. *eod. tit.* in postremis illis verbis, *pari ratione & sororem patris mei adoptiui possum ducere, si non fuit eodem patre nata.* Quanam verò ratione? Illa ipsa nimirum, propter quam priùs dixerat posse me vxorem

d. l. quinetiã §. 1. D. *hoc tit.*

l. si qua mihi 12. § *vlt. D. hoc tit.*

d. l. per adoptiõnem 17. §. *vlt. l. sororis* 39 *D. hoc tit.*

Emendatio d. l. quinetiã §. 1.

L. in omni 13. D. *de adopt.*

d. l. 17. §. *vlt. D. hoc tit.*

d. l. si qua mihi 12. *eod. tit. in fin.*

ducere filiam ſororis adoptiuæ. Nempe quia cognata mea non eſt, cùm nec ſit agnata. Sed hæc ratio vt nemo non videt in cognatis duntaxat locum habet, id eſt in iis perſonis quarum cognatio per adoptionem acquireretur ſi eſſet legitima, id eſt ſi agnatio quoque eſſet: At non etiam in iis perſonis quæ pluſquàm cognatæ ſunt, hoc eſt quæ parentum loco habentur quales illæ ſunt de quibus tractamus. Nec rurſum verum eſt quemadmodum auunculus nemo fit per adoptionem, ita nec amitam, aut materteram vllam per adoptionem acquiri poſſe, vt conſtat ex *d.l.17.§.vlt.* Idcirco enim auunculus nemo fit per adoptionem, quia adoptiuæ ſororis filia, ſiue iam ipſo adoptionis tempore nata fuerit, ſiue poſtea naſcatur in aliena familia reperitur cum ſequatur familiam ſui patris *l.pen.*D.*de agnoſc.liber.* At amita id eſt ſoror patris in eadem familia reperitur, ſi fuerit eodem patre nata. Sin ex alio patre de qua ſola Vpian. ſupradictis verbis loquitur, non equidem reperitur in familia ideóque nec agnata ſit, nec conſequenter cognata, ſed tamen non eo minùs ratio illa ſupereſt quæ impedire nuptias poteſt quod parentis locum obtineat. Quidni enim? ſi verum eſt, vt eſt, materteram quoque locum parentis obtinere, nec primam tantùm, ſed etiam magnam materteram, ideóque nec vxorem duci poſſe, quamuis non poſſit ex aliena familia non eſſe. Non eſt igitur bona conſecutio ab auunculo ad amitam, aut ad materteram id eſt à perſona quæ nec parentis nec cognati loco eſt ad perſonam quæ licèt cognata non ſit, parentis tamen locum obtinet. Proinde fatendum eſt illum quoque verſiculum qui Vlpiano adſcribitur delendum eſſe, ac in gloſſam inepti alicuius interpretis ex qua irrepſerit, relegandum, vt & alia pleraque iam à nobis obſeruata in *eod.tit. De rit.nupt.* Illa nãq; diſtinctio an patris adoptiui ſoror nata ſit ex eodem patre necne, eò tantùm pertinet, vt ſciatur an ſit in eadẽ familia, & conſequẽter an is qui adoptatur cognatus ei fiat legitimus, id eſt agnatus an non. Atqui non ratione cognationis prohibẽtur huiuſmodi nuptiæ, ſed ideo tantùm quod amita & matertera ſint parentum loco. Vnde illud etiã fit vt quamuis amita magna & matertera magna in quarto gradu ſint, earũ tamen nuptiæ perinde prohibitę ſint, quia inter eas perſonas quę parentum liberorúmque loco ſibi inuicem ſunt, nuptiæ prohibentur vſque ad infinitum *d.l. nuptiæ 53. eod.tit.* Ex quo apparet tantò magis ineptam eſſe rationem poſitam in *d.l. quinetiam §. in illis verbis ſcilicet ſi in familia eius ſim*, cùm nihil cõmune habeat ius familiæ cũ iure nuptiarũ quoties alia quàm agnationis ratione nuptię prohibentur. Sed & dictio illa *ſcilicet* eo loco bis reperita, Iureconſulti, elegantiam non ſapit. Si quis verò quærat quod ſanè prima facie mirum videtur cur amita & matertera tã prima quàm magna parẽtũ locũ obtineát, Ratio illa meo iudicio reddi poteſt, quòd frater ſit quaſi ferè alter & cõſequenter ſoror, quæ & fratris appellatione cõtinetur *l.tres fratres 35.D.de pa.* quaſi ferè altera, ac proinde frater patris mei ferè alter mihi pater, vnde & patruus appellatur, ſoror patris mei ferè altera perſona patris, ſoror matris meę ferè altera mater, vnde & materterę nomẽ accepit, Mutatis dũtaxat nominũ deriuationibus in perſonis auũculi & amitę propter ſexus impedimentũ quod facit ne auũculus poſſit dici altera mater, aut amita alter pater. Cęterùm ea res non facit quin amita perinde ac patruus, & auunculus perinde ac matertera parentum loco habeantur illi patris, iſti matris perſonam quodammodo repræſentantes. Alia certè ratio eſt fratris nitatis per adoptionem quæſitæ. Illa enim eouſque duntaxat itu-

Emendatio d.l. ſiquis mihi.

Nuptiæ 53. eod.tit.

vat impedit nuptias quousque manet adoptio, Ideóque eam quã pater meus adoptauit & emancipauit potero vxòrem ducere. Æquè etsi me emancipato illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio. Itaque volenti generum adoptare suadetur vt filiam emancipet, similiter suadetur ei qui nurum vult adoptare, vt emancipet & filiam *d.l. per adoptionem* 17. *in princip. eod.* Nimirum quia fraternitas non alia quàm cognationis ratione impedit nuptias, cùm fratrem parentis loco haberi per rerum naturam impossibile sit. Agnatio autem sicuti per adoptionem quæsita fuerat, ita per emancipationem vnà cum adoptione dissoluitur, & procedit hoc casu optimè regula *d.l. in omni* 13. *De adopt. l. si quis tutor 60. §. quid ergo si adoptimus De rit nupt.*

L. in omni 13. D de adopt. l. si quis tutor 60. §. quid ergo si adoptimus D. hoc tit.

ILLATIO VI.

De non ducenda sorore, neque sororis filia.

SExtò ex eodẽ Principio fit vt neque sororẽ, neque sororis filiã vxorẽ ducere quis possit, cùm frater, vt diximus, videatur ferè alter idẽ esse & cõsequẽter soror quæ & fratris nomine cõtinetur *d.l. tres fratres* 35. *D. de pa.* Nec distinguimus an ex eodẽ patre eadémque matre frater & soror nati sint, an ex altero eorum. Omni enim casu prohibitæ sunt nuptiæ propter tam arctum vinculum coniunctionis naturalis quę est inter fratrem & sororem *§. inter eos & §. fratris verò hoc ti.* Idẽ iuris autẽ constituimus in sororis filia quod in sorore vt eã vxorẽ ducere patruus nõ possit, quia quoties matris persona talis est, vt naturę suę condicione prohibeatur tibi nubere, nec eius filia tibi nubere potest, Sicuti diximus. Cuius filiam vxorem ducere non potes, neque neptem ducere te posse *dict. §. fratris verò.* Addidi *naturæ suæ condicione*, quoniam alioquin sępius accidit, vt possim eã vxorẽ ducere cuius matrẽ non possem, vt puta filiã nouercæ meę, aut eius mulieris quam pater meus adoptauerit, cùm filia illa neq; naturali neque ciuili ratione mihi coniungatur *d. §. fratris versic. eius verò & §. mariti.* Nempe quia quod nouercam meam aut filiam adoptiuam patris mei vxorem ducere nequeam, non fit ob impedimentum aliquod quod sit à natura, sed per accidens, quia patri meo nupta illa fuit, aut à patre meo adoptata. Vsque adeo autem prohibitæ sunt nuptiæ inter fratrem & filiam sororis, vt si cõtractę fuerint incestæ dicantur *l. etiamsi* 56. *De rit. nupt.* vbi Vlp. scribit quod magis est, ẽtiamsi concubinam quis habuerit sororis filiam licèt libertinam incestum committi *l. si quis viduã* 5. *D. de quæst.* Nec enim hac in re aut melioris, aut deterioris condicionis debet esse concubinatus quàm matrimoniũ, sicut nec miles quàm paganus *l. miles* 11. *§.* 1. *D. ad leg. Iul. de adult.* vbi contubernium dixit Papin. pro concubinatu militis, quia scilicet in tabernis & tentoriis habitabant milites, vnde contubernales, sicut & commilitones dicti. De duorum fratrum vel sororum, aut fratris sororísque liberis an matrimonio coniungi possint nonnulli dubitant, propterea quòd Iustin in *§. duorum hoc tit.* scribat affirmatiuè coniungi posse. Sed tamen verius est non posse, & in *d. §. duorum*, deesse negationem, quam Theophilus in eadem sententia græcè exprimenda minimè prætermisit, nec Caius *lib. 1. Instit. tit. 4. §. 6.* vbi scribit in hæc verba *fratres etiam amitinos vel consobrinos in matrimonium iungi nulla ratione permittitur.* Itaque consequens est ei rationi quam modò attulimus, quòdcuius

§. inter eos & §. fratris hoc tit.

l. etiamsi 56. D. hoc tit.

De duorum fratrum liberis copulandis.

nuptias mater habere non poteſt,nec filia poſſit. Atqui nec fratris aut ſororis filia patruo nubere poteſt,nec fratris filius vxorem ducere amitã, aut ſororis filius materteram.Ergo nec fratrũ liberi inter ſe coniungi poſſunt *l.1.C.Theo. de inceſt.nupt.* Niſi ex reſcripto Principis id permiſſum fuiſſet *l.1.C. Theod.ſi nupt.ex reſcr.pet.Paul.Monach.in Theod.Ambroſ.8.epiſt.ad Paternum.* Idque probat etiam ipſa conſtitutio Impp. Arcadij & Honorij quę priſcum hóc ius ſuſtulit in *l.celebrandis* 19.*C.de nupt.* Ad quam conſtitutionem dicendum eſt reſpexiſſe Tribonianum in *d.§.duorum*, ſi legatur ille locus ſine negatione. Quanquã non deſunt alij loci quibus probetur apertiſſimè huiuſmodi nuptias iam olim fuiſſe permiſſas vt ex *l.3.D.de ri.nupt.l.2.C.de inſt.& ſubſt.* Vt proinde fatendum ſit aliquando prohibitas,aliquando etiam permiſſas fuiſſe, quod & Gothofr. ſentit ad *d.l.celebrandis*, niſi malimus dicere permiſſas quidem fuiſſe,ſed non iure communi, at ita demum ſi principalis reſcripti autoritas interueniret *arg.d.l.1.C.Theod.ſi nupt.reſcr.pet.*

ILLATIO VII.

De nuptiis prohibitis inter ſponſam patris & filium.

SEptimò ex codẽ Principio fit vt inter me ac ſponſam patris mei nuptiæ cõtrõahi n poſſint *d.l.ſi qua mihi* 12.§.1.*D.rit.nup.* quia quamuis nouerca mea propriè non dicatur vt ibi Vlp.ait pudor tamen naturalis non patitur, vt filius cum ea coeat quæ patris nuptiis ſit deſtinata,quia ferè pro nupta habetur quæ ſponſa eſt ſi nihil ſit quod impediat ne nuptię ſequi poſſint.Et ideò cui matrimonium violare non licet, eidẽ nec ſpem matrimonij violare permittitur *l.ſi vxor* 13.§.*Diui ad leg.Iul.de adult.* Eadem igitur ratio facit,vt per contrarium ſponſa mea patri meo nubere non poſſit quamuis nurus non propriè dicatur, vt ſubiungit Vlp.in *d.l.*12.§.1.

ILLATIO VIII.

De nuptiis prohibitis inter me & filiam vxoris quondam meæ ex alia ſuſceptam.

OCtauò ex eodem Principio fit,vt ſi vxor mea poſt diuortium alij nupſerit,& filiã ſuſceperit,non poſſim eam filiam ducere,quamuis non ſit mihi priuigna, quia videtur id alienum à publica honeſtate propter memoriam priſtini matrimonij quod fuit inter me ac filiæ huius matrem. *d.l.ſi qua mihi* 12.§.*ſi vxor eod.tit.De rit. nupt.* vbi quod ait Vlp. ex Iuliano *verum huius nuptiis abſtinendum* oſtendit ſatis non tam iuris naturalis aut gentium quàm honeſtatis ratione huiuſmodi nuptias interdictas eſſe quod & Iuſtin. innuit in §.*ſi vxor hoc tit.*

d.l. ſi qua mihi 12. §. *ſi vxor eo. tit.*

§.ſi vxor hoc tit.

ILLATIO IX.

De nuptiis patronæ ignobilis cùm liberto.

NOnò ex eodem Principio fit vt ſi patrona tã ignobilis ſit vti ne inhoneſtæ ei futuræ ſint, vel liberti ſui nuptiæ,officio iudicis ſuper hoc cognoſcentis

Digitized by Google

kensis nuptias permitti oporteat *l. si patrona* 13. *eod. tit. De rit. nupt.* Nihil enim prohibet huiusmodi nuptias præter publicam honestatem, quę non patitur vt qui aliquando seruus fuit, fiat per matrimonium dominus, vt ita dicam patronæ cuius seruus fuit, aut vt vxoris obsequia patrona debeat ei à quo iure patronatus obsequia potiùs exigere ipsa debeat *tot. tit. De obseq. parent. & patron. præst.* Indecorum enim id videtur inducítque suspicionem quandam prostratę per patronam huic suo liberto ante manumissionem pudicitię quod leges ciuiles abhorrent, vt constat ex *L. unic. C. de mulier. quæ se propr. serv. iunxer.*

L. si patrona 13. D. eod.

L. vnic. C. de mulier. quæ se prop. serv. iunxer.

ILLATIO X.

De nuptiis ab vxore adrogatoris cum eo contractis qui postea fuit adrogatus.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt dubitatum sit an incestæ sint nuptiæ si ea quæ mihi vxor fuit deinde à me repudiata nupserit Seio quem postea ego adrogauerim quamuis placeat, neque incestas, neque prohibitas esse *d. l. si qua mihi 12. in princ. eod tit.* Videbantur enim nuptiæ ad eum casum peruenisse à quo incipere non poterant, cùm eam quæ patris mei adoptiui vxor aliquando fuit ducere nunquam possim *d. l. adoptiuus 14. eod.* Nam & inde est, quod solemus dicere si quis generum adoptare velit debere filiam emancipare, & similiter suaderi ei qui nurum adoptare vult, vt filium emancipet *d. l. per adoptionem 17. eod.* Nimirum ne inter fratres consistere matrimonium videatur. Cur ergo mihi permittitur eum adrogare qui vxorem illam duxerit, quæ mea vxor aliquando fuit? Sed ratio diuersitatis non obscura illa est, quod in casibus præcedentibus, in idem tempus cõcurrunt & fraternitas & nuptiæ quod citra incestum fieri non potest. In hoc verò de quo Vlp. in *d. l. si qua mihi in princip.* etsi concurrit adrogatio cum nuptiis, fauorabiliores tamẽ sunt nuptiæ quæ ab initio ritè contractæ fuerunt *arg. l. lege Iulia 44. §. si postea D. eo.* nec superueniens adrogatio facere potest, vt videantur contractæ nuptiæ cum nouerca, aut ea quæ nouercæ loco aliquãdo fuerit, cùm desierit illa nouercę loco esse priusquàm nuptiæ contraherentur, immo veriùs, nec vnquam fuerit nouercæ loco mihi, qui non fui adoptatus nisi postquàm illa vxor esse iam desierat. Denique non concurrunt hoc casu nuptiæ cum causa impediendarum nuptiarũ, quia quod vxor mea fuit aliquando vxor eius qui nunc mihi est pater adoptiuus, non facit vt possit illa videri fuisse vnquã mihi nouercę loco, aut nunc esse siquidẽ neque tũc fuit cùm ego nondum eram adrogatus, neque nunc est cùm patris mei adrogatoris esse desierit. Causa nãque huiusmodi nuptiarum impediendarum, vt dicam apertiùs, non pendet ex adrogatione, sed ex eo quod vxor quam nunc habeo, mihi aliquando fuerit parentis loco, quod tamen adrogatio post nuptias bene contractas superueniens, nec facit, nec facere potest.

d. l. si quambi bus in prin. D. hoc tit.

d. l. adoptiuus 14. eod.

d. l. per adoptionem 17. eod.

ILLATIO XI.

De non ducenda in vxorem matre illius quæ sponsa fuit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt eius matrem quę mihi sponsa fuit: vxorem ducere non possim, vt ex Augusti interpretatione Paulus scribit:

Digitized by Google

in *d.l.adoptiuus* 14.*in fin.eod.tit.* vbi addit rationem quod aliquando fuerit illa mihi socrus. Nam vt rectè Seruius dicebat soceri & socrus generi & nurus appellatio etiam ex sponsalibus acquiritur *l Labeo* 6.§.1.*l.Seruius* 5.D.*de gradib. & adfin.l.*4.D.*de leg.Pomp.de parricid.* A publica igitur honestate alienum est, incestúmque committitur, si eam vxorem ducam quæ fuerit mihi aliquando parentis loco.

ILLATIO XII.

De non ducenda in vxorem per vitricum vxore priuigni, Et contrà.

L. vxorem 14.eod.tit.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod Papin. scribit in *l. vxorem* 15. *eod.tit.* De *rit.nupt.* vxorem quondam priuigni tui coniungi matrimonio tibi quondam vitrico non oportere, nec similiter in matrimonium conuenire nouercam eius, qui priuignæ maritus fuit, quoniam etsi nulla inter huiusmodi personas cognatio est, adfinitas tamen tanta est vt parentum liberorúmque loco sibi inuicem habeantur, scilicet priuignus vitrico, & priuigna nouercæ *l.* 4.*§.gradus autem & seq.D.de gradib. & adfin.* Inhonestum autem palam est eam quæ aliquando vxor fuerit illius qui mihi aut filij aut parentis loco fuerit vxorem à me duci, Siquidem indiuidua illa vitæ societas, quæ per matrimonium contrahitur, efficit vt qui mihi parentis aut filij loco est eius quoque coniunx eodem parentis & filii loco esse videatur.

ILLATIO XIII.

De nuptijs prohibitis tam ex lege Iulia de maritandis ordinibus, quàm ex oratione D. Marci.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt tam lege Iulia de maritandis ordinibus quã ex oratione Diui Marci prohibitæ sint nuptiæ inter Senatorem filiũ nepotẽue ex filio Senatoris, & libertinã & eam quæ ipsa cuiúsue pater mater térue artẽ facit ludicrã fecerítue. Itémq; inter filiã neptẽ proneptémue ex filio Senatoris, & libertinam, cúmue qui ipse cuiúsue pater aut mater artẽ ludicrã faciat fecerítue *l.oratione* 16.*l.sciendum* 32.*l.generali* 34.*§.vlt.l.semper* 42.*§.*1.*l.lege Iulia* 44.*eod.tit.* De *rit.nupt.l.filiam Senatoris* 9.D.*de Senat.* Nimirum quia inhonestum & indecorũ visum est amplissimi ordinis honorẽ ac dignitatẽ talibus nuptiis inquinari vt in ferè simili quamuis alio casu loquitur Caius in *l.*1. D.*de collus.deteg.* Nam in libertino libertináq; quantumuis liberi sint immo etiã si voles ingenuorum iura per adrogationem ab ingenuo factam consecuti, tamen si non etiam natalibus restituti proponãtur macula supereſt ac vestigiũ pristinæ seruitutis *d.l.*32.*l.vlt.§.*1.*D.de natal. restit.* Indéque est quod si quis in ordine senatorio agens libertinã vxorem duxerit, & postea dignitatẽ amiserit, incipit libertina ei iusta vxor esse quæ antea non fuit quasi cessante iam causa prohibitionis *l si quis in Senatorio* 27.*De rit.nupt.* Itẽ vt Senatoris filia quæ corpore quæstum vel artem ludicram fecerit aut iudicio publico damnata fuerit, impunè libertino nubat *l.Senatoris filia* 47.*eo.* vbi rationẽ Paulus reddit quòd honos ei seruandus non sit quæ ipsa se in statũ fœdum deduxit. Sic enim locũ illum legendum & emendandum esse iam suprà docuimus. Inde denique est quod si Senatori indulgentiá Principis fuerit permissum libertinam iustã vxorem habere potest illa iusta vxor esse. *l.si Senatori* 31.*eod.* Nempe quod Princeps sit supra legem quæ huiusmodi nuptias prohibuit, licèt non sit supra rationem honestatis quæ prohibitioni causam dedit. Sed & credendum est Principẽ non facilè nec nisi magna & honesta aliqua de causa id permissurũ fuisse. Nec enim dubi-

L.oratione 16 l.sciendũ 32.l.34.§. vlt. l. 42.§. 1.l.44.eod tit.

si quis in Senatorio 27.eod.tit. l. Senatoris filia 42.eod.

L.si Senatori 31.eod.

tatur quin ex causa plerumque liceat Principi etiam iustè ac honestè contra leges aut nuptias permittere aut liberorum ex iniustis nuptiis susceptorum statum confirmare, vt in eleganti specie *l. qui in prouincia 57. eod. tit.* vbi ob concurrentem cum temporis diuturnitate facti alieni ignorantiam & numerum liberorum iusti fiunt à Principe liberi qui alioquin essent iniusti. *L. qui in prouincia 57. eod. tit.*

ILLATIO XIV.

De permissis ingenuo cuilibet nuptijs libertina prater Senatores eorúmque liberos.

DEcimoquartò ex eodem Principio sit vt lege Papia caueri necesse fuerit vt omnibus ingenuis præter Senatores eorúmque liberos libertinam vxorẽ habere liceret *l. lege Papia 23 eod. tit. De rit. nupt.* propterea quòd nec illud etiã honestum videretur coniungi ingenuos cum libertinis, propter maculam illam quam in libertinis remanere diximus pristinæ seruitutis. Sed tamen legis Iuliæ ratio illa fuit, quòd cùm libertini sint liberi, & qui ex libertina vxore nascuntur non eo minùs sint ingenui quia patris non matris condicionem sequũtur, nec aliud requiritur vt ingenui nascãtur quàm vt matrẽ aliquo tempore liberã habuerint, nõ potuerint ciusmodi nuptiæ prohiberi, quin matrimoniorũ libertas minùs coarctaretur, quam è contrario ampliari potiùs, quantum fieri poterat, reipublicæ intererat præsertim cùm tantus esset in republica numerus libertinorum, quorum in cæteris ferè omnibus ad ius ciuile pertinentibus eadem condicio erat, quæ ingenuorum. Siquidem de iis libertinis loquimur qui pleniſſimam libertatem acceperant, id est cum libertate romanam quoque ciuitatem, quales tandem fuerunt libertini omnes sublata primùm dedititia, deinde Iuniana libertate, vt suo loco explicauimus. *L. lege Papia 23. eod.*

ILLATIO XV.

De liberta vxore ducta per eum qui postea Senator factus sit.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt si libertam quis vxorem habẽs deinde inter Senatores scriptus esset dubitaretur olim an matrimonium quod ab initio constiterat, ex superuenientis dignitatis causa solueretur, vt Iustin. refert in *l. si libertam 28. C. de nupt.* vbi nec obscurè insinuat lege Papia factum fuisse siue verbis expressis, siue per interpretationem prudentum ne tales nuptiæ consistere possent, scilicet propter concurrentem eodem tempore cum nuptiis causam prohibendarum nuptiarum vt dicebamus *illat. 10. sup. eod.* Quod tamẽ Iustin. in *d. l. 28.* sanctissimè correxit, Dei iudiciũ vt ille gloriatur, secutus, Absurdũ scilicet existimans, felicitatẽ mariti, fieri infortuniũ vxoris, & dispergi matrimonia non ex vitio mulieris aut mariti, sed ex alterutrius partis fortuna. Quibus etiam rationibus cõstituit ibidẽ vt si priuati hominis filia liberto nupta postea fiat filia Senatoris patre ipsius ad Senatoriam dignitatẽ prouecto, non ideo dissoluatur matrimonium quod antea per legis Papiæ seueritatem dissoluebatur, *ne*, inquit, *foueri prosperitas sine genere inueniatur.* *L. si libertã 28. C. hoc ti.*

ILLATIO XXVI.

De condicionibus turpium & inhonestarum nuptiarum.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt condiciones turpium & inhonestarum nuptiarum impunè contemnantur, & per legem reiiciantur, tanquam quæ viduitatem indicere videantur cùm paria sint Prohiberi absolutè mulierem ne nubat, Et prohiberi ne honestè nubat propter hanc rationem publicæ honestatis quam nos dicimus perpetuam nuptiarum comitem esse debere. *l. 2. C. de instit. & substit.* Immò durior est condicio quæ inhonestè *L. 2. C. de instit. & substit.*

Digitized by Google

nubendi neceſſitatem inducit quàm quæ viduitatem, propterea quòd facit vt mulier non ſolùm iis nubere prohibeatur, quibus nubere honeſtè poſſet, verùm etiam ei cui inhoneſtè nuptura ſit, nubere iubeatur, vt eleganter Caius ratiocinatur in *l.cùm ita legatum* 63.§.1.*De condic.& demonſtr.*

L. cùm ita legatum 63. §.1. De condic. & demonſtr.

ILLATIO XVII.

De concubinatu præſumendo in conſuetudine mulieris probroſæ.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio ſit vt in eius mulieris conſuetudine quæ corpore quæſtum fecit, quamuis libera ſit, non tamen nuptiæ intelligantur, ſed concubinatus *l.in liberæ* 24.*De rit.nup.* Nempe quia honeſtum non eſt vxorem eam ducere quæ ſit probroſa *l.probrum* 42.D.*de verb. ſignific.* Probrum autem intelligitur eſſe in omnibus mulieribus quæ turpiter viuerent, vulgóque quæſtum facerent, etiamſi non palam. *l. probrum* 41. D. *de rit. nupt.* vbi additur nec matrisfamilias honeſtatem habere illam quæ ſe alterius quàm patroni concubinam eſſe paſſa eſt, Quamuis non idcirco ſtuprum cum ea contrahatur ſi modò accepta ſit in concubinam cum teſtatione *l. 3. D. de concub. l.cùm tabulis* 16.*§.quoniam D.de his quæ vt indign.* Quid autem ſit palam quæſtum facere pluribus explicat Vlp.in *l.palam* 43.*De rit.nupt.*

L. in liberæ 24. D. hoc tit.

L. probrum 41. eod.

L. 3. D. de concub. l. cùm tabulis 17. §. quoniam D. de his quæ vt indign.

ILLAT. XVIII.

De non ducenda vxore illa quæ publico iudicio ſit damnata.

DEcimooctauò ex eodem Principio ſit, vt Senatori non liceat vxorem ducere vel retinere mulierem publico iudicio damnatam, id eſt eo iudicio quo licet cuilibet ex populo experiri *d.l.palam* 10.*§. Senatus eod. tit. de rit. nupt.* vbi Vlp. non aliam huius iuris rationem adfert, quàm quòd hoc conueniens non ſit, id eſt honeſtum. Quamuis autem ſubiiciat exceptionem *niſi ſi cui lege aliqua accuſandi publico iudicio non eſt poteſtas*, non tamen ea accipienda eſt vt poſſit Senator vxorem eam ducere quæ publico iudicio damnata eſt ſi accuſatâ ſit ab eo qui accuſandi poteſtatem non habuit, (nihil enim commune habet ius accuſationis & condemnationis cum cauſa honeſtatis, quæ facit ſanè vt non tantùm à turpitudine, ſed etiam ab omni turpitudinis ſuſpicione immune matrimonium eſſe oporteat, quemadmodum Iulius Cæſar de domo ſua dicere ſolebat) ſed pertinet ea exceptio ad definitionem publici iudicij. Publicum enim iudicium illud ex quo licet cuilibet de populo experiri, niſi ſi quis lege aliqua ab accuſatione ſummoueatur.

l.palam 10. §.Senatus D.hoc tit.

ILLATIO XXII.

De eo qui ream adulterij quam priùs poſtulauerat poſt abolitionem ducit vxorem.

DEcimononò ex eodē Principio ſit quod Papin. ſcribit in *l.generali* 34. §. 1.*eod.tit.*De *rit.nupt.* Ream adulterij quam vir iure mariti poſtulauerit, non prohiberi eum poſt abolitionem denuo vxorem ducere. Nimirum quia non videtur offendi ratio publicæ honeſtatis, cùm ſi qua ex publici iudicij accuſatione macula contracta fuerat, ea poteſtate abolitionis abſtergatur, ſi quidem

L. generali 34. §. 1. eod. tit.

Digitized by Google

dem abolitio fit eo prætextu quasi per errorem seu temeritatem aut per calorem fracundiæ potiùs quàm ratione aliqua accusator prosilierit ad accusationem *l.2.& 3.C.de abolit.* In quo differt abolitio ab indulgentia. Hæc enim quos liberat notat,nec infamiam criminis tollit,sed pœnæ gratiam facit vt eleganter ait *l.vlt.C.de gener.abolit.*Subiecit Papin.in *d. §. 1. sed etsi non iure mariti* *L.vlt. C.de gener. abol.*
ream postulauit,iure contractum matrimonium videbitur, scilicet post abolitionem.Eadem prorsus ratione quæ honestas nuptias faceret etiamsi iure mariti vir eam postulasset. Nam quod ad infamiam aut abolitionem criminis nihil refert an mariti an extranei iure mulierem quis adulterij accusauerit.

ILLATIO XX.

De nuptijs inter priuignos omni casu permissis.

VIcesimò ex eodem Principio fit vt inter priuignos contrahi nuptiæ possint etiamsi fratrem communem ex nouo parentum matrimonio susceptum habeant,vt Papin.scribit in *d.l.generalis* 34.*§.inter priuignos*, & post eum Iustin.in *§.mariti* 8.*hoc tit.*Videlicet quia communis frater facere non potest vt eo magis compriuigni aliquo sine naturali,siue ciuili vinculo inter se coniungantur.Vt proinde nihil sit propter quod impediri debeant nuptiæ aut in quo publica honestas lædi videatur *§.fratris in fin.hoc eod.tit.* *d.l generali §.inter priuignos. § mariti 8. hoc tit. §.fratris eo.*

ILLATIO XXI.

De nuptijs tutori & curatori prohibitis eorúmque liberis cum adulta.

VIcesimoprimò ex eodem Principio factum videtur vt & tutor & curator eorúmque filij & liberi,suam adultam vxorem ducere prohibeantur *l.tutor* 36.*cum seq.l.si quis tutor* 60.*l.libertum* 64.*hoc tit.* De *rit. nupt.* quia cùm prohibitionis ratio alia non fuerit,quàm suspicio fraudis, quasi non alia mente accedat tutor vel curator ad huiusmodi matrimonium quàm vt ratio reddendæ administrationis cohibeatur,vt Thryphoninus ait in *l.non solùm* 67.*§. 1.& §.sed videamus eod.tit.* non potest videri honestum matrimonium, quod cum fraudis consilio per turpem auaritiam contrahatur. Nec dissimile est quod ij quoque qui officium aliquod in prouincia administrant,durante officio vxorem ex eadem prouincia ducere prohibentur *l. si quis officium* 38. *l. qui in prouincia* 57.*l.eos qui* 65.*eod.tit.*cùm nec alia quàm potentatus ratio nuptias huiusmodi prohibuerit,vt Papin.loquitur in *l.præfectus* 65.*eod.*id est quod verendum esset ne quis siue ordinaria,siue alia præditus potestate circa nuptias occasione suæ potestatis abuteretur,& inuitis iis quorum vtilitas ageretur minacem feruorem suum obiiceret ac exhiberet vt Impp.explicant in *l. vnic.* C. *si quacunq.prædit.potest.*quæ ratio contrahendarum nuptiarum cùm sit contra bonos mores honesta esse non potest.Concubinatum tamen, non impedit *l. vlt.De concub.*quoniam ea coniunctio minùs honesta est licèt illicita non sit. *L. tutor 36. cum seq.l.si quis tutor 60.l.libertum 64.eod.tit. L.non solum 67 §.1.& §.sed videamus eod. L.si quis officium 38. l. qui in prouincia 57.l. eos qui 65. eod.tit. L.præfectus 65.eod. L.vnic. C.si quas prad. potest. L.vlt.D.de concub.*

ILLATIO XXII.

De incestu cum ea contracta quæ moribus vxor duci prohibetur.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, Vt si quis ex his quas moribus prohibemur vxores ducere,duxerit,incestum committere dicatur,inquit

L. sororis 9. §.1. D. hoc tit.

Paulus in *l. sororis* 39. §. 1. *De rit. nupt.* Quia cùm dicimus *moribus populi romani* aliquid receptum esse, bonos & honestos mores intelligimus, siquidem non alij mores in republica recepti sunt quàm qui sint boni & quibus non minùs honestatis quàm publicæ vtilitatis ratio constet *l. de quibus* 32. iunct. *l. immo magnæ* 36. D. *de legib.* alioqui nec rationem vnquam vincere possent nec legem, *l. 2. C. quæ sit long. consuet.* Porrò non possunt honestæ nuptiæ esse quæ sunt contra bonos & honestos mores. Obseruanda tamen hîc est duplicis incesti differentia, Vnum enim incestum est iuris gentium de quo in *l. vltim. §. vltim. De condict. sin. caus. l. vltim.* D. *de rit. nupt.* Aliud est iuris ciuilis quoties tale matrimonium contrahitur quod ciuili aliqua magis quàm naturæ & sanguinis ratione prohibetur, id est sola iuris ciuilis obseruatione intercedente, vt Papin. distinguit in *l. si adulterium* 38. §. 1. D. *ad leg. Iul. de adult.* vbi multa sunt alia elegantia de crimine incesti. Denique incesti appellatio generalis videtur ad omnia matrimonia illicita. *l. incestæ* 52. *dict. l. si qua mihi* 12. *dict. l. etiamsi* 56. *De rit. nupt. l. 7. in fin. l. vim passam* 39. §. *penultim. & vltim. ad leg. Iul. de adult. l. 5. D. de quæst. l. imperialis* 23. §. *penultim. C. de nupt. tot. tit. Cod. de incest. & nefar. nupt. l. legem 7. Cod. de natur. liber.* Dictum autem est incestum aut à cesto quod erat cingulum & symbolum honestarum nuptiarum, aut quasi *incastum*, vt ait Isidor. *lib. 9. origin. Incestus*, inquit, *propter illicitam commixtionem vocatur quasi incastus, sicut qui virginem sacram vel adfinitatis suæ proximam stupraverit.*

Incestum aliud iuris gentium, aliud iuris ciuilis.

L. si adulterium 38. §. 1. ad leg. Iul. de adult.

De incesti nomine & etyme.

ILLATIO XXIII.

De nuptys inter personas honestate impares.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit vt inter personas honestate impares matrimonium olim non permitteretur, quemadmodum Iustin. refert in *d. l imperialis* 23. *§. penultim. C. de nupt.* Scilicet vt ille ibidem explicat, Nisi dotalia instrumenta aliæque nuptiarum sollennitates interuenisse probarentur quod & innuit licèt obscurius constitutio Impp. Honorij & Theodosij, de qua in *l. si donationum* 22. *cum præced. eod. tit.* Quod tamen ius antiquum idem Iustin. supradicto loco æquissimè sustulit, propterea quòd inter personas liberas & ingenuas nulla possit esse tanta honestatis disparitas quæ nuptias prohibere debeat aut facere minùs fauorabiles, dummodo aliunde nulla nefariarum vel incestarum nuptiarum suspicio subsit. Immò & cum liberta potest contrahi matrimonium per quemcunque dummodo confectis dotalibus instrumentis *Auth. sed nouo iure eod.* Qui tamen pares sunt genere ac moribus, sunt imparibus præferendi. *l. viduæ* 18. *vers. vt si pares sint C. de nupt. eod.*

L. imperialis 23. §. pen. C. hoc tit.

L. viduæ 18. eod.

ILLATIO XXIV.

De non ducenda vxore filiæ meæ priuignæ.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit vt priuignæ meæ filiam non magis vxorem ducere possim quàm priuignam ipsam *l. Aristo* 40. D. *de rit. nupt.* Nec enim honestas patitur vt quam vxorem ducere non possum ob eam rationem quòd sit illa mihi filiæ loco siue sanguinis, siue adfinitatis veneratione (qualis mihi est priuigna *l. 4. §. gradus D. de gradib. & adfin.*) eius filiam vxorem

L. Aristo 40. D. hoc tit.

vxorem ducere possim , ex regula quam supra diximus à Iustiniano positam in *d.§. fratris hoc tit.* Siquidem fieri nequit vt priuigna mea sit mihi loco filiæ, quin eius filia mihi sit etiam loco neptis. Atqui inter parentes & liberos eósve qui parentum & liberorum locum obtinent prohibitæ sunt nuptiæ in infinitum *d.l. nuptiæ* 53. *eod. tit.*

ILLAT. XXV.

De non ducenda ea quæ in adulterio deprehensa est.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit vt ex lege Julia Papia mulier in adulterio deprehensa quasi publico iudicio damnata vxor duci prohibeatur, non solùm etiamsi posteà condemnata vel sit vel non sit, sed quod magis est, etiamsi fuerit absoluta post deprehensionem, vt Vlpian. tractat in *l. palam* 43. *§. penult. eod. tit.* vbi rationem adfert , quia factum non sententiam lex notauerit , Sententia autem quantumuis absolutoria facti veritatem immutare non possit *l. Iulianus verum debitorem* 60. D. *de condict. indeb.* At si quis pergat quærere cur factum non sententiam lex notauerit , ratio alia adferri non potest, quàm quia licèt sententia sola, & quidem quæ publici iudicij causam habuerit infamiam irroget condemnato *l. infamem* 7. *D. de public. iudic.* negari tamen non potest quin apud viros bonos & graues oneretur pudor & existimatio mulieris quæ in adulterio deprehensa est, tametsi per iudicem fuerit absoluta multóque magis si nec absoluta sit , nec condemnata *arg. l. sed si hac lege* 10. *§. prætor ait* D. *de in ius vocand. l.* 4. *§. aduersus* 15. *D. de doli exception.* vbi vulgò malè legitur etiam in Pand. Florent. *apud bonos mores* pro eo quod scribendum fuit *apud bonos viros*, vt coniici potest ex *l. ea quæ* 13. *C. ex quib. caus. infam. irrog.*

L palam 43. §. penult. eod. tit.

Emendatio l. 4. §. aduersus D. de doli mal. exc.

ILLATIO XXVI.

De seruandis gradibus dignitatis in contrahendis nuptijs.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit , vt inferioris quidem gradus homines possint ducere vxores eas quas hi qui altioris dignitatis sunt ducere legibus propter dignitatem prohibentur. At contrà antecedentis gradus homines non possint eas ducere quas his qui inferioris dignitatis sunt, ducere non licet *l. obseruandum* 49. *De rit. nupt.* Nempe quia quas nuptias minùs honestas facit inferior dignitas, eas multò magis inhonestas altior dignitas facit, sed non contrà. Etsi lege Catulcia permissa fuisse connubia promiscuè, notat ex Liuio Gothofredus ad eum locum , quod tamen vix est vt tam generaliter accipi debeat, quasi nulla prorsus dignitatum ratio distinctióque haberi debuerit in matrimoniis contrahendis : Cùm appareat ex supradicta Iustiniani constitutione in *dict. l.* 23. *§. penultim. Cod. de nupt.* ad eam vsque ætatem prisci iuris vestigia non parua superfuisse de dignitatis & honestatis paritate in nuptiis ineundis conseruanda.

L. obseruandum 49. D. hoc tit.

d. l. 23. § penult. C. eod.

ILLATIO XXVII.

De prohibitis mulieri nuptijs cum liberto viri ac patroni ſui.

L. *quamquam* 62.§. 1.*D.eod.*

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit vtPapinianus ſcribat in *l.quãquam* 62.§.1.*De rit.nupt.*mulierem liberto viri ac patroni ſui mala ratione coniungi.Malam enim rationem dicit quæ turpis ſit & inhoneſta, quoniam è contrario nulla melior nuptiarum ratio eſt, quàm quæ ſit honeſtatis.Hæ autem nuptiæ ideò inhoneſtæ putantur, quòd honeſtatis ratio exigat vt præcedentibus patroni nuptiis reuerentia à liberto exhibeatur. *l.in eo iure* 45.*§.vlt.eod.tit.l.3.C.de nupt.*

L. *in eo iure* 45 §. *vlt. eod.l.3.C. eod.*

ILLATIO XXVIII.

De mitiùs puniendo eo,qui ignorans illicitas nuptias contrahit.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit vt ſi quis vxorem duxerit ex latere eam quam vetatur,Si quidem palam fecerit, leuius: Si verò clam hoc commiſerit grauiùs puniatur,vt Paulus ait in *d.l.vlt.eod.tit.*De *rit.nupt.* vbi diuerſitatis huius rationem illam reddit, quòd palam delinquentes vt errantes maiore pœna excuſantur, clam verò committentes vt contumaces plectuntur. Cur verò pro errantibus habentur, qui palam delinquunt? Nempe quia pudoris & honeſtatis naturalis ea vis eſt vt non ſit credibile adeò impudentem quemquam eſſe, vt prohibitas & inhoneſtas nuptias publicè contracturus fuerit & palam, ſi non per errorem licitas eſſe exiſtimaſſet. *arg. l. ſi quis alumnam* 26. *verſicul. nec enim homo ſic impius Cod. de nuptiis.* Etſi autem hæc iuris communis ignorantia non omnino excuſat, tamen aliquomodo excuſationem meretur,ſcilicet ad minuendam pœnam,ſicut & prodeſt interdum ad confirmandum ſtatum liberorum ex iniuſtis nuptiis ſuſceptorum,ſed ita tamen ſi alia quædam concurrant,De quibus in *d. l. qui in prouincia* 57.*§.1.eod.tit.*id eſt diuturnitas temporis,facti alieni ignorantia, & numerus liberorum. Separatur autem hac in re matrimonium quod ex latere non bene contrahitur ab eo quod inter aſcendentes & deſcendentes prohibetur, quia poſteriore hoc caſu ignorantia iuris nulla allegari poſſit quin natura ipſa magis quàm iuris prohibitio ignorari videatur. Quò pertinent exempla illa etiam à brutis animantibus petita quæ refert Varro *lib. 2. de re ruſtic. Ariſt.lib.8.de hiſtor.animal.cap.47.Plin.lib.8.cap.13.Gothofr. ad d. l.nuptiæ* 53. *eod. tit.*De *rit.nupt.*

L. *vlt. D. hoc tit.*

L. *qui in prouincia* 57. §. 1. *eod. tit.*

ILLATIO XXIX.

De non ducenda in vxorem concubina patris.

L. 4. C. *hoc tit.*

VIcesimononò ex eodem Principio fit, vt liberi concubinas parentum ſuorum vxores ducere non poſſint *l.*4.C.*de nupt.*Non quia patris concubina ſit filio matris loco,cùm nec patri ipſi fuerit loco vxoris,longè namque aliud eſt vxorem,aliud concubinam habere *l.* 1. §. *qui autem damnatam D.de concub.*ſed quia vt ſcriptum eſt in *d.l.*4.minùs religioſam minúſque probabilem,id eſt inhoneſtam rem facit filius qui patris concubinam vxorem ducit.Adeò vt nec permittendum ſit filio vel nepoti accipere illam in concubinam,

cubinam vt nec cõtra licet patri sumere in vxorẽ,vel in concubinã eã quę filij aut nepotis concubina fuerit,quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio,& ideo huiusmodi facinus prohibendum,inquit Vlp. in *d.l.1.§.pen.De concub.* *L.1. §. pen. D.de concu.*

ILLATIO XXX.

De non ducenda vxore illa,qua palam quæstum fecit, licet facere desierit.

TRicesimò ex eodem Principio fiebat olim vt non solùm ea quæ palam quęstum faceret, sed etiam quæ aliquando fecisset, quamuis facere desiisset nullomodo nuptias contrahere posset *l.palam* 43. *§. non solùm autem De rit. nupt.* vbi rationem hanc Vlp.reddit quòd non abolcatur turpitudo quæ postea intermissa est,subiiciens nec ei esse ignoscẽdum quę paupertatis prętextu vitam turpissimam egerit.Quod videtur antiquus legislator ob eã potissimùm rationẽ constituisse,quòd cùm nihil esset reipublicæ perniciosius quàm si familiarum confusio& perturbatio induceretur,sola verò patrum distinctio familias possitdistinguere *l.pronunciatio* 195.*§.familiæ de verb. signific.* & rursus non alius pater dici, iustéve pręsumi possit nisi quem nuptiæ demonstrant *l.5. De in ius vocand.*non videbatur permittendum vt patrem aliquem per iustas nuptias facere posset ea mulier de cuius pudicitia confidere, vel bene sperare lex non posset. Quis autem bene pręsumere queat de pudicitia illius mulieris, quę aliquando palam quæstum fecerit? Sed tamen hoc quoque à Iustiniano tandem correctum est in *d.l.imperialis*, Christiana certè pietate,vt mulieri quæ derelicta mala & inhonesta cõuersatione commodiorem vitam amplexa fuerit,honestatique se dederit,liceat non quidem nubere sine venia imperatoris, sed tamen imperatorem adire & licentiam petere legitimi matrimonij contrahendi, adeò vt neque vocabulum ipsum *inhonestum* ei inhæreat, neque post contractum iure matrimonium conscriptáque dotales tabulas, differentia nulla sit inter huius condicionis mulieres,& eas quæ nihil vnquam simile peccauerunt.Hæc enim sunt verba constitutionis, quæ prætereà multa alia capita continet ad iuris veteris correctionem, de filiabus scenicarum,de quibus etiam agitur in *d.l.lege Iulia* 44. *D.de rit.nupt.*Postea verò idem Iustin. remisit iis impetrandi rescripti necessitatem, sola retenta tamen necessitate sollennitatis conficiendorum dotalium instrumentorum.

L.palã 43.§. non solùm autem D. hoc tit.

d.l.imperialis 23. C.hoc tit.

L.lege Iulia 44.D.eod.

ILLATIO XXXI.

De nuptiis cum alumna libertate donata.

TRicesimoprimò ex hoc Principio fit vt dubitatum olim fuerit, si quis alumnam suam libertate donasset,ac in matrimonio suo collocasset vtrũ huiusmodi nuptię legitimæ essent,necne. Videbatur enim vetitum esse matrimonium ob publicam honestatem quasi manumissor alumnam suam filiæ suæ loco habuisset.Quo admisso,etsi non nisi per diem vnum eam adfectionẽ retinuisset,nunquam tamen alumnam vxorem ducere potuisset.Iustiniano tamen placuit in *l.si quis alumnam* 26.*C.de nupt.*valere huiusmodi nuptias. Ratione quam exprimit in hęc verba *si enim ex affectu omnes introducũtur nuptiæ, & nihil impium nec legibus contrarium in tali copula expectamus,quare prædictas*

L.si quis alumnã 26. C.hoc tit.

nuptias inhibēdas existimemus? Nec enim homo sic impius inuenitur, *vt quā ab initio loco filiæ habuit, eā postea in suo collocet matrimonio, sed ei credendū est, quia eā & ab initio non vt filiā educauit & libertate donauit & dignam esse postea suo putauit matrimonio.* Subiungit tamen Iustinianus in eadem constitutione personam illam omnimodo à nuptiis arcendam quam aliquis, siue alumna sit, siue non, à sacro susceperit baptismate, cùm, inquit, nihil aliud sic inducere possit paternam affectionem & iustam nuptiarum prohibitionem, quàm huiusmodi nexus, per quem Deo mediante animæ eorum copulatæ sunt.

TIT. X.

De adoption.

PRINCIPIVM I.

De liberis per adoptionem quoque faciendis.

L. 1. D. hoc tit. Filiifamilias nomen ciuile est. Filij naturale.

FILIOSFAMILIAS non solùm natura facit, sed etiam adoptio *l. 1. in prine. D. hoc tit. & in princip. eiusd. tit. Instit.* Nam cùm filiisfamilias nomen non naturale sit, sed ciuile & legitimum in quo differt à filij nomine simplici quod est naturale *l. in suis 11. De liber. & post.* iunct. *Tutelas 7. D. de capit. minut.* nulla causa est cur non perinde lex atque natura possit filiosfamilias facere, per eos scilicet modos quos in eam rem idoneos & conuenientes esse placuit. Tantum enim hac parte lex potest, vt nec eos quidem filios, quos natura fecit pro filiis habeat, nisi sint illi etiam filiifamilias, Puta si sint emancipati, hi namque pro extraneis non pro filiis habentur *l. quinetiam 55 in fin. D. de rit. nupt.* Illa siquidem summa ciuium romanorum diuisio est quod vel patresfamilias sunt, vel filiifamilias, vel matresfam. vel filiisfamilias *l. 4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nempe ciuilis legislator nihil nisi reipublicæ dignitatem ob oculos habens, quæ ex familiarum præcipuè dignitate æstimatur, cùm non nisi ex priuatis singulorum familiis totum reipublicæ corpus constituatur, omnia refert ad iura familiæ, vt qui in alterius familia non est, etiamsi natura filius aut filia nepos neptísve sit, nullomodo tamen ad eum pertinere existimetur. Idémque in patre vicissim obtinet vt qui paterfamilias esse desiit, is nec pater iure ciuili esse videatur. Sicut enim patris & filij nomina correlatiua sunt, ita & patrisfamilias & filiifamilias *d. l. in suis* iunct. *l. pronunciatio 195. §. familia De ver. signif.* Itaque obseruandum est Principium iuris hoc non sic habere vt filios simpliciter non minùs adoptio facere possit quàm natura, sed de filiisfamilias conceptum esse, quia filios simpliciter cùm dicimus naturales tantùm intelligimus quos proinde sola natura potest facere non etiam adoptio, aut alia quæhibet ars iuris ciuilis. Quid? inquies, An ergo fieri queat, vt filius non sit qui filiusfamilias est? Ita sanè est, vt non absolutè filius dici debeat, sed cum adiectione illa *familias* is qui per adoptionem duntaxat filiusfamilias est. Nam nec secundum logicos valet consecutio ab eo quod est simpliciter

L. in suis 11. De liber. & posthum. l. pronunciatio 195. §. familia De ver. signific.

plicìter ad id quod eſt ſecundum quid, aut contra. Videtur autem dicta adoptio ab optione, quo nomine electionem ſignificamus *tot. titul. de opt. legat.* Iuncta particula *ad* quæ augere ſolet ſignificationem, vt intelligamus eſſe optionem additam optioni, id eſt duplicem electionem vnam patris volentis habere hunc filium, aliam filij volentis habere hunc patrem. Porrò non lege duodecim tabularum aut alia vlla inductum fuit hoc ius adoptionis, ſed moribus ex quibus ipſum quoque ius & nomen patriæ poteſtatis, vt diximus ad *titul. de patria poteſt.* Quò pertinet ratio illa *l. quæſitum* 34. *hoc titu.* quòd moribus noſtris non conueniat filium habere temporalem.

ILLATIO I.

De ſuitate liberorum adoptiuorum.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt quemadmodum filiifamilias ex iuſtis nuptiis quæſiti ſunt ſui heredes patri, & conſequenter non ſolùm in ipſius poteſtate, ſed etiam ita vt primum locum gradúmque obtineant in cauſa ſuccedendi (quæ ſuorum heredum diffinitio eſt *dicta lege in ſuis* 11. *De liber. & poſthum. l. ſcripto* 7. *D. vnd. liber. l. vltim. D. de bon. damnat.*) ita & illi qui per adoptionem filiifamilias facti ſunt, *l. 1. §. ſuos de ſuis & legit.* quorum in toto iure ob hanc cauſam eadem condicio eſt, quæ naturalium & legitimorum, ſcilicet quandiu adoptionis ius durat. Nam ſublata per emancipationem patria poteſtate minus iuris habent qui adoptiui tantùm quàm qui naturales & legitimi fuerunt, vt poſtea dicemus ex *§. minus ergo iuris n. Inſti. de hered. quæ ab inteſt. defer.*

ILLATIO II.

De patre adoptiuo in ius non vocando.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt adoptiuum patrem in ius vocare filius non poſſit, iure magis patriæ poteſtatis quàm imperio edictóque prætoris *l. adoptiuum* 8. *D. de in ius vocand.* quia cùm ius patriæ poteſtatis faciat, vt vna eadémque patris & filij perſona eſſe intelligatur *dicta lege in ſuis De liber. & poſt.* non tantùm iuris conſtitutio, ſed etiam ipſa rei natura impedimento eſt ne paterfamilias cum filiofamilias, aut filiusfamilias cum patrefamilias agere poſſit., non magis quàm alius quiſquam cum ſeipſo *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt. l. Imperator* 50. D. *ad SC. Trebell.* Subiicienda tamen exceptio eſt quam Vlp. ſubiicit in *dicta lege adoptiuum*, Niſi filiusfamilias miles proponatur habens peculium caſtrenſe. Nam ratione peculij caſtrenſis poterit in ius vocare patrem, ſiue naturalis ille ſit, ſiue adoptiuus, cauſa tamen cognita & venia ex edicto petita, quoniam filiusfamilias in peculio caſtrenſi pro patrefamilias habetur *l. 2. D. de* SC. *Maced.* Sic & excuſatur filius adoptiuus qui patri adoptiuo paruit ſicut & qui naturali, quoniam parêre æquè habuit neceſſe *l. ſi poſt mortem* 12. *§. ſi in adoptionem De bon. poſſ. contr. tab. iunct. l. 4. de regul. iur.*

L. *adoptiuũ* 8. *D. de in ius vocand.*

L. ne cum filiofamilias 16. *D. de fur. l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.*

L. ſi poſt mortem 12. *§. ſi in adoptionẽ De bon. poſſ. contr. tab. iunct. l. de reg. iur.*

Digitized by Google

ILLATIO III.

De nomine liberorum.

L. lege Iulia 44. §. item nihil refert D. hoc tit.

TErtiò ex eodem Principio fit vt in legibus interpretandis quæ de patre simpliciter locutæ sint, non distinguatur pater naturalis ab adoptiuo *l. lege Iulia 44. §. item nihil refert D. de rit. nupt.* quia quamuis patrem simpliciter cùm dicimus eum intelligamus qui natura sit pater, cùm sit nomen naturale non ciuile, vt iam diximus, si tamen à lege verbum illud proferatur, non nisi de illo patre intelligi potest qui legitimus sit, qualis vtique non minùs ille est qui adoptiuus, quàm qui naturalis pater est *l. nec in ea lege 22. D. ad leg. Iul. de adult.* sed nec tum quidem melior est condicio liberorum ex iustis nuptiis quàm per adoptionem quæsitorum, cùm lex quæ de patribus & liberis loquitur naturali ratione nititur magis quàm ciuili, vt in specie *l. 1. §. liberis* iunct. *l. vltim. §. ex bonis de bon. damnat.* id est si agatur de aliqua portione bonorum damnati ipsius liberis tribuenda. Non solùm enim tribuitur si ex iustis nuptiis quæsiti sint, sed etiamsi ex adoptione. Sed cum hac tamen distinctione, nisi adoptio in fraudem facta sit, quæ distinctio in liberos ex iustis nuptiis natos non cadit. Caue tamen ne cum interpretibus putes in *dicto §. liberis*, natos ex iustis nuptiis opponi naturalibus, id est susceptis ex concubina, quos hodie naturales appellamus. Fuit enim istorum ius & nomen incognitum legibus nostris ante tempora Constantini, vt scripsimus ad *tit. præced.* ex Iustin. *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. sui.* Quid ergo? Opponuntur liberis susceptis ex nuptiis iniustis qui nec liberorum nomen merentur *§. si aduersus, Inst. de nupt.*

ILLATIO IV.

De non ducenda per filium adoptiuum etiam emancipatum vxore patris adoptiui.

QVartò ex eodem Principio fit, vt adoptiuus filius etiamsi emancipetur, eã tamen quæ patris adoptiui vxor fuit vxorem ducere non possit, quia noueræ locum habet, inquit Paulus in *l. adoptiuus 14. De rit. nupt.* Non alia ratione quàm quòd adoptiuus pater fuerit pater non minùs quàm si & naturalis & legitimus pater fuisset. Item si quis filium adoptauerit, vxorem eiusdem quæ nurus loco est, ne quidem post emancipationem filij ducere poterit, quoniam aliquando nurus ei fuit, vt ibidem Paulus subiungit, Nempe quia filiusfamilias adoptiuus verè filiusfamilias fuit non minùs quàm si ex iustis nuptiis quæsitus esset.

ILLATIO V.

De illo qui adoptatus sit nepotis loco.

QVintò ex eodem Principio fit, vt si quis nepotis loco aliquem adoptet, vel quasi ex filio quem habeat iam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet, eo casu & filius consentire debeat ne alioquin ei inuito suus heres adgnascatur. *l. cùm nepos 6. l. si is qui filium 11. D. hoc titu. §. sed si quis 7. Instit. eod.* Sicut enim magnum quiddam est, sui heredis iura in alicuius familia habere, vel ob id maximè

quod

quod ſuus heres vel inſtituendus omnino eſt,vel exheredandus nec niſi certis meritiſque de cauſis ab hereditate ſummoueri poteſt *d.l.vlt.D. de bon. damnat.*ita nec cogendus quiſquam eſt,vt alieno facto eum habeat heredem quem habere nolit. Conſtanter enim veteres decreuerunt teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere nõ ex alieno abitrio pendere *l.illa inſtimio* 32. *D. de her.inſt.*nec in poteſtate alterius eſſe debere an hic aut ille mihi inuito ſuccedat *§.at hi qui emancipati* 10.*in fin.Inſtit.de heredit.que ab inteſt.defer.l. nec ei* 17. §.1. *D.hoc tit.*Excipe caſum *l.*12.*§.medio tempore De capt.& poſtl.* de quo ſcripſimus ad Princip.4.*illat.*5.*ad fin.tit.praced.*

ILLATIO VI.

De *Spadone & caſtrato.*

SExtò ex eodem Principio fit vt etiam hi qui generare non poſſunt nec proinde naturales vllos liberos habere,tamen adoptare poſſint, & per adoptionem fieri parentes *l.*2.*§.illud vtriſque* D.*hoc tit.*quippe cùm liberos nõ tantùm natura faciat,ſed etiam adoptio.Quod autem de iis qui generare non poſſunt dicimus de iis intelligimus qui non tam natura quàm corporali & temporali aliquo vitio impediuntur ne poſſint generare,quales ſunt ſpadones, de quibus in *d.§.illud*,non etiam caſtrati §.*ſed & illud hoc tit.*Nam & inter ſpadonem caſtratúmque differentia illa eſt,quod ſpado matrimonium contrahere poteſt,caſtratus non poteſt *l.ſi ſerua ſeruo* 39.§.1.D.*de iur. dot.* ideóque matrimonij cauſa manumittere ancillam ſpado poteſt,caſtratus non item *l.alumnos* 14.*§.*1.*in fin.D. de manum. vindict.* De quo ſcripſimus ad Princip.3.*illat.* 1.*titul.præced.* & dicemus ad Princip. 3.*infr. eod.* Iunge *l. adrogato* 40.*§. vltim. hoc tit.*

*L.*2.*§. illud vtriſque D. hoc tit.*

§.ſed & illud hoc tit.

L. ſi ſerua ſeruo 39. §. 1.*D. de iur. dot.*

L. adrogato 40.*§. vl.D. eod.*

ILLATIO VII.

De patrefamilias,qui fit filiusfamilias per adoptionem.

SEptimò ex eodem Principio fit,vt quamuis paterfamilias, id eſt qui ſemel ſui iuris fuit non magis fieri poſſit filiusfamilias per rerum naturam,quàm denuo naſci,nihil tamen prohibeat fieri eum filiumfamilias & alieni iuris,ſcilicet per adoptionem illam quę ſpecialiore nomine adrogatio appellatur *l.*§.1. *& l.*2.*in prin.*D.*hoc tit.*Hoc verò cur ita niſi quia filiosfamilias non tantum natura,ſed etiam adoptio facit,vt Principium noſtrum habet.

*L.*1.*§.*1.*& l.* 2.*eod.*

ILLATIO VIII.

De adrogati liberis in adrogatoris poteſtatem venientibus.

OCtauò ex eodem Principio fit vt qui liberos in poteſtate habet ſi ſe adrogandum dederit non ſolùm ipſe poteſtati adrogatoris ſubiiciatur, ſed & liberi eius in eiuſdem fiant poteſtate tanquam nepotes,

Digitized by Google

d.l.2.§. vlt. d.l. adrogato 40.in pri. eod.tit.

l.si adrogator 15.eod.

d.l.2.§.vlt.d.l.adrogata 40.in princip.eod tit. Nempe quia cùm per adrogationem is qui erat sui iuris subiiciatur alienæ potestati vt proxima illatione diximus, consequēs est vt non tantùm liberi, sed & cętera omnia quotquot in sua potestate habebat, id est etiam bona ipsius omnia trāseant in potestatem adrogatoris vt Vlp. loquitur in *l.si adrogator* 15 *eod.* quæ erat species acquisitionis vniuersalis per adrogationē, à Iustiniano tamē valde immutata, & ad vsum fructum coarctata vt cōstat ex *ti. De adquis. per adrogat.* exemplo eius quod in patribus naturalibus & legitimis fuerat constitutum ab eodem Iust. *l.cùm oportet* 6. *C. de bon. quæ liber.* Olim namque nihil excipiebatur, sed trāsibant omnia ab adrogato in adrogatorem iis tantùm exceptis quæ per capitis diminutionem perirent, quemadmodum idem Iustin. supradicto institutionum loco refert, Ob idque dicitur mutari dominium per adoptionem *l.si dominium* 47. *D. de furt.* Excipe tamen casum singularem *l. miles* 4. *§. vltim. D. de castrens. pecul.* De cuius loci sententia dicemus ad Princip. 6. *tit. seq. illat.* 8. Addit Vlp. eos quoque liberos qui post factam adrogationem postliminio redierunt, adeóque qui adrogationis tempore in vtero fuerunt simili modo redigi in eandem potestatem: Ne scilicet alioqui eueniat, vt in sua potestate quicquam habere videatur qui ipse non sit suæ potestatis *l. sic euenit* 21. *D. ad l. Iul. de adult.* In quo differt adrogatio ab alia illa specie adoptionis quæ retento generis nomine adoptio appellatur, & quæ non Principis autoritate, vt adrogatio, sed magistratus imperio fit, cùm paterfamilias, non seipsum, sed eum quem in potestate sua habet, siue primum gradum ille obtineat qualis est filius filiáve, siue inferiorem vt nepos neptísve, dat in adoptionem *dicta lege 2. hoc tit.* Nepotes enim ex hoc filio non simul cum patre transeunt in familiam adoptatoris, sed in aui potestate, in qua nati sunt, retinentur *d.l.adrogato* 40. *in princip.* vbi manifesta hæc inter adoptionem & adrogationem differentia constituitur, Ex qua etiam explicandum est quod scribit Caius in *d.l.2.§.vlt.* ius hoc proprium esse illius adoptionis, quæ per Principem fit, id est, adrogationis vt cum adoptato transeant eius liberi in familiam adrogatoris, Non quasi adoptio aliqua sit, in qua eueniat, vt qui sit alieni iuris liberos suos in sua retineat potestate, sed quoniam in adoptione illa quæ adrogatio non est filius quidem familiam mutat, nepos autem in aui naturalis potestate remanet, quia & in eiusdem aui potestate erat ante filij adoptionem, nec ratio vlla est cur mutet familiam, non mutante illo in cuius familia est, cùm non sit in familia patris sui, qui nullam vnquam habuit, sed in aui qui totius familiæ in qua & filius & nepos erant, caput fuit, nec eo minùs eandem familiam retinet quod ex ea filium eiecerit retento nepote. Quod in adrogatione diuersum est *l.3. in princip. D. de capit. minut.*

d.l.2.§. vlt. hoc tit.

l.4. in prin. D. de cap. minut.

ILLATIO IX.

De *autoritate Principis adhibenda in adoptione.*

l.2. D. hoc tit.

NOnò ex eodem Principio fit vt adrogatio non possit fieri solius magistratus imperio, sed autoritas Principis in eam rem necessaria sit, *d. l.2. hoc tit.* quia cùm per adrogationem is qui erat paterfamilias, id est qui familiam

liam habebat in ciuitate, fiat filiusfamilias, atque ita non ille tantùm, sed ipsa etiam respublica familiæ detrimentum patiatur, æquum fuit adhiberi olim consensum totius populi ad permittendam adrogationem ne per eam insscia respub. læderetur, cuius quàm maximè intererat augeri potiùs quàm minui numerum familiarum, quippe ex quarum & multitudine & amplitudine ipsius quoque reipublicæ dignitas & amplitudo æstimetur. Si enim populi romani iniussu ciuem romanum occidi nefas erat cùm ea ratione vno capite ciuitas minueretur, quantò magis prouidendum erat, ne eiusdem, populi iniussu tota vna familia de ciuitate tolleretur? Itaque dicebatur per populum ea fieri adoptio, quæ adrogatio vocabatur vt Vlpian. refert *tit.*8. *§.regul.§.1. & 2.* ex quo & adrogationis nomen sumptum fuisse vult A. Gellius *lib.*5. *capit.* 19. quia genus hoc in alienam familiam transitus fieret per populi rogationem. Vnde etiam illud eueniebat quod sequitur apud eundem Vlpianum, vt adrogatio Romæ tantùm fieri posset, odoptio verò etiam in prouinciis apud præsidem, quia cùm adrogatio non nisi comitiis curiatis quę maiora erãt fieri posset, nemo nescit eiusmodi curiata comitia alibi quàm romæ fieri nõ potuisse. Nobis autẽ hæc nostra ratio magis placet quàm quæ affertur à Brissonio *lib.*1. *De ver. signific.* in verb. *adrogari*, quod inquit iure à maioribus prodito libertatem nemo ciuis romanus sine populi romani autoritate amittere poterat. Quando nec libertatem, nec verò ciuitatem amittit qui adrogatur, sed familiam duntaxat *l. vltim. D. de capit. minut.* Quum verò ea totius reipublicæ maiestas quæ olim erat penes populum, postea lege regia fuerit in Principem translata *l.1. D. de constit. Princip.* cœpit vt sufficere, ita & necessaria esse autoritas Principis vice autoritatis populi, *l.2. ad fi. C. hoc ti.* cùm post eam legem regiam Princeps non solùm id facere possit quod populus vniuersus olim faciebat, sed plus etiam quàm populus facere posset, quando & populum ipsum sub imperio suo habet: ita vt ob eam causam supra leges quoque esse dicatur, Nempe quod sit supra populum cuius erat facere legem, vt pluribus diximus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* Hæc verò omnia diuersa erant in alia specie adoptionis, quæ specialiter adoptio nuncupabatur. Poterat enim & apud magistratum fieri populo insscio, & in prouinciis quoque apud Præsidem vt supradicto loco Vlpianus refert, Nempe quia per eam non reipublicæ ius læditur, sed familiæ duntaxat priuatæ, cùm familiarum quę in ciuitate sunt numerus non idcirco minuatur.

ILLATIO X.

De causæ cognitione in adrogationibus adhibenda.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt in adrogationibus causæ cognitio vertatur, Num fortè minor sit annis sexaginta is qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi fortassis morbus aut valetudo impedimento sit, aut alia interueniat iusta causa adrogandi, Veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare *l. si paterfamilias* 15. *§. in adrogationibus* D. *hoc titu.* Item an plures quis adrogare velit, quod multò difficilius est permittendum, nec nisi ex magna & iusta causa vt ibidem subiungit Vlpianus. Nam cùm ea potissimum causa sit permittendę adrogationis, vt familia forsitan illustris quæ in eo esset, vt quia filiusfamilias in ea nullus extaret, iamiam

L. si paterfamilias 15. §. in adrogationibus D. hoc tit.

Digitized by Google

extinctum iri videretur per adrogationis auxilium in lõgiores annos produci ac perpetuari posset, *l.3.C.eod.* Nõ potest ratio hæc necessitatem inducere plurium adrogandorum quandoquidem per vnum filium æquè ac per plures familia perpetuatur, cùm sperandum sit fore vt ex vno illo filio plures nepotes nascantur. Sed & cùm adrogatio eorum duntaxat fiat qui sui iuris sunt, & qui familiam propriam habent, necesse est, quanto plures sunt quorum adrogatio permittitur, tanto grauius ex familiarum diminutione adferri reipublicæ detrimentum. Illud etiã in causæ cognitione versatur, an libertus alienus sit is, qui dat se adrogandum. Nam nec hoc permittendum est inscio patrono cuius iura facto alieno lęderentur. Item an adrogator ætate minor sit adrogato. Nã cùm vtraque adoptionis species in iis demum personis locum habeat, in quibus etiam natura potest habere, permittendum non est, vt minor natu maiorẽ adoptet quem neqùe per monstrum, aut prodigium habere filium possit *d.l. si paterfam. §. vlt. cum l. seq.* Rursum nec ei permittitur adrogare, qui tutelã, vel curam alicuius administrauit, si minor annis viginti quinque sit qui adrogatur, Ne fortè ideò eum adroget dolo malo vt se liberet à reddendarum rationum necessitate, inquit idem Vlp. in *l. nec ei 17. eod. tit.* Priuati namque adrogatoris vtilitas quę permittendæ adrogationis causam præbeat, & honesta esse debet, & cum vtilitate reipublicæ coniuncta, non ad fraudem iuri publico faciendam excogitata. Cur enim permitteretur id fieri quod vel tantillum publicam læderet vtilitatem, nisi maioris cuiusdam vtilitatis ratio permissionem huiusmodi extorqueret? Aut cur priuata vtilitas publicæ anteponeretur? Multò igitur magis inquirendum est an subsit & lateat sub honestatis & vtilitatis publicæ prætextu turpis aliqua causa adrogandi: Cùm ad impediendam adrogationem, vel hoc vnum sufficiat nullam eius permittendę satis idoneã causam proponi *d.l.3.C.eo.* Nõ possit autẽ idonea esse causa, quæ est etiam turpis. Sicut enim primum iuris præceptum est, honestè viuere, Ita nihil è cõtrario est quod ciuilis legislator magis habeat odio quàm ea, quæ vel minimã turpitudinis speciẽ, vel occasionem præseferãt. At in ea specie adoptionis quam ex generis nomine specialiter adoptionẽ vocari diximus nulla causæ cognitio vertitur, quia per eam neque reipublicæ, neque vllius priuati ius læditur, cùm familia tãtùm mutetur, non etiam vlla amittatur. Proindéque sufficit adesse consensum & patris naturalis qui dat in adoptionem, & filij qui adoptatur, siue patri expressim ille consentiat, siue tacitè hoc ipso, quod non contradicit *l. in adoptionibus* 5. D. *hoc tit.* Quare nec quicquam prohibet plures filios adoptari hoc genere adoptionis, siue ab eodem patre, siue à diuersis in adoptionem dentur, cùm nullius interfit nisi eius qui dat in adoptionem, & eius, qui datur. Quamquam illud vtrique adoptioni commune est vt honesta non turpis esse debeat: quod ipsum ad religionem eius pertinet qui permittit adoptare, siue Princeps ille sit, siue magistratus, Cùm ob eam nimirum causam inductum sit, vt nemo propria autoritate possit adoptare, sed vel Principis imperio vel autoritate magistratus interueniente. *d.l.2.* in cuius tamen Principio scriptum mallem *generaliter* quàm *generalis*. Adoptio enim generalis nulla est, licèt adoptionis nomen aliud generale sit, id est quod generaliter sumitur, aliud speciale per quod adoptio distinguitur ab adrogatione.

l.3.C. eod.

d.l. si paterfamilias §. vlt. cum l. seq.

L. nec ei 17. eod. tit.

In adoptione quæ non fit per adrogationẽ nulla causæ cognitio vertitur.

L. in adoptionibus 5. D. eod.

l. 2. eod.

ILLA.

ILLATIO XI.

De *adrogatione pupilli.*

VNdecimò ex eodem Principio fit vt cùm adrogatur pupillus, longè maiorem & exactiorem causæ cognitionem adhiberi oporteat, quandoquidem hoc casu non tantùm filiusfamilias fit is qui antea paterfamilias erat, sed etiam is qui per ætatem iudicio carens prospicere sibi non potest nec deliberare, an expediat sibi vt adrogetur atque ita capite minuatur. Nam in eo qui non modò sui iuris esset verùm etiam sui iudicij & suæ ætatis, ipsius duntaxat voluntatem explorari oporteret *l. in adoptionibus* 5. D. *hoc titul.* quia imputare sibi deberet, qui minùs bonum pro se consilium cepisset, séque capite minui vltro passus fuisset. At ei qui non tanto iudicio per ætatem polleat, quanto est opus ad tanti momenti rem peragendam, necessarium est vt ex autoritate & iurisdictione magistratus succurratur adhibita causæ plenissima cognitione. Qua etiam ratione rectè sub Diuo Claudio mutatum est quod antea obtinuerat ne curatoris autoritatem intercedere necesse esset in adrogatione *l. quod ne curatoris* 8. *D. eodem tit.* Quod ego sic intelligo siue minor annis vigintiquinque habens curatorem adrogare vellet, siue dare se adrogãdum. Vtroque enim casu magno iudicio opus est, quod tamen non satis firmum habere creditur illa ætas quæ minor est annis vigintiquinque *l. 1. D. de minor.* Quamquam eo casu quo minor non adrogare sed adrogari velit, illa etiam ratio facit necessariam curatoris autoritatem, quòd per adrogationem futurum sit vt curatoris administratio dissoluatur, cùm curator non in aliud detur, quàm vt habeat administrationem bonorum minoris, qui porrò nulla bona est habiturus facta adrogatione, sed omnia simul cũ suo capite in adrogatoris familiam & potestatem translaturus *d. l. si paterfamilias* 15. *in princip. l. qui liberis* 11. *§. testamento De bonor. poss. secund. tabul.* Absurdũ verò est solui curationem non consentiente, adeóque forsitan ignorante illo qui curator legitimè fuerit constitutus, vt hac ipsa in specie ratiocinatur Iustin. tam de curatoribus quàm de tutoribus tractans in *l. vlt. C. de autor. præst.* In eo autem primùm versatur causæ cognitio quæ in huiusmodi pupillorum adrogationibus interponenda est, vt iis duntaxat pupillorũ adrogatio permittatur, qui vel naturali cognatione vel sanctissima adfectione ducti consilium votúmque adrogandi susceperint. Cæterorum prohibeantur adrogationes, Ne in tutorum potestate esset & finire tutelam & substitutionem pupillarem à parente factam extinguere, vt eleganter Vlp. ait in *d. l. necsi* 17. *§.* 1. *hoc tit.* Certum enim est per adrogationem sicut impubes ex patrefam. fit filiusfamilias, ita & irritum fieri pupillare testamentum quod pater naturalis moriens fecerat filio suo in potestate, ita vt nec iure prætorio conualescat, cùm fieri nequeat extra causam militis de castrensi aut alterius de quasi castrensi peculio testantis vt filiusfamilias quis decedat, & cum testamento. *l. 2. & pass.* D. *de vulg. & pupill. substit. §. non tamen Instit. quib. mod. testam. infirm.* Excutiendum autem illud imprimis est quæ facultates pupilli sint, & quæ eius qui adoptare pupillum velit, vt ex earum comparatione æstimetur, an pupillo salubris futura sit adoptio & vtilis, necne, Ne scilicèt sub obtentu copulandæ adoptionis in facultates pupilli quæ omnimodo & diligenter ei seruandæ sunt adrogator irruisse videatur, vt eleganter scriptum est in *l. 2. C. hoc tit.* Deinde inspiciendum est cuius vitæ

d. l. ex adoptionibus eod.

L. quod ne curatoris 8. eod. tit.

L. vlt. C. de autor. præst.

d. l. nec si 17. §. 1. D. hoc tit.

L. 2. C. eod.

sit is qui pupillum redigere vult in familiam suam,vtrúmne honestæ an turpis & probrosæ.Hoc enim casu quonam obsecro colore adrogandi facultas ei esset indulgenda? An fortè interesset reipublicæ perpetuari familiam eius, cuius memoriam penitus aboleri potiùs interesse dicendum esset ? Tertiò cuius ætatis sit hic adrogator, vt perpendatur an melius sit de procreandis liberis eum cogitare quàm ex aliena familia quemquam redigere in suam potestatem *d.l.nec ei* §.2.quod & in omnibus adrogationibus esse spectandum diximus illat. præcedente. Imitat enim legislator ciues suos ad contrahendas nuptias quantum potest,& ad procreandos liberos ad rempublicam non modò conseruandam & perpetrandam, sed etiam amplificandam,quæ tamen per adoptiones minui potiùs quàm amplificari potest: minuitur namque si familia vna amittatur quod fit per adrogationem. Amplificatur verò nũquã, siquidem illo etiam casu quo in adoptionem datur filiusfamilias qui nullam dum familiam habet,respublica sanè nõ minuitur, sed nec augetur,quomodo per filium ex iustis nuptiis quæsitum vno capite augeretur. Reipublicæ autem interest quàm maximè non solùm vti ne minuatur,sed etiam vt in dies augeatur,Addit Vlp.in *d.l.nec ei*, prætereà videndum esse an non debeat permitti ei qui vel vnum iam habebit vel plures fortasse liberos alium adoptare. Ne, inquit, aut illorum quos ex iustis nuptiis procreauit diminuatur spes succedendi quam vnusquisque liberorum sibi obsequio paret, aut qui adoptatus fuit,minùs percipiat, quàm dignum erit eum consequi: vsu enim compertum est nulla magis re quàm spe succedendi liberos in obsequio contineri, vt paternam beneuolentiam quam natura conciliauerit, perpetuis obseruantiæ officijs retineant.Facit *l.si quando* 35.*§.illud C. de inoffic. testam. l. quidam cùm filium* 132.*De verb.obligat.* Interdum & ditiorem permittetur adoptare pauperiori, si vitæ eius sobrietas clara sit, vel honesta adfectio nec incognita *d.l.nec ei* §.*penultim.* Quid enim commune habet paupertas cum fide, vitæque probitate? *§. vltim. infr. De suſp. tutor.* Apparet autem ex ea ratione adoptandi verbum coarctandum hîc esse ad adrogationem, quoniam filiusfamilias qui solus propriè adoptatur,nec pauperior,nec ditior esse potest cùm bona omnino nulla habeat *l.lex Cornelia* 28.*De vulg. & pupill. substit.* Illud quoque amplius est quoties pupillus adrogatur quod satisdatio necessaria est vt ait Vlp.in *dict.l. nec ei* 17. *§. vltim.* Nam vt in *l. seq.* subiungitur ex Marcello, Non aliter voluntati eius qui pupillum volet adrogare subscribendum erit, quàm si cauerit seruo publico se bona illa omnia quæ à pupillo consecutus fuerit illis restituturum ad quos res peruentura esset si adrogatus in suo statu permansisset.Quod & scriptum est in *dict. l. 2. Cod. eod.* Obseruandum tamen est,quod apud Marcellum additur *si causam eius ob alia probabit*, vt intelligamus non sufficere ad permittendam adrogationem, vt adrogator satisdationem offerat, si adrogationis alia iusta causa nulla sit,sicut nec vlla alia iuris parte potest vnquam facere satisdatio,vt ob id solùm quòd quis satisdare paratus sit, habeat sibique acquirat actionem quam aliter non haberet. Hæc autem satisdatio vbi præstita est, non tantùm legitimis pupilli successoribus prodest,sed etiam generaliter iis omnibus quorum interest, puta libertatibus quæ secundis tabulis datæ sunt, itémque legatarijs, multò autem magis substituto seruo, sunt enim generalia verba illa satisdationis ab adrogatore præ-

d.l.nec ei §. *seq.*

d.l.nec ei §. *penult.*

d.l. nec ei §. *vlt. cum l. seq.*

d.l. 2 C.*eod.* *l.* 18. D.*eod.*

præſtandæ *l. his verbis* 19. *eod. titul.* vbi tamen quod ſcriptum legimus *libertatibus profectum eſſe* mihi durius videtur, malléque legere *proſpectum* quomodo & aliis pleriſque locis prudentes loquuntur. Quod verò additur *ſubſtituto ſeruo* oſtendit non cuilibet alij ſubſtituto pupillari proſpici per huiuſmodi ſatiſdationem, ſed ſubſtituto ſeruo duntaxat, quia fieri nullomodo poteſt vt qui in aliena poteſtate moritur, decedat cum eo teſtamento quod alius ei fecerit quàm is in cuius poteſtate mortis tempore reperitur. Atqui pupillaris ſubſtitutio nihil aliud quàm teſtamentum filij eſt *l.* 2. *l. ſed ſi plures* 10. *§. ad ſubſtitutos De vulg. & pupill. ſubſt. l. Papinianus* 8. *§. ſed nec impuberis D. de inoffic. teſtament.* Pupillarem ergo ſubſtitutionem quam pater fecerat filio impuberi qui nunc adrogatur prorſus extingui neceſſe eſt, vt iam ſuprà diximus ex *dict. lege nec ei* 17. §. 1. in illis verbis *& ſubſtitutionem à parente factam extinguere.* ita vt nec iure prætorio conualeſcat, licèt noſtri vulgo poſt Accurſ. & Bart. contrà ſentiant, Vt proinde quod ſcriptum eſt in *l. non aliter* 18. *eod.* per hanc ſatiſdationem cauere adrogatorem ſe reſtituturum ea quæ ex bonis adrogati conſecutus fuerit illis ad quos res peruentura eſſet ſi adrogatus permanſiſſet in ſuo ſtatu, neceſſariò reſtringendum ſit quantum ad ſucceſſionis cauſam pertinet ad legitimos pupilli ſucceſſores non etiam protrahendum ad pupillarem ſubſtitutum, quamuis ad eum peruentura fuerit hereditas ſi impubes in ſuo ſtatu permanſiſſet & in eadem ætate deceſſiſſet. Facilè namque patitur lex eam iniuriam fieri non ſolùm ſubſtituto, ſed etiam teſtatori patri qui filio ſuo teſtamentum fecerat, Vt nimirum magis cõſultum ſit pupillo, cui vtiliorem adrogationem quàm pupillarem ſubſtitutionem eſſe probarique neceſſe eſt, priuſquàm eò deueniatur vt adrogatio permittatur. Cùm enim non niſi ob pupillorum vtilitatem moribus receptum ſit contra iuris communis regulas, vt pater filio impuberi teſtamentum facere poſſit, quoniam pupillo non ſolùm vtilius ſit ſed etiam honorificentius ſit teſtamentarium heredem quàm legitimum habere *l. Iulianus* 42. *D. de acquir. hered.* non fuit æquum tantã haberi rationem pupillaris ſubſtitutionis, vt eius tuendæ gratia vel adrogatio quæ pupillo vtilior futura eſſet impediretur, vel tantam vim legibus fieri neceſſe eſſet quanta fieret, ſi mutata familia, mutatóque patre idem teſtamentum quod prior pater filio fecerat, defenderetur. Alioqui plus priuilegij haberet pupillaris ſubſtitutio quæ eſt exorbitans à iure communi quàm teſtamentum aliud quodlibet patrisfamilias adrogati, quod per adrogationem factum irritum non aliter conualeſcit iure prætorio quàm ſi noua voluntas intercedat *l. qui liberis* 11. *§. teſtamento de ſec. tab.* Subſtituto tamen neceſſario id eſt ſeruo proſpicitur per adrogatoris ſatiſdationem, at non quaſi ſubſtituto, ſed quaſi ſeruo, id eſt non ratione hereditatis, ſed ratione libertatis. Cur enim deterioris condicionis eſſe debeat ſeruus pupillariter ſubſtitutus qui & liber, & impuberi heres eſſe iuſſus eſt, quàm cæteri ſerui quibus datas in ſecundis quoque tabulis libertates conſeruandas eſſe placuit? Hic enim cæteris fauorabilior, teſtatorique dilectior fuiſſe credendus eſt à quo ſcilicet non tantùm libertatem meruerit ſed etiam pupilli hereditatem. Ob ſdque nimirum Vlpianus de hoc ſeruo ſubſtituto loquitur poſtquàm de aliis libertatibus locutus fuit, rurſuſque mox de legatariis loquitur, vt doceat ſatiſdationem illam ad legatorum duntaxat

L. his verbis 19. *eod.*

L. non aliter 18. *eod.*

Cur ſubſtitutio pupillaris ſit fauorabilis.

Caſus in quo maior eſt fauor legatorum & libertatum quàm ſubſtitutionis pupillaris.

& libertatum tuitionem, non etiam ad teſtamentariæ ſucceſſionis cauſam pertinere. At inquies, Potéſtne fieri vt irrito facto pupilli teſtamento legata aliqua vel libertates ex eo debeantur? Minimè. Et ob eam nimirum cauſam ſatiſdatio neceſſaria eſt per quam & libertatibus & legatis proſpiciatur, vt quæ ex teſtamẽto peti non poterunt ex ſtipulatione tanquam debita exigantur. Et hic germanus ni fallor Vlpiani ſenſus eſt in *d.l.his verbis*. Dices, Cur non ergo æque ſubſtituto pupillari cuilibet proſpicimus per eandem ſatiſdationem, vt quamuis iure corruat pupillaris ſubſtitutio per adrogationem, tamen ex ſtipulatione poſſint bona peruenire ad ſubſtitutum potiùs quàm ad legitimos ſucceſſores adrogato impubere defuncto? Nec enim minùs abſurdum eſt eum qui filiusfamilias & in noui patris poteſtate deceſſerit legitimũ heredẽ habere intelligi, quàm vt teſtamentarium quem prior pater dederat, retinuiſſe intelligatur. Et ſanè fatendum eſt ſine herede pupillum decedere qui in adrogatoris familia decedit, viuo ſcilicet adrogatore. Sed tamen fuorabilior hac parte viſa eſt cauſa proximi agnati qui legitimus pupilli heres futurus erat quàm teſtamentarij, id eſt pupillaris ſubſtituti, vt illi non etiam huic proſpici debuerit per remedium ſatiſdationis, Quia ſubſtituti pupillaris perſona certa eſt, quæ proinde non niſi improbè ac contra bonos mores ſollicita eſſe poteſt de hereditate impuberis adhuc viuentis *l.2.§.interdum D.de vulgar.& pupill.ſubſt.* Præmatura enim eſt ſpes ſucceſſionis quandiu adhuc viuit is de cuius ſucceſſione tractatur *l.1.§.ſi impubere D.de collat.bonor.* adeóque indignum ſe hoc ipſo redderet ſubſtitutus qui contra ius gentium tantopere feſtinaſſet, vt Papinianus loquitur in *l.donari* 29. *alias l.quidam in fin. D.de donat.* Præſertim cùm poſſit etiam ipſe ſubſtitutus ante pupillum mori *l.Statius Florus* 48.§.1. *D. de iur.fiſc.* nec niſi malo nimis omine caſus ille ſperari poſſit vt ante ſubſtitutum pupillus ſit moriturus. At perſona illius qui ab inteſtato ſucceſſurus ſit pupillo incerta eſt, cùm æſtimanda ſit ex tempore mortis pupilli quo tempore quiſnam proximus ei agnatus futurus ſit ignoratur, Veréque hoc caſu poteſt vſurpari dictum illud Imperatoris, Nemo ſuum occidit ſucceſſorem. Itaque cùm propter vtilitatem pupilli qui adrogatur, ita ius conſtitui placuerit vt non aliter adrogatio permittenda ſit, quàm ſi hi qui ſanguinis neceſſitudine pupillo iunguntur id ei expedire apud præſidem prouinciæ confirmauerint, vt ſcribũt Impp. in *d.l.2.C.hoc tit.* non poſſunt videri improbi qui ſolliciti ſunt de impuberis hereditate non tam ſibi ipſis nominatim quàm ei qui mortis pupilli tempore proximus agnatus futurus ſit, conſeruanda. Maximè verò cũ ad ipſius impuberis vtilitatem principaliter id pertineat, Ne alioqui maneat eius vita expoſita inſidiis patris adrogatoris, ſi fortè conſilium malum habuerit prætextu adrogationis irruendi in pupilli facultates, vt habet *d.l.* 2. Non enim aut meliùs aut aliter huic periculo proſpici & occurri poſſe viſum eſt, quàm ſi caueret adrogator ſe bona pupilli vniuerſa reſtituturum in eum caſum quo adrogatus impubes moreretur. Quibus verò, niſi legitimo ſucceſſori quiſquis ille futurus eſſet? Ideo autem alia etiam ratione legitimo ſucceſſori potiùs quàm pupillari ſubſtituto proſpiciendum fuit, quia pupillaris ſubſtituti ius temporale eſt, cùm pupilli pubertate finiatur, legitimi verò ſucceſſoris ius perpetuum futurum erat ſi impubes non fuiſſet adrogatus, ſiquidem quiſquis paterfamilias decedit & inteſtatus, hereditatem aliquam vt relinquat neceſſe eſt, quæ agnato proximo per legem ſuo tẽpore deferatur. Difficilius ergo eſt, vt ſubſtituto

Cur hac parte fauorabilior cauſa ſit legitimi ſucceſſoris quàm ſubſtituti pupillaris.

d.l.2.C. hoc tit.

tuto pupillari nominatim, quàm vt legitimis pupilli ſucceſſoribus proſpiciatur,quia ius temporale faciliùs tollitur quàm perpetuum. In propoſito autem tanto faciliùs,quòd ſpes legitimæ ſucceſſionis eſt ex iure communi, ius verò ſuccedendi ex pupillari ſubſtitutione ſpeciale eſt, & exorbitans, vt loquuntur à regulis iuris communis,quæ nec patremfamilias de aliis quàm de ſuis bonis, nec ſupremam cuiuſquam voluntatem ex alieno arbitrio pendêre patiuntur *l. verbis legis* 120. *De verb. ſignif.* iunct. *l. illa inſtitutio* 32. *D. de hered. inſtit.* Facilis autem eſt reditus iuris ſpecialis ad ius commune, ſicut & vniuſcuiuſque rei ad ſuam naturam *vulg. l. ſi vnus* 27. *§. pactus ne peteret in fin.* D. *de pact.* Sed cùm hæc ita ſint,illud adhuc mirum videri poteſt. Cur ergo libertatibus & legatis in pupillari teſtamento relictis ſuccurramus beneficio ſatiſdationis, nimirum quia non ſicut fauor & vtilitas pupilli exigit,vt adrogatio extinguat pupillarem ſubſtitutionem,quippe quæ ſimul cum adrogatione ſtare nullomodo poſſit,ita & videri poteſt illud etiam exigere vt omnino intercidant libertates & legata,nempe quæ rupto vel irrito facto teſtamento deberi tamen ex fideicommiſſo poſſent,etiam ab inteſtato,& à ſucceſſoribus legitimis quibuſcumque *l. generaliter* 24. *§. ex teſtamento D. de fideic. libert. l.* 1. *C. eo.* Parum enim pupilli intereſt,quid cui ex ipſius mortui bonis præſtetur, quomodo tamen eiuſdem intereſt è contrario,vt prætextu pupillaris ſubſtituti quem ſimul cum adrogatore habere nequeat,non prohibeatur adrogari, at prohibeatur potiùs habere ſubſtitutum pupillarem quem tamen ſi ex teſtamento non habeat,ab inteſtato habere non poteſt,non magis quàm decedere ſimul teſtatus, & inteſtatus in iiſdem bonis. Denique irrito per adrogationem facto pupilli teſtamento, nullum ius ſupereſt pupillaris ſubſtituti, propter quod æquum ſit ei ſuccurri per ſatiſdationem,quin potius ex eo tempore incipit locus fieri legitimo quandoque futuro ſucceſſori,cui ſi nec magis quàm pupillari ſubſtituto ſuccurreretur,euenire neceſſe eſſet vt omnes pupilli facultates remanerent penes adrogatorem, quem ea ratione ſub obtentu adrogationis in bona pupilli improbè irruiſſe conſtaret. Porrò ad eam pupilli ſucceſſionem vocatus legitimus ſucceſſor beneficio præſtitæ ſatiſdationis,æqui bonique conſulere debet quod libertates & legata nihilominùs præſtentur,cùm ſi adrogatio nulla facta fuiſſet,nihil vtique ille ex pupilli bonis habuiſſet,tanquam excluſus per ſubſtitutionem pupillarem: Sicut & pupillaris ſubſtitutus conqueri non poteſt, quòd pupillaris ſubſtitutio facta ſit irrita ob maiorem pupilli vtilitatem, cùm nec alia ratio præterquàm pupillaris vtilitatis feciſſet vt pupillo ille ſubſtitui pupillariter potuiſſet. Fauemus igitur legitimo ſucceſſori non contra ſubſtitutum pupillarem, cuius cauſa potior eſſe deberet, ſed contra adrogatorem,adrogatori autem contra ſubſtitutum ex cauſa & fauore ipſius pupilli,qui non poteſt non eſſe fauorabilior ſuo ſubſtituto,ipſis verò legatariis,& libertatibus contra legitimum ſucceſſorem, quamuis libertates & legata non ab ipſo legitimo ſucceſſore præſtari poſſint, qui nec verè ſuccedit ab inteſtato cùm adrogati qui filiusfamilias deceſſit hereditas nulla eſſe poſſit,ſed ab adrogatore præſtari debeant tanquam à domino, cuius ſolius eſt & libertates dare & legata ſoluere. In præiudicium tamen agnati proximi, qui ſi libertates & legata ſimul cum pupillari ſubſtitutione omnino intercidiſſent,tanto amplius & locupletius pupilli patrimonium per adrogatoris heredúmve ipſius manus ex interpoſita ſatiſdatione conſequeretur. Idque etiam

Subſtitutio pupillaris eſt ex iure ſpeciali. Succeſſio autem legitima ex iure communi.

L. generaliter 24. §. ex teſtamento D. de fideic. libert. l. 1. C. eod.

fuor libertatis poſtulat, vt quàm citò fieri poſſit præſtetur, nec ei longior mora fiat per circuitum faciendæ legitimo ſucceſſori reſtitutionis bonorum pupilli. Cùm verò ſatiſdatio ſic conciperetur vt faciendam bonorum pupillarium reſtitutionem præferret, intelligimus non potuiſſe huiuſmodi libertates defendi iure directarum. Directæ ſiquidem competunt ipſo iure, non autem præſtantur aut reſtituuntur, vt pluribus ſcripſimus ad *l.9.C.de fideic.libert. lib.6 Coniect.cap.*16. Nam ſi in hac ſpecie ſola iuris poteſtate conſeruarentur libertates, vt euenit aliquando factum hominis ſuppleri poteſtate legis, vt in *tit.D qui ſine manum ad libert.peruen.* nulla opus eſſet ſatiſdatione, quam tamē adeò neceſſariam eſſe conſtat vt etiamſi omiſſa ſit per errorem fortaſſe, vtilis tamen actio quaſi ex ſatiſdatione in eam rem inducatur, quemadmodum ſubiungit Vlp. in *d. l. his verbis.* Cæterùm quod dicimus conſeruari libertates & legata per ſatiſdationem, ita accipiendum eſt ſi impubes adrogatus in ea pupillari ætate deceſſerit: alioqui fieri non poteſt vt adueniente pubertate non intercidant quæ intercidissent etiamſi ſubſtitutio pupillaris per adrogationem irrita facta non fuiſſet. Facit *l.quod fideicommiſſum* 93. *De legat.* 1. An verò idem dicemus de bonorum pupillarium reſtitutione legitimo ſucceſſori faciendâ? Vt ſcilicet adrogato poſt pubertatem defuncto euaneſcat ſatiſdatio, & ita liberetur adrogator à reſtitutionis neceſſitate. Ita innuere videtur Marcellus in *d.l. hæc autem* 20. *eod.* cùm ſcribit hanc ſatiſdationem locum habere ſi impubes deceſſerit. At ſi ita eſt eueniet vt omnia adrogati bona etiam inuiti remaneant penes adrogatorem. Non enim cò magis poterit ille de bonis ſuis teſtari quòd pubes factus ſit, cùm in eius perſona teſtamenti factionem non ſolùm pupillaritas impediret, ſed illa etiam ratio quæ poſt pubertatem quoque manet, quòd in aliena eſſet poteſtate. Sed reſpondendum eſt non idcirco futurum vt in adrogati inuiti facultates irruiſſe adrogator videatur, quia ex quo tempore adrogatus pubes factus eſt incipit poſſe conqueri de adrogatione, ac petere, vt emancipetur atque ita priſtinum ius recuperet ſi putet probétque ſibi non expedire, vt in patriam poteſtatem redigatur. Quod & magiſtratus ei petenti ſolet indulgere cauſa cognita, hoc eſt ſi iuſtum puberis deſiderium eſſe animaduerterit *l.nonnunquam* 32 *& ſeq.* D. *hoc tit.* Quamuis regulare ſit vt filius qui in patris poteſtate eſt nullomodo poſſit compellere, patre vt faciat ne ſit filius in poteſtate ſiue naturalis ſit ſiue adoptiuus *l. non poteſt* 31. *eod.* ſicut è contrario inuiti filij naturales vel emancipati non rediguntur in patriam poteſtatem *l.vl. D.de his qui ſui vel alie.iur.ſunt*, (quia ſicuti ex parte patris patria poteſtas eſt quid inæſtimabile quod inuito patri auferendum proinde non eſt *l.filiusfamiliæ* 114.§.*ſed ſi liberos* De *legat.*1. ita ex parte illius qui paterfamilias & ſui iuris ſemel factus eſt, ineſtimabilis res eſt quod ſit ſui non alieni iuris) Ergo ſi impubes adrogatus pubes factus maneat vltrò in adrogatoris poteſtate cùm non poſſit ignorare futurum vt in eo ſtatu nullum heredē, neque teſtamentarium, neque legitimum habiturus ſit, nulla fit iniuria legitimo ſucceſſori, quo etiam inuito & ignorante pubes adrogandum ſe poſſet dare, ſi id ſibi crederet expedire, ipſi verò puberi multò minùs, qui cùm poſſet adrogationem improbare noluit facere, ſed in ea perſtare maluit, licèt aliquo modo videatur adrogatoris reuerentia prohiberi per verecundiam ne de adrogatione conqueri audeat, ſemper enim verum eſt videri eum id maluiſſe *à ſe fieri cogente* 32. *D. de rit. nupt.* Quòd ſi pubes de adrogatione conqueri velit, nec

Libertates quæ conſeruantur beneficio ſatiſdationis, non defenduntur iure directarum & quare.

L. hæc autē 20. *D. hoc tit.*

L. nonnunquam 32. *& ſeq. eod.*

L. non poteſt 31. *eod.*

L. vlt. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

nec tamen cauſam vllam ſatis iuſtam vel alleget vel probet,ita vt magiſtratus videat expedire ipſi vt potiùs in adrogatoris poteſtate retineatur , non video quænam ei aut legitimo eius ſucceſſori iniuria fieri videatur cùm non adroga tori ſed ipſi adrogato proſpiciatur.Planè ſi adrogator deceſſerit impubere relicto filio adoptiuo,& mox impubes decedat,non eo minùs heredes adrogatoris tenebuntur,vt & bona adrogati ipſi reſtituant,& prætercà quartam partem bonorum adrogatoris *l.ſi adrogator 22.eod tit.* Vt enim committatur ſtipulatio ſatiſdationis,ſufficit adrogatum decedere impuberem ſiue viuo,ſiue mortuo adrogatore decedat, quamuis adrogatio morte adrogatoris finiatur , fiátque adrogatus ſui iuris:Non aliam ſiquidem condicionem habebat ſtipulatio præter hanc *ſi adrogatus impubes decederet §.cùm autem impubes hoc tit.* Puberi adrogato quamuis minori annis vigintiquinque difficilius eſt vt ſuccurratur, quia cùm ei neceſſaria ſit in integrum reſtitutio non videtur res capere reſtitutionem cùm perſona ſtatum mutat *l.ſi ex cauſa 9.§.Papinianus & §. vlt.* D. *de minor.*Sed tamen magis eſt vt ei quoque ſubueniri debeat ſi doceat ſe in adrogatione ipſa circumuentum dolo malo adrogatoris, puta ſi prædo locupletem hominẽ adrogauerit *l.3.§.ſi quis minor D.eo.*Sed non ſufficiet vt probet ſibi expedire ſui iuris eſſe potiùs quàm alieni , vt deterior ſit condicio eius qui ſeipſum adrogandum dedit,quàm impuberis qui per alium adrogatori datus fuit.Siquidem fieri facilè poteſt vt expediat adrogato eximi de patria poteſtate,nec tamen ille ab adrogatore in adrogatione ipſa circumuentus ſit, quo caſu impuberi poſtea facto puberi ſuccurretur,minori verò non item.Superioribus verò quæ diximus de adrogati bonis ei reſtituendis addendum illud eſt, Defuncto adrogato impubere non tantùm ea bona quæ ille ante adrogationẽ habuit legitimo ſucceſſori reſtituenda eſſe,ſed illa etiam quæ durante adrogatione adrogatori quæſita ſunt per adrogatum,puta ſi adrogatus ille ab aliquo heres inſtitutus adierit hereditatem iuſſu adrogatoris *d.§. cùm autem impubes. l.vlt.*D.*ſi quid in fraud.patr.*Quod etiam obtinet ſic multò magis, ſi adrogato ipſi viuo fortaſſis ſine cauſa emancipato ab adrogatore fieri reſtitutionem oporteat , aut ab heredibus adrogatoris ante impuberem defuncti,vt in ſpecie *d.l ſi adrogator.*

L. ſi adrogator 22. D. hoc tit.

§. cùm autẽ impubes hoc tit.

l.ſi ex cauſa 9.§.Papinianus §.vlt. D. de min. L.3 §.ſi quis minor. eod.

d.§.cùm autem impubes.

L. vlt. D.ſi quid in fraud patr.

d.l ſi adrogator 22. D. hoc tit.

ILLATIO XII.

De legitima portione debita adrogato ex conſtitutione D.Pij.

DVodecimò ex eodem Principio fit , vt quemadmodum filiofamilias ex iuſtis nuptiis quæſito debetur à patre legitima portio quæ olim quarta erat portionis hereditariæ ab inteſtato competituræ, ita & filiofamilias adrogato ſimilis portio,id eſt quarta pars bonorum adrogatoris debeatur ex reſcripto & conſtitutione Diui Pij *d.l.ſi adrogator 22.in princip. & §.1. hoc tit. l. 2.C. eod.d.l.vlt.ſi quid in fraud.patron.l.Papinianus 8. §.ſi quis impubes 15. De inoff. teſtam.d.§.cùm autem impubes verſ.ſed etſi Inſtit.hoc tit.* Non alia vtique ratione quàm quòd paterfamilias fiat per adrogationem filiusfamilias. Atqui reſcriptum Diui Pij ad adrogatos duntaxat pertinet non etiam ad filiosfamillas in adoptionem datos , cùm tamen non eo minus filiusfamilias patris adoptiui ſit is qui ante adoptionem quoque iam filiusfamilias erat. Ita eſt. Immo nec ad quemlibet adrogatum huiuſmodi reſcriptum pertinet , ſed ad impuberem duntaxat , vt apparet ex ſupradictis locis. Itaque ſi quis iam

d. l.ſi adrogator 22. in princ. & §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod. l. vlt. ſi quid in fraud patr. l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes 15. De inoff. teſt. §. cùm autem verſ. ſed etſi hoc tit.

pubes factus adrogandum se dederit nulla ei quarta ex eo rescripto debebitur. Sed non erit bona consecutio si quis ex eo inferat, nullam igitur quartam ei debitum iri. Nam cùm per adoptionem quamlibet fiat suus heres, necesse est vt adoptiuo patri succedat tanquam suus heres, siue pater ille testatus, siue intestatus decesserit, & siue adrogatio, siue specialis adoptio facta sit, nisi ponas eum à patre exheredatum quo casu si iusta fuerit eius exheredandi causa certum est nullam ei legitimam deberi, quia nec si naturalis & legitimus filius esset, vlla tamē legitima ingrato ei deberetur. Sed si iniusta fuit exheredatio cō stat habere illum querelam inofficiosi testamenti, quam porrò aliud excludere non possit quàm si habeat quartam *l. quidam cùm filium* 132. *versic. ergo exheredatus De verb. obligat.* Ergo etiam citra rescriptum Diui Pij quartam habere debet filius adoptiuus qui iustam exheredationis causam nullam admiserit. Cur ergo, inquies, necessarium fuit rescriptum Diui Pij vt impuberi adrogato prospiceretur? An fortè verendum erat ne alioqui deterior esset condicio impuberis quàm puberis adrogati? Minimè. Sed quia impuberis adrogati, qui causam ingratitudinis vix vllam admittere poterat, valde intererat vt certus esset de quarta illa omnimodo habenda neq; necessitati querelæ aliquādo proponendæ subiiceretur propter dubium euentum iudiciorum, sumptus & incommoda tractandæ litis. Item quia prudentissimus Imperator putauit prouidendū esse pupillo aliquo casu etiam quo is viuo adrogatore puta si emancipatus moreretur, Quo tamen casu certum esset, nullam ei legitimam alioquin deberi posse, non enim fieri magis potest vt ex bonis viuentis debeatur cuiquam portio legitima quæ nihil aliud est nisi portio portionis ab intestato contingentis vt iam diximus, *l. cùm quaritur* 6. *l. quæ nuper* 31. *C. de inoffi. testam.* quàm vt viuentis vlla hereditas & successio sit quæ esse nequit *l.* 1. D. *de hered. vel act. vendit. l.* 1. *D. pro hered.* Cur verò voluit Diuus Pius pupillo prouidere in eum quoque casum quo emancipatus pupillus ante adrogatorem moreretur? An non ea ratione videtur legitimis pupilli successoribus magis quàm pupillo ipsi prouidisse? Respondeo ad pupilli quoque vtilitatem id pertinere, vt callidi & maligni adrogatores non tā facilè consilium caperent irruendi in pupilli facultates, Itémque vt constantiores fierent ad pupilli personam in familia retinendam, cùm præuiderent fore vt emancipato adrogato impubere non tantùm bona ipsius omnia sed proprij quoque patrimonij quartam partem legitimo cuicunque impuberis successori, nedum impuberi ipsi restitui oporteret: quo periculo & incommodo non liberabantur perueniente impubere ad pubertatem. Nam puberem factum adrogator sine causa emācipasset, perinde se obstringebat, vt quandocunque moriens quartam ei relinquere cogeretur *d. §. cùm autem impubes versic. sed etsi.* Quemadmodum & si eum immerentem exheredasset, nec querelæ inofficiosi testamentum suum subiacere voluisset *d. l. quidam.* In quo deterioris condicionis erat impubes adrogatus & exheredatus, siue pubes decederet, siue impubes quàm filius naturalis ex iustis nuptiis susceptus aut à patre naturali in adoptionem datus, adeóque quàm adrogatus pubes. Nam impuberi adrogato quantumuis immerenter exheredato non potest competere querela, etiamsi nihil ei relictum sit, cùm semper & omni casu habeat quartam ex constitutione Diui Pij, tanquam æs alienum & ex principali prouidentia vt in *d. l. si adrogator* 22. *§.* 1. loquitur Vlpianus & in

L. quidam cùm filium 132. De ver. obligat.

d. l.

d.l. Papinianus 8. *§. si quis impubes.* Cæteris verò liberis nulla quartæ petitio competit, nisi per generalem, & ita demum si velint queri de inofficioso patris testamento, Querela verò proposita necesse est rescindi testamentũ, atquẽ ita filium siue adoptiuum, siue naturalem & legitimum tãquam suum heredẽ succedere ab intestato in tota hereditate si alius suus heres nullus sit, quod in persona impuberis adrogati & exheredati contingere non potest, cùm rescindere testamentum nequeat is, qui querelã proponere non potest *d. §. si quis impubes*, vbi scribit Vlpianus, quod magis est, Etiamsi impubes adrogatus sit ex iis personis, quæ & citra adoptionem & emancipationẽ queri de inofficioso possunt, esse tamẽ illũ remouendũ à querela, *cùm*, inquit, *habeat quartam ex cõstitutione Diui Pij.* Subiungit autem, *Quod si egit, nec obtinuit* (neque enim obtinere potest in querela qui habet quartã) *an quartam perdat?* Ita namque ius cõparatũ est, vt qui cõquestus est de inofficioso, si succubuerit amittere debeat ea omnia quæ habuit ex iudicio defuncti quòd impugnauit *l. filius* 22. *eo. tit.* Et respõdet aut non esse admittendũ hũc ad querelam inofficiosi, aut si admittatur, quãus non obtinuerit quartã ei quasi ex alienũ concedendam. Cur verò de impubere adrogato loquitur Vlpianus, nisi quia in eo qui iã pubes adrogatus est, aliud probari oporteret, distinguique an esset ille iustè an iniustè exheredatus, aut an à patre quartã haberet necne, quippe quã hoc casu non habeat omnimodo ex principali prouidentia. Sed & notanda sunt apud Vlpianum verba illa *citrà adoptionẽ & emãcipationẽ.* Possit enim quis mirari cur de emãcipatione agi oportuerit cùm de querela tractaretur, Quasi verò sicut adoptio, ita & emãcipatio querelæ proponẽdæ ius possit inducere. Sed respõdendũ est, quod iam suprà diximus, ad id respicere Vlpianũ quod impuberi adrogato debetur quarta ex rescripto Diui Pij non illo tãtùm casu quo fuerit ipse ab adrogatore exheredatus, sed illo etiam quo eum sine causa pater emãcipauerit *d. vers. sed etsi*, quia pro exheredatione habetur emancipatio quę facit vti ne amplius necesse sit eum exheredari, cùm ex eo tempore fiat extraneus quem postea exheredari ineptum esset *d. l. quidam.* Qua etiam ratione puto non aliam impuberis emancipandi causam iustam esse potuisse, quàm quæ iusta causa fuisset exheredandi. Hac tamen differentia, quòd exheredato filio, qui fuerat impubes adrogatus, debetur omnimodo quarta ex bonis prædefuncti adrogatoris, siue adrogatus decedat impubes, siue pubes, nec inquirimus an iusta fuerit causa exheredandi de quo scilicet inquiri, nec solet, nec potest, nisi proposita querela. Emancipato autem nulla debetur quarta, nisi cùm sine causa emancipatus fuit. Atque ita accipiendum esse quod diximus ex Iustin. in *d. vers. sed etsi.* Si decedens pater filium adrogatum exheredauerit, vel etiam viuus eum sine causa emãcipauerit, quartam partem bonorum suorum ei relinquere iuberi. Ex quibus verbis apparet etiam quod paulò antè Iustinianus scribit non aliter adrogatori licere filium adrogatum emancipare quàm si causa cognita dignus fuerit visus adrogatus qui emanciparetur, & de adrogatoris familia eiiceretur, Ita debere accipi, vt non possit impunè emancipari, quandoquidem emancipationis pœnam illam pater subit, vt non eo minùs quartam huic filio relinquere pater cogatur, perinde acsi in familia eum retinuisset. Alioqui quomodo posset filius reperiri emancipatus sine causa, si absolutè verum esset non nisi causa cognita & probata emancipari eum posse? Nec repugnat quod diximus vix esse, vt iustam exheredationis, aut emancipationis causam præbeat im-

§. si quis impubes l. Papinianus D. de inof. test.

Digitized by Google

pubes. Hoc enim ius non ad impuberes duntaxat pertinet, sed ad puberes quoque, siue emãcipatos, siue exheredatos, dummodo impuberes fuerint adrogati, Vt intelligamus adrogati puberis emancipationem liberam & impunitam esse, quamuis non etiam exheredationem quę sine causa facta esse proponatur. Potest nãque imputari puberi cur nõ sibi melius prospexerit per stipulationem in eum casum quo sine causa emanciparetur, vt scilicet eo casu, vel quartam bonorum partem, vel certum quid aliud pater promitteret *d.l. quidã verſ. quare ſic debuit*, Vbi quamuis Paulus exheredationem cum emãcipatione coniungat, fatetur tamen in pręcedentibus meliorem esse hac parte cõdicionẽ exheredati quàm emancipati, cùm ait exheredatum si non meruit exheredari posse agere de inofficioso, emancipatum verò quamuis sine causa hoc quoque auxilio carere, Inferens ex eo sic interponi stipulationem debuisse, vt si pater filiũ adoptiuũ emancipasset aut exheredasset, certũ quid pœnæ nomine præstaret. Quid verò prodesse poterat exheredationis quoq; mẽtionẽ in ea stipulatione factã esse: An vt exheredatio impediretur filij etiam qui iustã ingratitudinis causam cõmisisset? Minimè, Esset enim maligna illa, siue stipulatio, siue stipulationis interpretatio & cõtra bonos mores quæ inuitaret filium ad delinquẽdum, in eóque fauorabilior est causa impuberis adrogati, tùm quoque cùm pubes decedit quàm puberis adrogati, aut etiam impuberis in adoptionem dati, vt exheredatio, quamuis alioqui iusta non debeat ei nocere quominùs quartã habeat ex principali prouidentia, quia nec iniusta ei prodesset ad proponendã querelã, & euertẽdũ patris testamẽtũ) sed quia filio adoptiuo immerenter exheredato lõgè tutius esset agere ex stipulatione, quàm querela inofficiosi, non solùm propter dubiũ euentũ querelæ, cui solet valde obstare fauor testamẽti, sed etiã quia eo Pandectarũ iure filius agẽs querela nõ aliter poterat obtinere quàm si probaret se immerẽtẽ exheredatũ *l. liberi* 28. *C. de inoff. teſt.* quousq; à Iustiniano id correctum est in *l. omnimodo* 30. *eo. & Nouel.* 115. *vt cùm de appell. cogn. §. aliud quoque capitulũ*. Cùm tamẽ si ex stipulatione filius ageret quæ nõ aliam pręter hãc cõdicionẽ habuisset *si filiũ exheredaſſet pater, aut emãcipaſſet*, non aliud probandum habuisset filius, nisi quod vel exheredatus, vel emancipatus esset, Patríque aut ipsius heredi onus incumberet replicandi probandíque iustis ac meritis de causis factam esse exheredationem, vel emancipationem. Nemo autem nescit quãtum interfit cuiuslibet, sed pręsertim actoris, vti probationibus quæ vt plurimùm difficillimæ sunt, non oneretur *§. commodum Inſtit. de interd.* Etsi verò Paulus tota ea lege loquitur de illo, qui nõ adrogatus, sed à patre suo naturali in adoptionem datus fuerit, nihil tamẽ putamus interesse an de adrogato loquamur, dummodo iã pubere tempore adrogationis, an verò de filiofamilias, siue impubere, siue pubere dato in adoptionem à patre. Quod enim patri naturali filiũ suũ in adoptionem danti potest imputari, cur filio suo nõ meliùs prospexerit, idem sibi imputare pubes debet, si cùm se adrogãdum vltrò dedit meliùs sibi non caucrit: Solus impubes adrogatus ille est, cui nihil potest imputari, & cuius proinde causam hac parte fauorabiliorẽ esse necesse est, vt quandocũque exheredatus, vel sine causa emãcipatus etiam post pubertatem habeat auxiliũ non querelę inofficiosi testamẽti, quod nec si immerẽter exheredatus esset habere posset, sed cõstitutionis Diui Pij quæ quartã bonorum adrogatoris partem tribuit impuberi adrogato quandocunque postea, siue ante, siue post pubertatem, vel exheredato, vel sine causa emancipato. Quãquam autẽ ea quoque inter emancipationem differentia est, quod eman-

d.l. quidam 32. de verb. oblig.

cipatio

cipatio ab adrogatore facta ſtatim vires habet, exheredatio verò non niſi poſt mortem exheredãtis adeóque agnita ipſius hereditate *l.ſcripto* 7.D. *vnd.liber. l.filium* 20.*D.de bonor.poſſ.contr.tab.*non ideò tamen putandum eſt petitionem quartæ bonorum adrogatoris ſtatim ex die emancipationis ſine cauſa factæ competere filio adrogato eidémque emancipato,ſed ex die dũtaxat mortis,& conſequenter inſpecta quoque illa bonorum quantitate quam moriens adrogator reliquerit *d.l.vlt.D.ſi quid in fraud.patron.*Vbi addit Paulus non tantùm eã quartam partem bonorum adrogatoris ad adrogatum pertinere,ſed etiã bona ei omnia quæ patri acquiſierat reſtitui oportere,ac multò magis illa quę ſimul cum ſuo capite in familiam adrogatoris tranſtulerat:Nam & hæc acquiſierat patri per adrogationem.Immò & eo caſu quo ex iuſta cauſa emancipatur adrogatus licèt quartam perdat,vt ſcriptum eſt in *d.l.vlt.* non tamen perdit bona ſua quæ alioqui ſimul cum quarta ipſa ei reſtitui oportuiſſet *d.§.eium autem impubes*,in illis verbis *& tunc bona ſua ei reddat*,Planè quoniã à tempore emancipationis ſine cauſa malóque animo factæ in tempus vſque mortis multa ex adrogatoris bonis alienari per eum poſſent in fraudem conſtitutionis,rectiſſimè prouiſum eſt impuberi quondam adrogato, vt ſi tale quid admiſſum probetur,id eſt in quartæ fraudem alienatum,totum id per quaſi Caluiſianam vel Fauianam reuocetur,vt Paulus tractat in *d.l.vlt.* Hæc verò omnia cùm ita ſint difficile videtur intelligere quam ſententiam aut rationem habeat quod apud Vlpianum tractatum ſcriptúmque legimus in *d.l.1. §.ſi impubere D.de collat bonor.*Si impubere, inquit,adrogato ſecundum reſcriptum D.Pij quarta debeatur, Videndum eſt an ſi patris naturalis bonorum poſſeſſionem petat,conferre quartam debeat. Tractat ſiquidem,vt apparet, de filio qui à patre ſuo naturali & legitimo emãcipatus fuerit atque ita ſui iuris factus deinde adrogatus. Non enim dici poſſet adrogatus qui adoptionis tempore ſui iuris non fuiſſet *L.adrogationes* 6.*C.hoc.tit.* nec rurſus ſui iuris eſſe potuit filius patrem habens & legitimum & naturalem,quin à patria poteſtate liberatus fuerit per emancipationem. Supponit ergo Vlpianus filium hunc à patre naturali emancipatum & ab extraneo adrogatum,nihilominùs poſſe ſuccedere patri naturali ſaltem iure prætorio ac petere bonorum ipſius poſſeſſionem ab inteſtato.Nã de ſucceſſione inteſtati cũ locũ intelligi debere ex eo conſtat quod iure vetere nõ fiebat collatio quoties ex teſtamẽto ſuccedebatur, niſi teſtator eã fieri nominatim præcepiſſet,quod à Iuſtiniano poſteà correctũ fuit *l.1.*iunct.*Auth.ex teſtamento C.de collat.*Atqui hoc primùm falſum eſt,potuiſſe Vlpiani temporibus filium emancipatũ eundémque adrogatũ ſuccedere patri naturali ab inteſtato,ſiue ciuili,ſiue prætorio iure, quia nec patrem naturalem habere vllũ credebatur,ſed ſolum adoptiuum,in cuius familiã per adrogationẽ tranſlatus fuiſſet,vt non obſcurè,nec ſemel Iuſtinianus ait in *l.penult.C.hoc titu.* vbi ob hãc cauſam ſcribit in huiuſmodi filiis adoptiuis mirũ illud fuiſſe,quod matrem naturalem haberent, patrem verò naturalem nullum habere intelligerẽtur.Is enim ſenſus eſt *verſ. quis enim materna iura*. Sed & ob eam cauſam putabat Papinianus,vt ibidem Iuſtinianus refert,filiũ hunc adoptatũ ſi à patre ſuo naturali fuiſſet exheredatus,non eſſe admittendum ad querelam inofficioſi teſtamenti,Paulus verò admittendum quidẽ,ſed ſine effectu,hoc eſt eo modo quo extraneus quilibet tanquã ad publicam accuſationem ſine vlla tamen ſpe obtinendi vt in *l.1.l.6.§.1.D.de inof.teſtam.*Nimirum quia cùm querela idcirco

L.vlt. D.ſi quid in fraud. patron.

L.1.§.ſi impubere D.de collat.bon.

L.adrogationes 6.C.hoc tit.

L.pen.C.hoc tit.

proponatur,vt rescisso testamento succedi possit ab intestato,nec aliud sit legitima portio quæ inducere querelam solet,nisi portio hereditatis ab intestato contingentis *d.l.qua nuper* 31.C.*eod.*consequens est,vt non alius querelam proponere cum effectu possit quàm qui habeat ius ab intestato quoque succedendi. Et idcò non arcebantur emancipati liberi iidémque exheredati à querela inofficiosi testamenti *l.non putauit* 8.*in princip.*D.*de bonor.poss.contr. tabul.*si modò petiissent primùm à prætore bonorum possessionem illam quę *litis ordinandæ gratia* dicebatur,de qua in *l.*6.*§.vltim.l.*7.*&* l.8. *in princip.*D.*de inoff.test.* per quam fierent capaces implorandi auxilij quòd totum ciuilis non prętorij iuris erat,Nempe quoniam emancipati iure prętorio perinde habentur liberi acsi nunquam emancipati fuissent,vt æquè possint succedere ab intestato ex capite,Vnde liberi.At si non emancipati, sed in adoptionem dati essent,quia eo modo non tãtùm patrem priorem,id est naturalem & legitimũ amittebant iure ciuili,vt patresfamilias fierent (fiebat enim adoptio per emancipationem *l.vlt.C.eo.*)sed etiam nouum & alium patrem nãciscebantur, non magis poterat prætor habere illos pro liberis patris pristini & naturalis quàm facere vt possent illi habere duos patres quod per rerum naturam impossibile est, Siquidem adoptiuum quoque patrem prætor ius ciuile subsecutus pro vero patre habebat non minùs quàm si & legitimus & naturalis fuisset etiam in ea parte edicti quę est De bonorum possessionibus,siue ex testamento,siue ab intestato *l.*1.*in prin.l.*3.*§.*1.*& seqq.D.de bonor.poss. contr.tabul. l.*1.*§.liberos* D.*vnd.liber.l.*1.*§.suos heredes De suis & legit.*Facit *l.si emancipatus 6.§.vlt.D.de bon.poss.contr.tabul.*Mansitque hoc ius & ciuile & prætotium vsq; ad Iustiniani constitutionẽ in *d.l.pen.C.hoc tit.*qua primùm fuit inductũ vt naturalis patris iura per adoptionẽ minimè dissoluantur,nisi cùm datus fuit nepos in adoptionem auo naturali,siue paterno,siue materno:Quo vno casu cõstituit ibidem Iustin.non per speciem noui iuris,sed coarctato ad hunc casum eo iure quod in adoptionibus omnibus generaliter olim obtinebat vt solum patrem adoptiuum habere hic nepos intelligatur,& ad adoptionem tantũmodo spem suam totam extendere debeat, non etiam patris naturalis successionem,vt lex loquitur,molestare.Hanc enim iuris veteris rationem fuisse quam nos dicimus ostendit apertè Iustin.cùm ius nouum ita concipit,vt filio quem pater in adoptionem dederit *maneant integra iura,*siue,inquit,*ad inofficiosi querelam, siue ad alias omnes successiones,siue ab intestato, siue ex testamento quæ liberis deferuntur.* Vnus tantùm casus fuit, quo filius in adoptionem datus adhuc à prætore haberetur pro filio patris naturalis,scilicet si is à patre naturali scriptus fuisset ex aliqua vel minima hereditatis parte. Cur enim prætor haberet pro omnino extraneo illum quem pater tanquam filium tractauit instituendo eum sub filij nomine? Atque ita ex Labeone scribit Vlp.in *dicta lege non putauit* 8.*§.in adoptionem,*iunct.*§.vlt.& l.seq.l.si post mortem* 10.*§.*1.*&* 2.*l.cùm emancipatus* 13.*§.*1.*&* 2. *De bon.pos.cont.tab.l.*1.*§.si filius* 12.*D.de vent.in pos. mit.*Ex quo apparet tantò clariùs verũ esse quod nos defẽdimus filiũ quẽ pater naturalis in adoptionẽ dederat nullomodo patri naturali ab intestato succedere,siue ciuili,siue prętorio iure potuisse.Amplius dico,Nec adoptiuũ filium à patre naturali institutũ heredẽ,potuisse à prætore haberi pro filio naturali,si nõ à patre illo naturali in adoptionẽ datus fuisset,sed emãcipat⁹ qui se postea vltrò

Bonorũ possessio litis ordinandæ gratia quibus & a quid necessaria.

d.l.pen. C. hoc tit.

L.non putauit 6.§ in adoptionem iunct.§.vlt. & l.seq. l.si post mortem 10.*§.*1*&* 2.*l. cùm emancipatus* 13.*§.*1. *&* 2.*de bon. pos.contr.tab. l.*1.*§. si filius de ventr. in poss.mit.*

vltrò dediſſet adrogandũ.Hîc enim duo cõcurrunt quæ illũ penitus extraneũ faciant,emancipatio nimirum & adrogatio. Ac quamuis emancipatio facere non potuerit,vt patris naturalis iura omnino,id eſt etiam iure prętorio ſolue-rentur,præſertim cùm ita ius eſſet,vt inuitus quoque filius emancipari poſſet, Nec proinde adoptio quæ non niſi per tres emancipationes & duas manumiſ ſiones fieri poterat *l.vlt.C.hoc tit.*Non tamen nouum eſt, vt magis extraneus patri naturali dicẽdus ſit filius qui & ab eo emãcipatus eſt, & ſubinde à ſeipſo in adrogationẽ datus,quàm qui vnico actu emãcipationis & adoptionis,ſimul traditus fuit patri adoptiuo à patre naturali : Nã & inde eſt quod Iuſtin.in *d.l. pen.§.vlt.*nominatim cauet nolle ſe,vt quæ illa cõſtitutio cõtra iuris veteris ra-tionem inducit in liberis adoptiuis, trahantur ad adrogatos, ſed velle vt in ad-rogatis illęſum ſeruetur ius antiquum,Non alia diſſimilitudinis ratione,quàm quod in adrogatis nullum diſcrimen ſit inter patres,Nempe quòd nec patrum vlla diuerſitas eſt,ſed vnus tantùm pater vnáque familia,ad cuius ſolius ſucceſ-ſionem aſpirare filius adoptiuus poſſit. Aſſ enim ignorauit fortaſſe Iuſtinia-nus fieri poſſe,vt is quoque adrogetur qui patrem habeat naturalem, à quo ſcl licet fuerit emancipatus? Aut quid aliud requirimus in eo, qui adrogatur (ſi iuſtam quæ interuenire debet permittendæ adrogationis cauſam excipias)niſi vt ſit ille ſui iuris,& in alienam poteſtatem redigi velit? Ad id igitur reſpexit Iuſtinianus quod qui adrogatur etiamſi ante adrogationem,iam licèt emanci-patus patrem habuerit naturalem, ex die tamen adrogationis nullum amplius habere creditur,cùm alium quàm naturalem ſibi vltrò elegerit. Quæ res indi-gnum eum facit cui prætor filij ius & nomen conſeruare debeat, quippe qui non tantùm ex iuris ciuilis autoritate factus ſit extraneus per emancipationẽ, ſed proprio etiam ſuo facto propter electum à ſe alium patrem,quem nõ pa-ter naturalis ei dederit,vt in ſpeciali adoptione contingit,ſed quem ſolus ipſe ſponte quęſiuerit.Dixi *ſolus ipſe*,quia in adoptione ſpeciali etiã filij cõſenſum ſiue expreſſum,ſiue tacitũ intẽruenire quidẽ oportet,vt idẽ Iuſt. ait in *d.l.pen. verſ.cùm enim tanta.*Sed nõ ideò tamen negari poteſt in adoptionẽ dari filiũ à patre naturali non à ſeipſo,quia pater ille eſt qui dat filiũ conſentientem,non filius qui ſe dat conſentiente patre. An igitur nullus omnino caſus dari pote-rit in quo poſſit locum habere quod Vlpianus ſupponit in *d.§.ſi impubere*,ab impubere adrogato petitam eſſe naturalis patris bonorum poſſeſſionem ab inteſtato?Immo vnus eſſe poteſt ſi adrogatus ille ab adrogatore ſuo emancipa tus eſſe proponatur viuo adhuc patre naturali.Hoc ipſo enim quod deſinit nõ ſolùm habere patrem adoptiuum,ſed etiam in adoptiua eſſe familia,ceſſat ra-tio quæ faciebat,vt durante adoptione patrem naturalem non habere intelli-geretur,ne quidẽ quod ad prętorem *l.vtrum autem 9.De bonor. poſſ.contr.tabul.* vbi Caius ſcribit nihil intereſſe vtrum pater adoptiuus viuat an defunctus ſit, quia hoc ſolùm quęri oportet an filius in adoptiua familia ſit:Mors autem ad-rogatoris licèt adrogatum faciat ſui iuris non minùs quàm emancipatio, non tamen adimit ei familiam adoptiuam quam adimeret emancipatio, quoniam adrogatio quę per emancipationem diſſolueretur per adrogatoris mortẽ non æquè diſſoluitur,In quo elegans obſeruanda eſt differentia inter filij adrogati emancipationem, & mortem adrogatoris.Et de hoc caſu ſenſiſſe Vlpianum ex eo quoque colligi poſſe videtur,quod in ſequentibus tractat de herede ad-rogati, qui tamen heredem habere non poteſt quandiu & adrogatio durat,

L.vl.C.hoc tit.

d.l. pen.§. vlt.cod.

d.§.ſi impubere l. 1. D. de collat.bo-nor.

L. vtrũ au-tem 9.D.de bonor. poſſ. contr.tabul.

& adrogator viuit. Posset quidem habere durante quoque adrogationis iure si adrogator decessisset,quia per mortem adrogatoris æquè ac per emancipationem factus esset sui iuris , Sed non potest ad eum casum coarctari sensus Vlpiani cùm ab eo proposita quæstio illo etiam casu locum habeat quo adrogator viuat,vt sequentia ostendunt.Omnino igitur ponendum est adrogatum hunc impuberem de quo agimus emancipatum fuisse ab adrogatore , Et quidem sine causa cùm alioqui nihil esset quod de quarta tractari posset,quã adrogatus ex iusta causa emancipatus perdidisset *d.l.vlt.*D.*si quid in fraud.patr.* Ita verò proposita quæstione,Si filius à patre naturali primùm emãcipatus posteà adrogatus,subindéque rursum ab adrogatore emancipatus patris naturalis bonorum possessionem petat,an cõferre quartam debeat.Subiungit quęstionem hanc in eo esse , Vtrum heredi suo relinquat quartæ actionem an non. Quod ipsum videtur etiam obscurum. Quid enim commune habet proposita quæstio,An conferre quartam debeat cum illa,an heredi suo quartę actionẽ relinquat? Sed tamen si bene intueamur pendet hęc ex illa. Certũ nãque est eũ qui conferre tenetur,nõ alia conferre,vel inuitũ cogi,vel volentẽ posse quàm quæ in bonis habeat,cùm ob eam causam collatiò bonorũ appelletur. Nõ aliunde autem melius sciri possit,an hæc quartę adrogatio sit in bonis adrogati necne, quàm si sciamus an in eius heredẽ trãsmitti possit petitio quartę,an nõ.Quod enim ad heredem transmittitur id quin nostris in bonis sit,negari non potest, Ergo si ad heredẽ adrogati petitio q̃uartę transmittatur, respondẽdum erit ad propositam quæstionem adrogatum conferre quartam debere: Vtpote quam in bonis suis habeat,Si autem non transmittatur,non debere adrogatum conferre id quod in bonis non habeat.Respondet verò Vlp.ad vltimam quęstionem,magis esse vt adrogatus quartæ petitionem ad heredem transferat, quia, inquit,personalis actio est. Cuius rationis perelegantis sensus ille est quẽ tradidit Iacob.Cuiac.ad Paulum *lib.*1.*Sentent.tit.*13.*§.vltim.* Vt differentiam indicare Vlpianus voluerit,quæ est inter quartam istam quæ ex bonis adrogatoris debetur adrogato per constitutionem Diui Pij, & partem hereditatis quę alicui delata esset , & cuius nomine posset competere petitio hereditatis.Nam si cui delata sit hereditas,siue ex asse,siue ex parte,& is decedat priusquàm eam agnouerit,nihil transmittit ad heredem,id est nec quidẽ petitionem hereditatis quã potuerat instituere adcũdo hereditatẽ si voluisset:Quia nec hereditatem ipsam non aditã transmittere potest,vt Paulus supradicto loco scribit,cùm nihil iuris habeat in ea vel in eam,nisi quantum adeundo nanciscitur. At quarta bonorum adrogatoris nõ solùm defertur adrogato,sed etiam debetur ex rescripto Diui Pij tanquam creditori & tanquam æs alienum,ob idque personalis in eam rem actio comparata est,scilicet condictio ex lege,id est ex rescripto illo Imper.quod legis vim obtinet.Porrò iuris certissimi est actiones omnes personales per legem duodecim tabularum & ipso iure transferri ad heredem *l.vlt.C.de heredit.act.* Non etiã cæteras quæ non sunt personales, quia istius transmissionis nõ alia ratio est, quàm quia lex vt faciat heredem inducit fictionem hereditatis quę defuncti personam repręsentet *l. hereditas* 34. *D.de acquir.rer.dom.*cum similib.quod non fieret plenè si personales actiones quę & defuncto , & in defunctũ competierunt ad heredem non transferrẽtur. Dices non minùs vindicationes quæ actiones in rem sunt , quàm personales transire in heredem , nec proinde separandas hac in re personales à realibus.

d.l. vlt. D. si quid in fraud. patron.

Cur petitio quarta quæ debetur adrogato trãsmittatur ad eius heredẽ non etiã petitio hereditatis tunc est iam delata tamẽ adita.

Respon-

Reſpondeo tranſire in heredem nõ actionem in rem quæ competebat defuncto,ſed dominium,ſiquidem hereditas nihil aliud eſt quàm dominiũ, nec heredis appellatio quicquam aliud ſignificat quàm dominum. §. *vlt. Inſtit.de hered.qualit.& differ.* Dominium autem in heredem tranſlatum facere, vt non minùs ei competat vindicatio quàm defuncto,cùm ſit proxima cauſa vindicationis,nec tam domino quàm dominio inhæreat ius vindicationis.Qua ratione fatendum eſſet hypothecariam quæ licèt ipſa quoque vindicatio ſit,non tamen ex dominij iure proficiſcitur,ſed ex pignoris conuentione,nec ad cauſam dominij vllomodo pertinet non poſſe tranſire in heredem niſi acceſſoria eſſet ad principalẽ obligationem quę ipſo iure tranſit,& ſine qua cõſtitui hypotheca non potuiſſet. Planè tranſit poſſeſſio & pignoris,& hypothecæ ſi ea penes defunctũ fuit:Non quidẽ ipſo iure,cùm hereditas quę tota eſt iuris nihil niſi ea quæ iuris quoque ſunt transferre in heredem poſſit,ſed ita demũ ſi eã heres occupauerit *l.cùm heredes* 23.D.*de acq.poſſ.*quia hoc quoque iuris eſt,vt nõ ini nùs habeat heres ius poſſidendi eam rem,quã defunctus iure poſſedit, cùm & ex iure plurimùm poſſeſſio mutuetur,inquit Papin.in *l poſſeſſio* 49.*eod.tit.* Nec ſuperioribus contrariũ eſt quòd hereditatis petitio inter perſonales actiones adeóq;quod magis eſt inter eas quę bonę fidei ſunt adnumeratur in §.*actionum Inſt.de act.l.vl.in fi.C.de her.pet.* Vnde etiã eſt quòd nec longi temporis præſcriptione ſummouetur *l.hereditatis* 7.*eod.* Eſt enim proculdubio ſcripta in rẽ,licèt mixtam habeat perſonalem actionem vt ſcriptũ eſt in *d.l.hereditatis.* Neq; verò perſonalis illa actio prius naſcitur,aut vlla eſt, quàm adita ſit hereditas. Datur enim heredi:Heres autẽ nemo fit per ſolam delationem,ſed per ſolam acquiſitionem. Sed etſi heres adierit hereditatem,adhuc tamen tentari poteſt, defuncto illo ante inſtitutam petitionem hereditatis litémq;de ea conteſtatã, non fieri tranſmiſſionem actionis huius in heredem heredis.Id enim eſt quod apertè Paulus ſupradicto loco ſcribit, duriórque videtur Cuiacij interpretatio quàm vt admitti poſſit,cùm Pauli ſentẽtiã ad eũ caſum coarctat quo heres inſtitutus nõ ſolũ ante conteſtatam de petitione hereditatis litẽ, ſed etiã ante aditam hereditatẽ deceſſerit.Quid enim attineret tractare de tẽpore litis cõteſtatæ ſuper hereditatis petitione ſi necdũ adita hereditas eſſet? An non præſupponit aditam eſſe hereditatem quiſquis dicit litem de hereditatis petitione conteſtatam vel fuiſſe,vel non fuiſſe?Præſertim verò cùm ibidem fateatur Cuiacius hereditatis petitionẽ eſſe in rẽ.Et ſanè ita eſt,quia nec datur cõtra alium quàm contra eum qui vel ius pro herede,aut pro poſſeſſore poſſidet, vel rẽ aliquam hereditariam *l.regulariter* 9.*& ſeqq.D.de hered. petit.* Quod verò dicitur in perſonam,ideò ſit,quoniam perſona, quæ huiuſmodi actione conuenitur,non ad hoc conuenitur,vt hanc, vel illam rem reſtituat,vt contingeret in actione ſpeciali in rem,ſed vt reſtituat hereditatem, id eſt quicquid deberi ab eo poteſt occaſione hereditatis,quę cùm ſit nomẽ iuris,& fructuum & vſurarum recipit acceſſionem.Cęterùm nõ poteſt dici obligationẽ vllam eſſe perſonalem ex qua naſcatur petitio hereditatis,nec proinde quæ poſſit facere, vt petitio hereditatis inter eas actiones perſonales annumerari debeat quæ per legẽ duodecim tabularum in heredem trãſmittũtur.Quod in ea quarta,de qua nunc agimus,id eſt quæ adrogato debetur ex bonis adrogatoris diuerſum eſt. Habet enim adrogatus perſonalem actionem pro illa quarta conſequenda ex Diui Pij cõſtitutione,quę & ipſa in neceſſariũ antecedẽs inducit obligationẽ,

L. cùm heredes 23.D.de acquir.poſſ.

Paulus lib. 1.Sentent.tit. 12.§.vlt.

hoc ipso quod iubet vt adrogator eam quartam adrogato relinquere compellatur, Nec aliud apertius & accommodatius exemplum quærendum est ad *l. vnic.* D. *de condict. ex leg.* quæ nouam obligationem induci vult, vt possit cõpetere noua actio ex lege. Rectè igitur, & eleganter Vlp. in *d. §. si impubere*, ita scribit *& magis est vt ad heredem transferatur quia personalis actio est.* Cui consequenter subiicit, *Igitur etiam de quarta conferenda cauere eum oportebit.* Nimirũ non illo ipso casu de quo proximè dictũ fuit, hoc est, quo quarta ipsa, aut quartæ actio iam conferenda sit, sed illo, quo neque quarta, neque quartæ actio cõferri adhuc possit, vt ob eam causam necessariò confugiendum sit ad remediũ cautionis: Cui constat ita demum esse locum si collatio ipsa fieri nondum possit, quod euenit quoties bona nulla sunt quæ conferri queant, spes tamẽ adest fore vt aliquando sint bona quæ conferri oporteat, Vt puta si quid sub condicione debeatur ei qui conferre tenetur *l. 1. §. si sub condicione D. de dot. collat.* Nõ enim spes bonorum venit in collationem, sed bona ipsa, Spes bonorum inducit spem collationis, Spes verò futuræ collationis necessitatem cautionis. Potest autem interdum euenire, vt adrogatus præsentem iam habeat quartam, vel quartæ actionem: Interdum verò vt spem duntaxat eius aliquando habendæ. Quartam habet, si ponas defunctũ iam adrogatorem ex cuius bonis ea quarta non solùm debita fuerit adrogato, sed etiam soluta. Quartæ verò actionem, si ponas fuisse illum sine causa emancipatum, vel quoquomodo exheredatum ab adrogatore qui iam decesserit, sed qui tamẽ nihil aut minus quarta ei reliquerit, Vt ideo necesse illi sit agere ex constitutione Diui Pij ad quartam consequendam. Cui casui & ille similis erit, si adrogator alio herede instituto reliquerit quidem quartam adrogato, sed eam tamen nondum heres ei soluerit. His enim casibus cùm teneatur filius adrogatus conferre id quod habet, non etiam id quod non habet, non potest ad aliud esse obligatus, nisi vt conferat quartæ actionem quam habet, non etiam quartam ipsam quam non habet. Nã & actionum collatio fit sicut & cæterorũ bonorum *l. 2. §. emancipatus De collat. bonor.* cùm & actiones non minùs quàm bona mobilia & immobilia bonorum appellatione contineantur *l. bonorum 40. in fin. D. de verb. signific.* At nec quartam habet adrogatus, nec quartę actionem si ponas adrogatorẽ adhuc viuere ex cuius bonis quæ mortis tempore erunt, quarta illa debeatur, etiam si fuerit ab eo sine causa emancipatus, quoniam non ad aliud tenetur adrogator ex constitutione D. Pij, nisi vt quartam bonorum suorum partem adrogato moriẽs relinquat. Viuo igitur adrogatore, nec haberi potest, nec deberi. Quid ergo? Spes tantum est, sed tamen certa debitum eam iri mortuo quandocũque adrogatore, Perinde ac si se adrogator stipulatione obstrinxisset de quarta illa, vel alia re qualibet post mortem suam restituenda. Quo casu nemo dubitaret, quin spes debiti etiam condicionalis & cuius condicio nondum extitisset, ad heredem transmitteretur *§. ex condicionali Inst. de verb. oblig.* Quãto magis defuncto adrogato post impletam iam debiti condicionem? Hic enim casus est de quo Vlpianum tractare diximus cùm ait adrogatum transmittere ad heredem suum quartæ petitionem. Alioqui si moreretur ille in familia sui adrogatoris, nullum haberet heredem, nec proinde quicquam ad eum transmittere posset, Immo nec ad eos quos si adrogatus nõ fuisset habiturus erat legitimos successores, quamuis defuncto eo impubere bona omnia quæ adrogatio in patris adoptiui familiam transtulit, iis restitui debeant, quia debitum quartæ nõ est si-

D. vnic. D. de cõdict. ex leg.

dict. §. si impubere l. 1. D. de collat. bonor.

L. 1. §. si sub cõdicione D. de collat. dot.

L. 2. §. emancipatus D. de collat. bonor.

Differentia inter bonorũ

est simile restitutioni bonorum, Siquidem hoc casu restitutio bonorum nullam aliam habet condicionem præter hanc, Si adrogatus in pupillari ætate decedat, quam condicionem si quando impleatur necesse est impleri viuo pupillo quando nemo post mortem suam moritur, sed in vita sua. At debitum quartæ partis bonorum condicionem alternatiuè duplicem habet, vtramque ab ista condicione restitutionis longè differentem, Scilicet si impubes adrogatus vel exheredabitur, vel sine causa emancipabitur. *d. §. cùm autem impubes in fin. hoc tit.* Ergo si moriatur impubes in familia adrogatoris, deficit condicio, vtpote quæ postea impleri nunquam possit, cùm non possit impubes post mortem suam emancipari vel exheredari. Nec aliud erit tametsi ante mortem suam exheredatus proponatur, dummodo decesserit viuo adrogatore, cùm tantisper nullum effectum habuerit exheredatio, viuo scilicet eo qui exheredauit, cuius præterea hereditatem aditam esse necesse est vt exheredatio confirmetur *l. si ita scriptum* 13. *§. vl. l. Gallus* 29. *§. in omnibus De liber. & posthu. l. si quis filio 6. in princip. De inuis. rupt. l. scripto 7. vnd. liber. d. l. filium* 20. *De bonor. poss. contr. tabul.* Hoc igitur casu quo impubes spem tantùm habet, sed certam habendæ aliquando quartæ ex bonis sui adrogatoris, hoc est quo fuit ab eo sine causa emancipatus, quid conferet fratri suo naturali? Vtique non quartam quã non habet, neque rursum quartæ actionem & petitionem quæ necdum nata est, nec ipsam denique spem quæ iam competit, cùm spei collatio nulla sit. Nihilne igitur? Nihil prorsus, sed tantum cauebit de conferenda quarta vbi eam ipse ipsiúsve heres quisquis ille futurus est, consecutus erit. Qui proculdubio sensus est Vlpiani in versiculo illo *Igitur & de quarta conferenda cauere eum oportebit.* Nam sicuti qui iam confert nec cogitur, nec potest cauere de postea conferendo, ita nec alio casu ad cautionis remedium confugimus, quàm quo melius aliud nihil fieri queat, id est quo collatio ipsa fieri non possit, neque rei, neque actionis. Quod cùm ita sit, fatendum est non posse defendi interpretationem & restrictionem illam quæ apud Vlpianum sequitur, concepta his verbis *sed hoc ita demum si iam nata est quarta petitio*: Nã immo verò quoties iã nata est quartæ petitio id est actio ad quartã petendam, ea ipsa actio conferenda est, non autẽ cauendũ de ea conferenda, Siquidẽ nihil hoc casu impedit collationẽ cùm actiones quoque, vt diximus cæterorũ bonorum exẽplo conferantur: præstátque longè minùs quã debeat is qui cauere vult de conferendo eo quod iã cõferre possit si velit, quódque debeat cõferre. Deniq; nemo vnquã cautione oneratur nisi cùm necesse est *l. hæc stipulatio* 14. *§.* 1. *D. vt legat. nomin. caueat.* præsertim cùm cautio contenta non est nuda repromissione, sed exigit satisdationem vt hæc *l.* 1. *§. iubet autem De collat. bonor.* quemadmodum autem satisdationis necessitati nemo subiiciendus est sine causa *l. si creditores* 31. D. *de reb. autor. iudic. possid. l.* 5. *§. vlt. quib. ex caus. in poss. eat.* ita nec semper audiendus est qui vltrò satisdationem offert si debeat etiam soluere vel conferre *l. quòd si non soluere* 10. *D. de pignor. act. l. item liberatur* 6. *§.* 1. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Atqui cùm iam nata est quartæ actio nihil impedit quominùs actio ipsa conferatur, nec rursus quominùs eius collatione liberetur frater naturalis, citra vllam cautionem, cùm ad aliud teneri non possit nisi vt conferat id quod habet in bonis. Nullus ergo casus reperiri potest quo tractandum sit de cautione si iam nata quartæ actio adcóque petitio proponatur. Sequitur *cæterùm si adhuc pater adoptiuus viuat qui eum emancipauit, dicendum est cautionem*

restitutionẽ & debitum quarta, Ratióque differentia.

§. cùm autem impubes hoc tit.

Emendatio d. § si impubere.

l. 1. § iubet autem D. de collat. bonor.

d. §. si impubere.

quoque cessare. Quæro igitur, quonam demum casu possit locum habere quod in præcedentibus scriptum est, de quarta conferenda cauere filium oportere? Non enim casus ille adferri potest, quo pater adoptiuus iam decesserit, cùm eo defuncto necesse sit, vel quartam haberi iam vel saltem deberi, vel numquam debitum iri. Si iam habeat eam filius, quarta ipsa conferenda est non actio, nec de cautione tractandum. Si nondum habeatur, sed tamen debeatur, quarta ipsa conferri non potest, actio ipsa omnimodo conferenda est. Si verò neque debeatur, & certum sit numquam debitũ eã iri, frustratoria & illusoria, & proinde iniqua erit satisdatio si ad eam filius obligetur. E contrario hic vnus & germanus casus est, vt iam diximus interponendæ cautionis, quo de quarta tractari possit viuo adhuc adrogatore, qui filium adrogatum iam sine causa emancipauerit. Quid ergo respondebimus ad rationem illam quæ sequitur apud Vlpianum? Videtur enim elegans & recta *præmatura est enim*, inquit *spes collationis cum adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur*. Respondemus immo non esse præmaturam spem collationis. Futura quidem esset præmatura collationis petitio, cùm adhuc nihil est quod conferri possit. Sed spes collationis non potest esse præmatura eo tempore quo iam certum est quartam omnimodo debitum iri, quod euenit cùm filius adrogatus fuit emancipatus sine causa, licèt adhuc viuat adrogator, nõ enim debiti incertitudinem potest inducere quod adrogator viuit, cùm non idcirco debitum sit condicionale, sed in diem incertam quidem, id est mortis adrogatoris sed quam tamen omnimodo tandẽ aliquando extituram esse certum est, cùm fieri per rerum naturam nequeat vt nõ aliquando moriatur adrogator. *l. nam si cùm moriar 17. cum l. seq.* D. *de condict. indeb.* Quod autem debetur sub condicione omnimodo extitura, purè deberi existimatur *l. impossibilis 7. in fin. de verb. oblig. l. si pupillus* 9. §. 1. D. *de nouat.* Neque obstat quod dici solet diem incertum pro condicione haberi *l.* 1. §. 2. *l. dies incertus* 75. *De condic. & demonstr. l. talis scriptura* 30. §. *sed etsi sub condicione De legat.* 1. Tunc enim id obtinet cùm is qui post diem habiturus esset actionem si interea decederet nihil transmitteret ad heredem, vt puta cùm quis post mortem suam alteri hereditatem restituere aut quid aliud per fideicommissum præstare iussus est. Quo casu quamuis certum sit heredem qui rogatus fuit aliquando morituruṁ, ne tamẽ fideicommissum pro purè relicto habeatur, illud obstat quod ante heredem rogatum fideicommissarius ipse mori potest, vt eleganter Paulus scribit in *l. Statius Florus* 48. §. 1. *in fi. D. de iur. fisc. l. si in personã* 21. *C. de fideic.* Nẽpe quia fideicõmissarius condicionalis moriens ante cõdicionem impletam nihil transmittit ad heredem *l.* 4. *& pass.* D. *quand. dies leg. ced. l. is cui* 42. *De obl. & action.* At in proposito casu iam diximus ex Vlpiano ipso quod & verum est, filium adrogatum cui semel cœperit quarta deberi, ex causa emancipationis per adrogatorem sine causa factæ, tametsi decesserit ante natã petitionem, id est posteaquàm dies quidem cessit, sed priùs tamen quàm venerit, non eo minùs transmittere petitionem quartæ ad quemcũque suũ successorẽ. Ergo quod adhuc adrogator viuit, incertúmque est quando sit moriturus, facere non potest quominus de quarta suo tempore conferenda in præsens caueri oporteat, quippe cuius petitio non tam condicione quàm mora suspendatur. Videtur autem ratio illa quam nos impugnamus ad id respicere quod dici solet improbum eum esse qui sollicitus sit de viuentis hereditate *l. 2. §. interdum De vulg. & pupill. subst. l. donari 29. alias l. quidam §. 1. D. de donat.* Et ita passim

Dies incertus pro condicione.

l. Statius Florus 48. §. 1. D. de iur. fisc.

L. 2. §. interdum de vulg. & pupill. subst. l. donari 29. aliàs l. quidam §. 1. D. de donat.

passim ab interpretibus nostris accipitur. Sed quàm parũ ad rẽ nostrã id pertineat ex superioribus intelligi potest. Is enim demum improbè sollicitus est de hereditate viuentis qui ad hereditatem ipsam aspirat, quæ sicut viuentis hominis nulla est, *l.*1.D. *de hered.vel act.vend.l.*1.D. *pro hered.* ita nec ante patrisfamilias mortem ab vllo sperari probè potest, videturque hæc sollicitudo plena nõ solũ mali ominis, sed etiã tristis & periculosi euentus vt ait Iustin. in *l.vlt.C.de pact.* quòd non parũ verendũ sit ne tandẽ de alterius morte captanda cogitet, eiúsque votum gerat is qui tã citò de aliena cogitat hereditate quæ nec vlla sit nec esse possit nisi post mortẽ. Qua etiã ratione cũ de legitima illa portione loquimur, quæ dicitur debita esse liberis in bonis parentũ, & viciſſim parentibus in bonis liberorũ, non patimur vt de illa quæratur viuo patrefamilias ex cuius bonis debetur, quia quãuis non sit pars hereditatis sed bonorũ sicut & quarta Diui Pij vt tractant nostri ad *l.cùm quæritur* 6.*C.de inoff.test.* quippe cuius ratio proponatur deducto ære alieno ac funeris impensa *l.Papinianus* 8.*§.quarta autem* D.*eod.* tamen formã & quantitatẽ accipit ex intestati successione legitimá quæ hereditate cũ nihil aliud sit, vt iã suprà diximus, quãportio portionis ab intestato contingentis, nec proinde priùs de illa quæri possit quàm de ipsa intestati successione quæreretur. In eóque differt nimirũ à quarta Diui Pij, quæ licèt non aliorũ bonorũ quarta sit quã eorum quæ mortis tẽpore in adrogatoris hereditate reperientur, tamen iã inde à tẽpore impletæ cõdicionis, id est facta per adrogatorem emancipationis sine causa, ac proinde viuo adhuc adrogatore ipso debetur, vsque adeo vt si interim adrogatus decedat petitionẽ eius ad heredẽ suũ transmittat quod perinde nemo dixerit defuncto filio emãcipato ante patrem, aut mortuis liberis ante matrem, Transmitti scilicet in eorum heredes petitionẽ legitimæ quæ liberis ipsis debita fuisset si superuixissent. Nõ enim debetur illa legitima, neque re, neque spe nisi prorsus improba, ne liberis quidẽ, qui licèt ex parentũ voto inuitentur ad parentũ successionẽ, non ideo tamen in patrios aut maternos annos inquirere honestè possunt, cũ nihil facilius euenire possit, quàm vt ordo mortalitatis turbetur, & liberi ante parentes moriantur: quo casu appareret clariùs nullã iis legitimã debitã vnquã fuisse. Quare si de legitima illa tractaretur, & filius emancipatus patri suo volens succedere cum fratribus in familia retentis ad collationem ex prætoris edicto vrgeretur, viua adhuc matre, non negarẽ improbam fore nedum præmaturam spem collationis si fratres in familia retenti petere vellent, vt emancipatus hic ex alia fortassis matre susceptus caueret de legitima illa quam ex maternis bonis quandoque habiturus esset, conferenda. Supponeret enim ea cautio in necessarium antecedens morituram matrem ante filium quod nec sperare, nec cogitare probus filius potest, ad cuius pietatem potiùs pertinet vt se & mortalem cogitet, & matris fato superstitem esse non desideret. Sed nec ea ratio quæ collationis æquitatem inducit hoc casu locum habet. Nempe illa, quòd emancipatus afferens fratribus paterna non debeat sibi propria retinere illa quæ ob emancipationem acquisiit, & quæ hodie non haberet si emancipatus non fuisset. In quorum numero apparet legitimam portionem poni non posse quæ aliquando fortassis ex bonis maternis ei debebitur non magis quàm ipsam maternam hereditatem, cùm eo quoque casu quo illam habiturus sit præmoriente scilicet matre, non tamen eam habiturus sit tanquam emancipatus, sed tanquam filius & eo prorsus iure quo habiturus erat si emancipatus non fuisset. Quæ omnia diuersa sunt in ea quarta quæ filio

L.vlt. C.de pact.

In quo conueniant & differant quarta Diui Pij & legitima quæ cæteris liberis & parentibus debetur.

adrogato debetur ex constitutione Diui Pij. Debetur enim illa, non quia adrogator moriturus sit ante adrogatum, quæ spes non minùs improba esset in adrogato quàm in filio naturali, sed quia fuit iam emancipatus sine causâ. Et ideo quamuis adrogatore viuo filius impubes decesserit non minùs transmittit adheredem suum quartæ huius petitionem, quàm si adrogator primus, deinde impubes decessisset. Sed & fatendum est huic filio adrogato non esse quæsitum tale ius habendæ quartæ ex bonis adrogatoris, propter emancipationem, quia si non fuisset à patre suo naturali emancipatus, non potuisset ab alio adrogari, nec proinde quicquam sibi ex bonis adrogatoris vnquam acquirere aut sperare. Aequissimum igitur est collationem fieri huius quartæ, vel actionis aut si neque quarta habeatur, neque actio nata sit, caueri saltem de collatione suo tempore facienda: Denique quantum interest inter quartam Diui Pij & eam portionem quam nos legitimam appellamus, ex illo maximè constat, quòd quarta Diui Pij dicitur æs alienum *d.l.si adrogator* 22.§.1.D.*hoc tit.d.l.Papinianus* 8.*§.si quis impubes D.de inoff.testam.* ob idque petitur actione personali sicut & cætera omnia quæ aliis creditoribus debentur. Nam & hereditariũ æs alienum aliquando illud etiam intelligitur de quo agi non potuit cum defuncto vt in exemplis à Caio positis in *l.hereditarium* 7.D.*de reb. autor. iudic. possid.* Legitima verò neque æs alienum dici potest, quamuis malè ac imperitè à plerisque interpretibus sic appelletur, neque actione personali petitur nisi actione ex testamento cùm in testamento relicta fuit vel cùm habetur pro relicta ex Iustiniani constitutione in *l.omnimodo* 30.C.*de inoff. testam.* sed si non sit relicta ab eo qui relinquere debuit, agitur querela inofficiosi testamenti nõ ad quartam, sed ad hoc vt testamentum rescindatur vt successioni ab intestato locus aperiatur. Concludamus igitur non Vlpiani esse sed vel Triboniani, vel imperiti alicuius interpretis totam illam postremam clausulam *d.§.si impubere*, ab illis verbis *sed hoc ita demum* ad finem vsque §.quod à tot clarissimis interpretibus qui locum illum & viderunt, & antè nos explicare voluerunt, obseruatum non fuisse miramur.

not.§.cũ aute. in fine.h.t.

L.si adrogator 22.§.1. *hoc tit.l.Papinianus* 8.§.*si quis impubes D.de inoff.test.*

ILLATIO XIII.

De fœminis quoque adrogandis.

DEcimotertiò ex eodem supradicto Principio fit vt non solùm in adoptionem dari, sed etiam adrogari possit fœmina, perinde ac masculus, *d.l.hæc autem* 20.§.1.*& l.seq.*D.*hoc tit.* quia natura non tantùm filiosfamilias, sed etiam filiasfamilias facit *l.nam ciuium* 4.*D.de his qui sui vel alien. iur. sunt.* In adrogatione tamen fœminæ videtur fuisse ratio aliqua dubitandi, propterea quòd adrogationis permittendæ non alia causa est quàm vt familia adrogatoris conseruetur ac perpetuetur, quod per fœminam fieri nequit. Sed cùm adrogatio omnis fiat & causa cognita & imperio Principis, nihil causæ est cur non saltem ex Principis rescripto fœminæ quoque perinde ac masculi adrogatio permittatur.

L.hæc autem 20.§.1. *& l.seq.*D. *hoc tit.*

ILL.

ILLAT. XIV.

De substitutione pupillari facta filio adrogato.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt filio adrogato possit adrogator substituere pupillariter non minùs quàm filio naturali & legitimo quem haberet in sua potestate, Sed cum hac tamen differentia, quòd pater naturalis & legitimus filio suo impuberi pupillariter substituere potest in bonis omnibus quæ pupillus mortis suæ tẽpore relicturus sit etiamsi aliunde quàmà patre ipso prouenerint, quia per pupillarem substitutionem non patri succeditur, sed filio, nec in patris, sed in filij bonis *l. sed si plures* 10. *§. ad substitutos D. de vulg. & pupill. subst.* Vnde est quod exheredato quoque substituere pater potest *l.1.§.1.D. eod.* quia nihil prohibet exheredatum habere bona, scilicet aliunde quàm à patre. Adrogator verò non potest substituere filio adrogato, nisi in eis solis quæ ipse filio dedit, hoc est ad quartam vsque etsi quid aliud præterea ei adrogator reliquerit *d.l.sed si plures §.in adrogato eod.* Vbi tamen addit Vlpianus idem admittendum esse in aliis quoque pupilli bonis, quę is beneficio adrogatoris habuerit, vt puta ab amico aliquo vel cognato adrogatoris, quem credibile sit non nisi adrogationis contemplatione motum fuisse vt pupillo daret. Fiunt autem ista omnia optima iuris ratione. Vt enim possit adrogator pupillo adrogato substituere directò, illud facit quod habet ille pupillum in potestate nec minùs pater sit iure ciuili, quàm is qui & naturalis simul & legitimus pater est. Cur ergo prohibeatur filio adrogato substituere pupillariter, cùm ius pupillariter substituendi sit ex moribus populi romani *l.2. eod. tit. De vulgar.* & consequenter ex iure ciuili non scripto romanorum? Præsertim verò cùm pupillaris substitutio sit etiam vtilis adeóque honorifica pupillo, cuius vtique interest testamentarium habere potiùs quàm legitimum heredem *l. Iulianus* 42. *B. de acq. hered.* Vt verò pupillaris illa substitutio non alia pupilli adrogati bona effectu ipso complectatur, quàm quæ ipse ab adrogatore suo aut eius contemplatione ab aliis habuerit, etsi contra vulgares pupillaris substitutionis regulas inductum videtur quæ non magispatiuntur vt pupillus quã vt alius quilibet paterfamilias decedat pro parte testatus & pro parte intestatus. Ex eo tamen fit quod aliter eueniret vt adrogator hoc ipso solo quod filio impuberi substitueret pupillariter, liberaret se ab obligatione quam per adrogationẽ contraxisset restituendorum legitimis pupilli successoribus bonorum omnium adrogati: faceret enim vt è contrario peruenirent ad eos quos ipse non minùs sibi quàm filio heredes elegisse videretur. Numquam autem in debitoris potestate esse debet vtrum debeat *l. 2. §. Scæuola* D. *de eo quod certo loc.* nec vt immuret legem formámque stipulationis quæ ab initio fuerit certa *l. vero procuratori* 12. *§. penult. D. de solut.* Dices, Ita fieri vt decedat pupillus hic pro parte testatus & pro parte intestatus, Nego, & falsam consecutionem esse postea probabo. Sanéque nimis absurdum illud esset & à iuris ratione omnino alienum, sed tamen dico etiamsi cum interpretibus nostris id admittere quis vellet, admitti hoc necessariò debuisse maioris absurdi euitandi gratia, essèque hoc exemplum accommodatum ad eam iuris regulam quę habet, Quoties nihil sine captione inuestigari potest, eligendum esse id quod minimùm habeat iniquitatis, id est quod minus sit inconueniens, & minùs absurdum *l. quoties nihil 200. De regul. iur.* Quò etiam pertinet quod in hanc sententiam

L. sed si plures 10. §. ad substitutos D. de vulg. & pupill. subst.

d.l. sed si plures §. in adrogato.

Cur pupillaris substitutio filio adrogato facta non aliis quàm adrogatoris bona complectatur.

L. quoties nihil 200. de regul. iur.

iactare interpretes ſolent, Poſito vno inconuenienti neceſſe eſſe vt alia multa exeoſequantur. Primum enim illud inconueniens eſt, vt quis ex patrefamilias fiat filiusfamilias, aut vt qui iam filiusfamilias eſt mutet patrem & in alterius patris familiam ac poteſtatem tranſeat, duóſque quodammodo patres habere videatur. Inde verò proficiſcuntur cætera omnia ſiue abſurda ſiue incommoda quæ circa adoptiones vel adrogationes paſſim occurrunt. Quæ tamen omnia legiſlator ciuilis parum curat, quia videt multò magis eſſe ex populi ſui vtilitate, ad quam referre omnia & ſolet & debet, vt adoptiones & adrogationes in republica recipiantur. Planè ſi adrogator filio adrogato ſubſtituere per fideicommiſſum velit, in ea quidem quarta quam ex Diui Pij reſcripto ei relinquere debet velut æris alieni loco, non poterit, quia non tam ex iudicio patris, quàm ex principali prouidentia eam habere intelligitur *d. l. ſi adrogator* 22. §. 1. certum autem eſt, bona propria filij non poſſe fideicommiſſo contineri *l. coheredi* 41. *§. cùm filiæ De vulg. & pupill. l. ſequens quæſtio* 68. *de legat.* 2. cùm in eo differat fideicommiſſum à pupillari ſubſtitutione, quòd illa honor, hoc autem onus eſt: Sed in cæteris bonis quæ ab eodem adrogatore ſupra quartam pupillus habuerit, nemo dubitat quin etiam per fideicommiſſum ei ſubſtituere adrogator poſſit, ſicut & alij cuilibet heredi quantumuis extraneo ſubſtituere poſſet. Non tamen, vt puto, in iis etiam quæ adrogatoris contemplatione habuerit pupillus, mortuo iam adrogatore, aut etiam viuo illo, ſi qua tamen ſunt quæ viuo adrogatore acquiri poſſint adrogato, puta qui alia ratione fuerit liberatus à patria poteſtate, Aut quæ ita fuerint ei filio relicta, vt non etiam per ipſius perſonam adrogatori ipſi fuerint acquiſita, puta ſi adrogator conſenſerit vt filio ipſi non ſibi per filium acquirerentur. Fuerunt enim filijfamilias etiam iure vetere capaces acquiſitionis, patre ita volente & conſentiente vt à nobis oſtenſum eſt *lib. 7. Coniect. ex l. cogi* 16. *§. ſi pater D. ad SC. Trebell. l. is qui heres* 13. *§. vltim.* D. *de acquir. hered. l.* 1. *Cod. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ.* Cæterùm ſi ponas aliquid relictum fuiſſe adrogato in ſui adrogatoris poteſtate conſtituto, quod per eum adrogatori non reluctanti acquiri potuerit, non video qua ratione adrogato ipſi quæſitum dici poſſit, nec proinde quis fieri locus quæſtioni, Vtrum in iis bonis permittendum ſit adrogatori vt filio ſubſtituat ſiue pupillariter, ſiue per fideicommiſſum. Bona enim adrogatoris ſunt non adrogati: quod non ſimiliter dici poteſt de iis bonis quæ pupillo adrogato relicta ſint & acquiſita poſt mortem adrogatoris. Illa namque adrogati non adrogatoris bona ſunt licèt ab amico vel cognato adrogatoris relicta ſint contemplatione ac veluti remuneratione quadam adrogationis, & ideo in fideicommiſſum venire non poſſunt, quamuis veniant in ſubſtitutionem pupillarem *dict. §. in adrogato*, quia nec nouum eſt vt plenior ſit pupillaris ſubſtitutio quàm fideicommiſſum. Per quam ſcilicet fiat vt pupillus & hereditatem teſtamentariam habeat, & teſtamentarium heredem. Et de his ſanè bonis omnino accipiendum eſt quod ſcribit Vlpian. in *dict. §. in adrogato in fin.* id eſt de ijs quæ adrogato fuerunt acquiſita mortuo adrogatore, Vt ſcilicèt veniant in ſubſtitutionem pupillarem quam pater adrogator ſimpliciter & indiſtinctè fecerit adrogato, licèt neque ſpecialem eorum bonorum mentionem fecerit, neque vniuerſaliter ſubſtituere potuerit in omnibus bonis adrogati: quia cùm per pupillarem ſubſtitutionem filio ſuccedatur non patri & in hereditate filij non patris, conſequens

L. ſi adrogator 22. *§.* 1.

Plenius eſt ius ſubſtitutionis pupillaris quàm fideicõmiſſi. d. l. ſed ſi plures 10. *§. in adrogato in fin.*

sequens est vt in æstimãdo patrimonio pupilli hoc est vt sciatur quid in ipsius hereditate sit, vel non sit, tempus illud inspici oporteat quo hereditas pupillaris esse incipit, id est quo pupillus iam mortuus est, vt in ea reperiantur illa etiam bona quæ nec patris nec pupilli fuerint tempore mortis patris. Denique in pupillarem substitutionem ab adrogatore sicut & ab alio quolibet patre factam veniunt bona omnia pupilli vndecumque quæsita, Solis iis speciali iure exceptis, quæ ex causa adrogationis in familiam adrogatoris simul cum adrogati capite translata, aut post adrogationem potestatis iure adrogatori per adrogatum acquisita, legitimis pupilli successoribus ex stipulatione adrogationis tempore interposita restitui oportet. Quamquam si quis subtiliùs agere, ac rem ipsam ita vti est æstimare volet, minùs accommodata exceptio ista esse videbitur. Non enim restituuntur bona ista pupilli agnatis proximis tanquam legitimis successoribus & iure successionis intestati, vt vulgo creditur, sed tanquam iis qui ab intestato successuri fuerant si adrogatio nulla facta fuisset, vt loquitur Marcellus *in d.l. non aliter* 18. *hoc tit.* Cæterũ fieri non potest vt pupillus moriens in adrogatoris familia, eos habeat heredes legitimos, & ab intestato quos habiturus esset citra adrogationem, cùm familiam mutando & patrem, agnatos quoquè mutauerit nouíque agnati illi sint quos heredes ab intestato habere debeat, si nullum ab adrogatore habuit substitutum, Nec aliud pristinis agnatis ius supereſt ad consequenda pupilli bona quæ habituri erant si non fuisset ille adrogatus, nisi vt agant ex interposita stipulatione vel actione vtili tanquam ex interposita si interposita nulla fuit: Non enim possunt ab intestato succedere qui non sunt amplius agnati, neque cum nouis agnatis quibus solis lex 12. tab. hereditatem defert, concurrere. Similiter igitur dicendum est, si adrogator filio impuberi adrogato dederit substitutum pupillarem, esse illum heredem pupilli in solidum ex testamento, cùm pupillaris substitutio semper sit testamentum filij, nulla verò ex parte pupillum decedere intestatum, quamuis substitutus ille idémque heres testamentarius pristinis agnatis bona omnia quæ pupilli fuerant, aut per pupillum adrogatori acquisita restituere teneatur velut æris alieni loco. Fit enim illa restitutio, vi & potestate obligationis & actionis personalis non iure successionis, Immo facienda est ab herede & successore siue testamentario siue legitimo ipsius pupilli, quoties ponimus decessisse illum & impuberem & institutum ab adrogatore. Quod ideo adiicere libet, quia si esset ille à patre adrogatore emancipatus sine causa sicut ei ipsi restituenda essent bona tam quæ ante adrogationem habuisset, quàm quæ constante adrogatione patri quæsiuisset *d. §. cum autem impubes hoc tit.* Ita & defuncto illo impubere ante factam sibi restitutionem dubitandum non esset, quin eandem petendæ restitutionis facultatem transmitteret ad legitimos suos heredes, eosdem hoc casu futuros qui futuri erant si adrogatio nulla facta fuisset, siquidem emancipatio quælibet dummodo ritè facta quamuis iniustè ac sine causa sicuti dissoluit adrogationem, ita eos agnatos reddit quos adrogatio abstulerat, nouósque extinguit quos dederat adrogatio. Adeò pristinæ adoptionis vestigium nullum supereſt vbi ea semel dissoluta est per emancipationem. *l. in omni iure* 13. D. *hoc tit.* Quòd si adrogatus in familia quidem adoptiua permanserit, sed tamen ab adrogatore suo exheredatus sit sine causa, quemadmodum quartam habere debet ex bonis adrogatoris secundum Diui Pij. constitutionem, ita &

d.l. non aliter 18. D. hoc tit.

L. in omni iure 13. D. hoc tit.

multò magis bona suâ recuperare, ne plus iuris alioquin habere videatur in bonis adrogatoris, quàm in iis quæ aliquando propria fuerunt, Néve melior sit conditio agnatorum pupilli quibus adrogatio ius agnationis sustulerit, quàm ipsius pupilli qui numquam desinit idem ille esse qui fuerat ante adrogationem. Idque est quod innuere videntur Impp. in *d. l. 2. C. hoc tit.* in illis verbis *in facultates eius quæ ei diligenti prouisione seruandæ sunt.* Ostendunt enim restitutionem bonorum pupilli adrogati non tantùm pristinis eius agnatis, sed & pupillo ipsi nonnullis casibus faciendam esse, quod & apertiùs scriptum est in *d. §. cum autem impubes.* Quid ergo si impubes hic iustè sit exheredatus? Quamquam vti iam diximus vix est vt in eius persona possit iusta exheredationis causa contingere. Et puto idem hoc casu dicendum fore quod diceremus si iustè & causa cognita fuisset emancipatus. Quo casu placeret, quartam quidem eum amittere, sed tamen non eo minùs bona sua ipsi restitutum iri oportere *d. §. cum autem*. Nimirum si impubes proponeretur. Nam si poneres & factum puberem, & iusta ex causa exheredatum, non puto aliud ei ius superfuturum, nisi proponendæ querelæ inofficiosi testamenti, in qua tamen fieri non posset vt non succumberet qui iustè exheredatus esset. Ita que sicuti cùm adrogatus exheredatus est iustè & quærimus an habere quartã debeat ex rescripto Diui Pij suprà distinximus, *illat.* 12. puberem ab impubere, id est non tantùm an pubes vel impubes fuerit adrogatus, sed etiam an adrogatus qui adrogationis tempore fuit impubes postea decesserit adhuc impubes, an verò iam pubes factus. Ita & eandem distinctionem adhibendam putamus, cùm quæritur an bona pupilli adrogati iustéque exheredati sint ei, eiúsve pristinis agnatis restituenda, Vt existente eo impubere bona ipsius omnimodo restituantur, pubere verò existente, nullomodo. Et sanè impuberi magis quàm puberi faueri æquum fuit, vt & in specie *l. necessarijs* 57. *De acquir. hered.*

L. 2. C. hoc tit.

§. cùm autẽ impubes hoc tit.

Quid in filio adrogato si. uepubere, si. ue impubere exheredan.

DEcimoquintò ex eodem suprædicto Principio fit, vt non tantùm in locum filij sed etiam in locum nepotis adoptare quis possit, adeóque tametsi filium nullum habeat *l. adoptare* 37. D. *hoc tit. d. l. si adrogator* 22. *§. vlt.* vbi Vlpianus monet, quod à nobis quoque monendum supererat, ea omnia quæ in superioribus diximus de impubere adrogato, eadem dicenda esse non solùm si in locũ filij, sed & si in locum nepotis impuberem aliquis adrogauerit. Quemadmodum enim natura non tantùm filiosfamilias facit, sed etiam ex filiosfamilias nepotes, ita & adoptio quæ naturæ exemplo filiosfamilias facit, conueniens est vt nepotes quoque facere possit. Illa tamen differentia est inter nepotes & filiosfamilias qui per adoptionem fiunt, quod in filiosfamilias adoptiuis nulla distinctio est, quin tãquã ex adoptatore ipso susceptí adoptétur, implicarétque cõtradictionem si quis diceret adoptari quem in filium familias à Titio tanquam ex alio quã ex adoptatore ipso susceptum: siquidem non posset à natura filiusfamilias Titij esse is qui ex alio quàm ex Titio susceptus esset. At cùm quis adoptatur in locum nepotis, distinguendum est an adoptetur tanquam susceptus ex eo filio quem adoptator adhuc viuum habeat aut aliquando habuerit, an verò tanquam ex quolibet natum: Non quòd vtroque casu non sit perinde nepos iure legis, qui in locum nepotis adoptatur, atque nepos esset iure naturæ si ex filiofamilias natus esset: Sed quia priore tantùm

l. adoptare 37. D. hoc tit. d. l. si adrogator 22. §. vlt.

casu

casu non etiam posteriore nepos hic iura consanguinitatis nanciscitur, cum nepote naturali quem ex eodem filio susceptum habebat auus idémque adoptator, vt eleganter scribit Proculus in *l. si is qui nepotem 44. eod. titul.* vbi ait, Si is, qui nepotem ex filio habet, in nepotis loco aliquem adoptauerit, mortuo auo iura consanguinitatis inter nepotes futura non esse: Sed si sic adoptauit, vt etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex eodem filio suo, puta Lucio, & ex eius matrefamilias natus esset, contrà fore. Rectè verò *iure legis* ad differentiam alterius nepotis qui non tantùm legis, sed etiam naturæ iure nepos est eidem auo, vt proinde nil necesse sit cum Duareno locum emendare, ac legere *iure legéque*. Quò etiam pertinet quod Vlpianus scribit in *dicta lege si paterfamilias 15. §. 1. eod. tit.* Eum, qui duos filios & ex altero eorum nepotem habet, si velit nepotem quasi ex altero natum sic adoptare, posse hoc efficere si eum emancipauerit, & sic deinde adoptauerit quasi ex alio natum, *facit enim hoc*, inquit, *quasi quilibet, non quasi auus, & qua ratione quasi ex quolibet natum potest adoptare, ita potest & quasi ex altero filio.* Et sanè cùm filiatio illa, vt ita dicam, quæ per adoptionem inducitur tota sit fictitia & imaginaria, & ex arte iuris, mirum non est si possit quis aliquem nepotis loco adoptare etiamsi vel filium nullum habeat, aut si tanquam ex alio filio susceptum, quàm ex quo sit susceptus. Quamuis natura facere non possit, vt nepotem ex filio ille habeat, qui filium nunquam habuit, aut vt ex filio Lucio nepos sit, qui ex filio Sempronio susceptus est. Nam & inde est quod etiam is qui vxorem non habet, filium tamen adoptare potest *l. & qui vxores 30. hoc titul.* Sufficit enim quod habere posset si vellet, quamuis non possit id sufficere ad hoc, vt filium naturalem & legitimum sibi acquirat. Nuptiis enim iisque veris & iustis in eam rem opus est. Nimirúmque ex hoc vno proficiscitur quod diximus de nepotibus, Posse scilicet quem adoptari loco nepotis tanquam susceptum non solùm ex filio certo, sed etiam ex filio incerto ac imaginario qui numquam fuerit, quod euenire necesse est cùm quis in nepotem adoptatur ab eo qui filium nullum habeat, ac ne quidem vxorem fortassis vnquam habuerit. Et id est quod ait Pomponius in *l. adoptiones 43. eod.* adoptiones non solùm filiorum, sed & quasi nepotum fieri, vt aliquis nepos noster esse videatur perinde quasi ex filio, vel incerto natus sit. Non enim sensus ille est, vt possit quis in nepotem adoptari tanquam susceptus ex quolibet (sicuti namque nepos naturalis dicitur ex filij comparatione, ita & necesse est omnem qui adoptatur in locum nepotis adoptari tanquam ex aliquo filio) sed hoc sibi vult Pomponius non esse necesse, vt adoptetur quasi susceptus ex hoc, vel ex illo filio certo puta ex Lucio, aut ex Sempronio, sed posse adoptari tanquam susceptum ex quolibet filio, id est etiam incerto & imaginario. Quo etiam sensu accipiendum est, quod diximus ex Vlpiano in *dicta lege si paterfamilias §. 1.* in illis verbis *quasi ex quolibet natum potest adoptare.* Ex quolibet scilicet filio, vel incerto, id est etiam incerto & qui nullo certo nomine demonstrari possit cùm reuera nullus sit, sed tamen non nisi tanquam ex filio aliquo non tanquam ex aliquo extraneo. Nemo enim sibi potest acquirere nepotem adoptiuum quasi ex eo susceptum qui extraneus fuerit, cùm adoptio in his demum personis locum habeat in quibus etiam natura potest ha-

L. si is qui nepotem 44. eod.

l. si paterfamilias 15. §. 1. eod.

l. & qui vxores 30. hoc tit.

L. adoptiones 43. eod.

d. l. si paterfamilias §. 1.

L. adoptio 16. eod. bere, vt dicemus Princip. *sect. ex l. adoptio 16. hoc tit.* Itaque vt dicamus apertiùs quod Vlpian. sensit in *dicto* §. 1. qui habet duos filios, & ex altero nepotem, potest quidem hunc ipsum nepotem ex Lucio filio adoptare in nepotem quasi ex Sempronio, perinde acsi ex quolibet alio etiam extraneo natus esset. Non enim ideò minùs adoptari posset in locum nepotis, at non quasi ex quolibet, sed quasi ex Sempronio qui non quilibet, id est extraneus, sed filius proponatur. Quod si Sempronius non esset, adhuc posset adoptari nepos hic ex Lucio in locum nepotis quasi ex alio filio qui neque esset, neque vnquam fuisset, Itémque adoptari à quolibet, id est etiam ab eo qui non sit auus naturalis, sed tamen non nisi quasi ab auo & consequenter tanquam ex aliquo filio, siue certo, siue incerto susceptus, quoniam auum habere nō potest, nisi qui pro patre illum habeat qui eiusdem aui filius sit, vel certus, vel incertus, cùm per filij personam duntaxat auus nepoti vicissimque nepos auo coniungatur *l. dotem 6. D. de collat. bonor.*

ILLATIO XVI.

De cognationis iure quod per adoptionem quæritur.

DEcimosextò ex eodem Principio fit vt qui in adoptionem datur, his duntaxat cognatus fiat, quibus agnascitur, quibus verò non agnascitur, nec cognatus fiat *l. qui in adoptionem 23. D. hoc titu.* Nempe quia per adoptionem filiusfamilias tantùm fit is qui adoptatur, non autem filius simpliciter, & absolutè, id est, vt suprà explicauimus, non nisi iure ciuili filius est, quia ius ciuile non alium filium agnoscit quàm qui sit filiusfamilias, sicut nec alium patrem quàm qui sit paterfamilias. Ius autem ciuile alios cognatos nullos agnoscit quàm qui sint agnati, quoniam nec ad aliud respicit quàm ad conseruationem familiarum, quæ porrò non per alios conseruari possunt quàm per masculos eósque qui per masculos sint coniuncti. Et hæc ratio illa ipsa est sicque explicanda quam Paulus reddit in *d. l. qui in adoptionem*, iis verbis, *adoptio enim non ius sanguinis, sed ius agnationis adfert.* De quo plura posteà dicemus Princip. 2.

L. qui in adoptionē. 23. D. hoc tit.

ILLATIO XVII.

De filio adoptato per emancipatum.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit vt is quem filius meus emancipatus adoptauerit, nepos meus non sit *l. quem filius 26. eod.* quia cùm per adoptionem non filius simpliciter & absolutè, sed filiusfamilias acquiratur vt proximè diximus, fieri non potest, vt qui à filio meo emancipato adoptatur nepos meus fiat, siquidem in familiam meam non venit, à qua ipsius pater adoptiuus, quem nos emancipatum ponimus, omnino alienus est: factus nimirum extraneus per emancipationem *l. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.*

l. quē filius 26. eod.

ILLA-

ILLATIO XVIII.

De illo qui natus est ex filio adoptiuo.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt ex adoptiuo natus adoptiui locum obtineat in iure ciuili *l. ex adoptiuo* 27. *D. hoc tit.* quia cùm adoptiuus filius, id est per adoptionem filiusfamilias factus sit in familia adoptatoris, consequens est, vt qui ex eo postea nascitur durante adoptione eandē familiā sequatur, id est perinde in eiusdem adoptatoris familia sit ac si esset ipse quoq; adoptatus, quāuis reuera per naturā magis quàm per adoptionem ex proprio capite in eius qui adoptauit familia reperiatur, quanquam potest vno casu hic quoque nepos in adoptiua familia natus admitti ad bonorū possessionem aui naturalis, sed ex decreto nō ex edicto prætoris, scilicet si post mortē aui adoptiui fuerit hic nepos emancipatus à patre suo naturali, sicut & si filius emancipatus sublato filio & emancipato adrogandū se dedisset ac mortuo patre adoptiuo decessisset, vt subtiliter tractat African. in *l. si duobus* 14. §. *filius* *De bon. poss. cont. tu.* vbi rationē adfert, *nè alioquin nepos hic ab omnibus bonis excluderetur.* Loquor autē de illo qui ex filio adoptiuo postea nascatur durante tamē adoptione, quòniā in eo qui iā ante adoptionē natus esset aliud probari potest. Si quis enim filiū habens & ex filio nepotē; vtrūq; in sua potestate filiū solū dederit in adoptionē, nemo dubitat quin ex eo nepos nihilominus retineatur in aui naturalis potestate, vt Modestinus scribit in *l. adrogato* 40. *eo. tit.* vbi elegantē hāc differentiam constituit inter adoptionē, & adrogationem, quod adrogatio simul cū capite adrogati transfert omnes ipsius liberos in familiā adrogatoris, adoptio nō item: Nempe quia adrogatio fit eius qui sit paterfamilias, adoptio verò eius qui sit filiusfamilias. Qui paterfamilias est, totā familiam suam, vt secum trahat necesse est. Qui verò filiusfamilias est, cùm neque familiam, neque proprios liberos in suæ potestate habere possit, cur alienam familiā secum trahat? An non ita fieret iniusta patrifamilias qui filiū quidem in adoptionē dare voluit, sed nepotem in familia retinere? Id siquidem est quod Caius scribit in *l. liberum* 28. *hoc t.* liberū arbitriū esse ei qui filiū & ex filio nepotē in potestate habeat filiū quidem potestate demittere, nepotē verò in potestate sua retinere, vel ex diuerso filium quidem in potestate retinere, nepotem verò manumittere. Et si enim de emancipatione potius quàm de datione in adoptionem loqui Caium apparet ex verbo manumittendi, aut potiùs (nam & adoptio per manumissiones fiebat *l. vlt. C. eod.*) ex illis sequentibus *vel omnes sui iuris efficere*, tamen dubitandum non est quin dationis in adoptionem eadem ratio hac parte sit quæ emācipationis, cùm vtroque casu, id est, tam qui dat in adoptionem quàm qui emancipat vltrò à se abdicet ius patriæ potestatis.

l. ex adoptiuo 27.

L. si duobus 14. §. *filius de bon poss. contr. tabul.*

L. adrogato 40. *hoc tit.* *L. liberum* 28. *eod.*

ILLATIO XIX.

De cæco adoptante, vel adoptato.

DEcimononò ex eodem Principio fit vt etiam cæcus & adoptare, & adoptari possit *l. etiam cæcus* 9. D. *hoc tit.* quia nimirum & filiusfamilias esse & filiumfamilias habere perinde potest ac si cæcus nō esset, nec tam corporis quā animi oculis eget is qui vel adoptat, vel adoptatur, vt nihil sine maturo consilio iudicióque faciat. Nam & eadem ratione placuit cæcum quoque indicandi officio fungi posse *l. cæcus* 6. D. *de iudic.*

L. etiam cæcus 9. D. *hoc tit.*

Digitized by Google

ILLATIO XX.

De voluntate illorum duntaxat, qui suæ potestatis sunt in adrogationibus exquirenda.

VIcesimò ex eodem Principio fit vt in adoptionibus, quæ fiunt per adrogationem, eorum duntaxat qui suæ potestatis sunt voluntas exquiratur, quoniam scilicet solus ille filiusfamilias sit, aliorum verò quos ille in sua potestate habebat nihil interest nisi per consequentias cùm iam sint in aliena potestate. Sin autem à patre dantur in adoptionem, in his vtriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non cõtradicendo *l. in adoptionibus 5. D. hoc tit.* quia & eius interest qui per adoptionem filiusfamilias fit, & patris etiam, qui hac ratione filium amittit.

l. in adoptionibus 5. eod.

ILLATIO XXI.

De non exquirenda in adoptionibus voluntate illorum inter quos iura agnationis consequuntur.

VIcesimoprimò ex eodẽ Principio fit, vt cùm quis adoptatur, siue Principis autoritate, siue magistratus imperio non sit necessaria in eam rem autoritas, vel voluntas eorum inter quos iura agnationis consequuntur, id est non nisi per consequentias acquiruntur *l. cùm adoptio fit 7. eo. hoc tit.* Nẽpe quia per adoptionem id duntaxat agitur principaliter, vt filiusfamilias quis fiat, Vt verò fiat agnatus omnibus qui sunt in familia non agitur, sed fit in consequentiam necessariam, Quemadmodum & cùm quis nuptias contrahit non nisi de quærendis liberis cogitat, non etiam de agnationis iure quod inter iustos liberos qui ex iis nuptiis suscepti erunt, & alios agnatos conciliandum speratur. Ergo sicuti agnatorum, consensus non requiritur, autoritas verò multò minus ad hoc vt quis per iustas nuptias filiumfamilias sibi pareat. Ita neque illo casu quo velit quis per adoptionem tibi filiumfamilias comparare. Non idem iuris est si agatur de confirmanda per Principem adoptione quæ fuerit non iure facta. Etsi enim à Principe confirmari potest, non aliter tamen quàm adhibitis etiam his qui contradicant, id est qui huiusmodi adoptionis confirmatione læderentur *l. adoptio 38. cum l. seq. hoc tit.* Nam & idem eueniret si confirmandus esset status liberorum ex iniustis nuptiis aut ex alio quolibet illegitimo coitu susceptorum, vt alibi dicemus. Nec sanè æquum est eodem iure censeri adoptionem non iure factam, quo censeatur ea quæ iure facta sit, præsertim cùm agitur de præiudicio tertij. Et diuersitatis ratio euidens illa est, quod adoptionis non iure factæ confirmatio numquam sit, nisi causa cognita. Vbi autem causæ cognitio necessaria est nihil fieri debet inauditis iis quorum interest *l. etiam 29. §. vlt. D. de minor.* & absurdum iniquúmque esset Principẽ confirmãdo adoptionem eorũ ius lædere quos ipsa adoptio nõ læsisset *arg. l. nec vtilem 20. D. ex quib. caus. maior.* At adoptio fit ex sola voluntate adoptantis & eius, qui adoptatur, itémque magistratus, aut Principis qui autoritatẽ præstat. Ob idque dicitur esse actus voluntariæ iurisdictionis nõ cõtentioſę *l. 2. D. de offic. proconſ.* Ac quãuis suprà diximus in adoptionibus oleũq; causę cognitionẽ interuenire, præsertim verò si adrogatio facta proponatur, id tamẽ ita accipiẽdũ est, vt nõ patiatur Princeps fieri adrogationem, quin eius,

l. cùm adoptio fit 7. eo.

l. adoptio 38. cum seq. eo.

Alio iure censetur adoptio iure facta, alio ea quæ iure facta est & indiget confirmatione.

eius faciendæ causa aliqua & allegetur,& probetur, Non etiam vt per speciem iudicialis disceptationis ea causæ cognitio interponatur,quomodo interponẽda esset,si de adoptione confirmãda tractaretur. Adoptionem enim facere facti est,confirmare verò iuris.Qui adoptat , non lædit ius familiæ quam auget. Qui confirmat adoptionem non iure factam lædit,quia peius est malè factam esse adoptionem quàm nullomodo *arg.l.vnic.in fin. D. quand.dies vsusfr.leg. ced.* Denique adoptio fit ab eo qui de familia sua disponẽdi liberum habet arbitrium.Adoptionis verò confirmatio perPrincipẽ qui non tanquam familiæ dominus ita facit,sed tanquam Princeps,id est tanquam communis pater omniũ ad quos ea res pertinere potest,quẽ proinde æquum est nihil constituere nisi auditis iis qui ex eiusmodi cõfirmatione lęderentur.Obseruandũ tamẽ est hãc distinctionem adoptionis vel iure,vel nõ iure factæ ad eam duntaxat adoptionis speciem pertinere,quæ speciali nomine adoptio appellatur,non item ad adrogationem quæ cùm non nisi & Principis autoritate & causa cognita fieri possit , vix est , vt non iure facta videatur , siquidem autoritas Principis qui est supra leges supplet defectum solemnitatum omnium,quę ex legibus alioqui requirerentur.

Causa cognitio necessaria ad cõfirmandã adoptionẽ non iure factam differt ab ea quæ adhibetur ad permittendã adrogationem.

ILLATIO XXII.

De iure sui heredis per adoptionem acquirendo.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit , vt qui adoptatur sicuti per adoptionem filiusfamilias fit,ita & suus heres fiat patri,quoniam quisquis filiusfamilias est,cùm & in potestate sit,& primum in causa succedendi locum obtineat,non potest non etiam suus heres esse,vt suprà diximus illat.1. Vnde est quod si quis post factum testamentum adoptauerit apud populum illũ qui sui iuris est,hoc est,qui patrem non habet,aut apud prętorem,illum adoptauerit qui in potestate patris est , rumpitur eius testamentum quasi agnatione sui heredis,vt scribit Caius in Instit. *lib.2.tit.3.De exher.liber. §.si quis post factum.* Sed hoc ita si quis in filij locum adoptatus sit:Nam si quis nepotem quasi natũ ex eo filio quem in potestate habet consentiente filio adoptauerit non agnascitur hic suus heres auo postea decedenti,quippe cùm post mortem aui quasi in patris recidat potestatem *l.si quis nepotem* 10.D.*hoc tit.* tanquam qui per adoptionem ab auo factam effectus sit filiusfamilias filij moriente auo qui adoptionis tempore paterfamilias erat.Idem namque contingeret si naturalis simul & legitimus auo nepos fuisset , id est ex iustis filiifamilias nuptiis quæsitus §.1.*infr.quib.mod.ius patr.potest. soluit.* Quid ergo si in huiusmodi adoptione facta in locum nepotis ex eo filio qui fuit in potestate cõsensus filij interuenerit? Certum est,futurum hoc casu vt auo mortuo non recidat nepos in potestatem filij,cui alioquin, vel ignoranti , vel etiam inuito suus heres adnasceretur,quorum neutrum æquum esse diximus *illat.* 5.*supr.eod.* Ergo adnascetur suus heres auo.Nec enim videri potest ei obstare persona filij in cuius potestatem,neque recidat moriente auo , neque postea recidere vnquam possit, Neque ad rem pertinet quod non sit adoptatus nisi tanquam nepos.Nõ enim ex eo fit,vt à filio anteuertatur in causa successionis,cùm nec filius ille adoptãtis pater eius esse intelligatur. Sufficit autem ad inducendum ius sui heredis quòd quis sit in potestate nec ab alio anteruertatur in causa succedendi quam-

L.si quis nepotem 10.*D. hoc tit.*

L. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber.

uis non filius sit, sed nepos vt in *l. si quis filio* 6. D. *de iniust. rupt. l. scripto* 7. D. *vnd. liber.* Itaque eodem iure censendus est hic nepos quo censeretur si in nepotis locum adoptatus esset ab eo qui filium nullum haberet quod fieri posse suprà diximus illat. 15. Quo tamen casu non posset dubitari quin morienti auo adoptiuo esset nepos suus heres, siquidē à nemine anteuerteretur, Hoc ipsum verò non alia de causa quàm quia patrem nullum haberet. Sola namque patris persona interposita illa est quæ impedit ne is qui nepotis locum obtinet suus heres auo dici possit.

ILLATIO XXIII.

De emancipato reuertente in patriam potestatem per adoptionem.

L. qui liberatus 12. D. hoc tit.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit vt is etiam qui semel patria potestate liberatus est in potestatem honestè reuertatur per adoptionem *l. qui liberatus* 12. *D. hoc tit.* Nam cùm adoptio sit veluti subsidiaria naturæ, vt qui naturalem & legitimum filium nullum habet in potestate, habeat saltem legitimum, nihil vetat eum qui fuerit antea emancipatus redire in potestatem rursúmque fieri filium familias per adoptionem, quamuis non possit redire in vterum matris, vt iterum naturalis & legitimus & consequenter in potestate ex iustis nuptiis nascatur. Ideò autem Vlpian. in *dicta lege qui liberatus*, scribit, Eum qui liberatus est patria potestate in eandem potestatem honestè postea reuerti non posse citra adoptionem, Vt intelligamus posse quidem reuerti etiam citra adoptionem, sed ex causa tantùm ingratitudinis *L. vnic. C. de ingrat. liber.* qua causa fœdior & turpior alia esse nulla potest. Sed tamen hoc ipsum accipiendum est de eo, qui fuerit aliquando in potestate tanquam filius naturalis & legitimus, non adoptionis iure. Nam eū quem quis adoptauerit si emāciparuerit, vel in adoptionem dederit, iterum adoptare non potest *l. adoptare* 37. *§.* 1. *D. hoc titu.* Nempe quia sicuti nemo per naturam bis nascitur in eiusdem patris potestate, ita nec per adoptionem fieri potest, vt eiusdem patris filius familias bis fiat, cùm adoptio naturam imitetur, vt iam suprà diximus ex *l. adoptio* 16. *eo.* Et sanè vix est, vt certo iudicio & consilio velit quis iterum adoptare illum quem iam adoptatum aliquando à se abdicauerit, siue emancipatione, siue datione in adoptionem.

L. vnic. C. de ingrat. liber.

l. adoptare 37. §. 1. D. hoc tit.

ILLATIO XXIIII.

De effectibus qui consequuntur dissolutionem adoptionis.

L. in omni 13.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, quod Papin. scribit in *l. in omni* 13. *eod. titu.* In omni ferè iure finita patris adoptiui potestate nullum ex pristino vestigium retineri, adeò vt ipsa etiam patria dignitas quæsita per adoptionem finita adoptione deponatur. Nam cùm is qui adoptatur non idcirco filius fiat absolutè, sed filius familias, id est filius iure ciuili, consequens est vt iure quoque ciuili possit omnino tolli vinculum adoptionis ex *reg. l. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur. l. prout* 80. *D. de solut.* vtque sublato eo vinculo quod non nisi iuris ciuilis potestate sustinebatur,

in eum

in eum ſtatum redigantur omnia in quo erant ante factam adoptionem. Itaq; filius adoptiuus ſi emancipetur non intelligitur eſſe ex liberis ne iure quidem prætorio *l.1.§.& ſui l.3.§.ſed ſi ſit D.de bonor.poſſ.contr.tab.* Qui etiam ſenſus eſt *l.1.§.pen.* in illis verb. *in adoptiuis dummodò maneant liberi D.de leg.præſt.* Iunge *l.1.§.liberos D.vnd.liber.l.ſi quis poſthumos* 9.*§.vlt.De lib.& poſt.* Quod in filio naturali & legitimo ſecus eſt. Is enim quantũuis emancipetur, & per emãcipationem deſinat eſſe filius iure ciuili incipiátq; haberi pro extraneo *l.quinetiam* 55.*§.1.D.de rit.nupt.* remanet tamen filius iure naturę quia ſanguinis & naturę iura nullo iure ciuili dirimi poſſunt *l.iura ſanguinis* 8.*D.de regu iur.* ob ídque & à prętore in omnibus habetur pro filio cenſetúrque eodẽ iure, quo ſi emancipatus nõ eſſet, vt conſtat ex omnibus ferè partibus edicti *De bon.poſſ.* Idcirco autẽ addita eſt à Papiniano dictio *ferè* quia nõnumquã euenit vt priſtinę adoptionis veſtigiũ aliquod remaneat etiã poſt emancipationem, vt in ſpecie *d.l. quinetiã in prin.* vbi ſcriptum eſt nefas exiſtimari eã quoq; vxorem ducere quæ per adoptionẽ filia neptiſve eſſe cœperit, Iu tantũ vt etſi per emãcipationẽ adoptio diſſoluta ſit idẽ iuris maneat. De quo ſcripſimus ad Prin.6.*illa* 5.*ti.pra.* Subiũgit verò Papinianus patriã quoque dignitatẽ amitti diſſoluta adoptione, quoniã ea omniũ minimè amitti videbatur, tanquã quę omnino adhęreat perſonę cui ſemel fuit acquiſita. Quid enim perſonalius, vt ita dicam, & à perſona inſeparabilius eſt, quàm dignitas? Nã & inde eſt quod placet eidem Papiniano dignitatem quę ex perſona patris eiuſdémque Senatoris filio acquiſita ſit, propter ſuperuenientem caſum eiuſdẽ patris remoti à Senatu ei auferendam non eſſe *l.filiam* 9. *D.de Senat.l.generali* 34.*§.vlt.* D.*de rit.nupt.* Sed aliud eſt patrem amittere ſuã dignitatem, aliud verò amittere ius & nomen patris, id eſt ipſam, vt ita dicã paternitatẽ. Qui amittit dignitatem ſuam ſi remaneat pater non nocet filio quin cum filij nomine & iure dignitatem quoque retineat ille quæ ſibi aliquando tanquam filio fuit acquiſita. Qui verò dignitatem quidem retinet, ſed deſinit eſſe pater quod ſit diſſoluta adoptione, ſicut adimit filio nomen filij, ita & ea omnia quæ non niſi iure filij habere filius potuerat. Plus enim eſt amittere ſubiectum quàm accidens. Patria dignitas nihil niſi accidens eſt, quod paternitatem ipſam quodammodo pro ſubiecto habet, aut ſaltẽ pro cauſa vt in filium deriuari poſſit. Itaque nil neceſſe eſt, vt filius adoptatus amittat dignitatem patris adoptiui quamuis pater ipſe eam amiſerit. At amiſſo filij nomine & iure fieri nequit, vt quicquam retineat ex eo quod vel adhuc ſit, vel aliquando fuerit patris. Huc pertinet quod de Senatoris filio, ſiue naturali, ſiue adoptiuo emancipato ſcriptum eſt in *l.6.& 7.D.de Senator.*

L. filiam 9. D.de Senat. l. generali 34.§.vlt.D. de rit. nupt.

l.6.& 7.D. de Senator.

ILLATIO XXV.

De emancipato nepote apud patrem adoptatum concepto.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit quod ſubiungitur ex Pomponio in *l.ſed etiam* 24.*eod.tit. De adopt.* Etiam nepotem ex filio qui apud patrem adoptatum conceptus & natus ſit per emancipationẽ iura omnia perdere. Eadem profus ratione quam nos in pręcedẽte illatione vſurpauimus, Niſi quòd in perſona huius nepotis maior quę ſã ratio dubitãdi eſſe videbatur quod & innuit dictio illa *etiam* poſita in principio legis. Cur verò maior ratio

L.etiam 24. D. hoc tit.

dubitandi in hoc nepote? Nempe quia cùm esset ille conceptus & natus in familia & potestate aui adoptiui videbatur, non tantùm ciuilis, sed etiam naturalis iuris vinculo cum auo esse coniunctus, ac proinde sublato per emancipationem vinculo ciuili superesse naturale: Vt dici solet cùm filius naturalis & legitimus à patre emancipatur, Sed non ita est. Nam hic nepos licèt in aui familia natus sit, nulla tamen alio iure quàm per adoptionem ei coniungitur, cùm non nisi per patrem coniungatur, qui pater ipse adoptiuus tãtùm est, nec fieri potest, vt ex aliquo descendentes plus iuris habeant quàm ille ex quo descendunt, quod vulgo probari & rectè solet ex *l. si viua matre 3. C. de bon. mater.* sed non meliùs aut apertiùs quàm ex hoc loco.

L. si viua matre 3. C. de matern.

ILLATIO XXVI.

De non cogendo patre adoptiuo vt filium adoptiuum emancipet.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit, vt filius adoptiuus non magis cogere possit patrem adoptiuum vt se emancipet, quàm filius naturalis & legitimus patrem legitimum simul & naturalẽ *l. non potest filius 31. D. hoc tit.* scilicèt cùm æquè filiusfamilias sit & in potestate patris adoptiui, acsi ex iustis nuptiis quæsitus esset. Ius autem patriæ potestatis inæstimabile quidpiã est, quod nec alio quidem rogante amittere pater cogitur, Multò minùs ergo filio cogẽte, aut potiùs cogere volente *l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos De legat. 1.* Excipiendus tamen casus ille est, quo adrogatus sit impubes, qui postea pubes factus emancipari desideret. Audiendus enim est, sed tamen causa cognita, vt suprà diximus *illat. 11. ad fin. ex l. nonnunquam 32. & seq. hoc tit.*

L. non potest filius 31. D. hoc tit.

L. nonnunquam 32. & seq. eod.

ILLATIO XXVII.

De permittenda vitrico eidémque tutori adoptione priuigni sui.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt priuignum suum, id est vxoris filium vitrico eidémque tutori adoptare permittatur, vt ab Imp. Tito Antonino rescriptum fuisse Papinianus refert in *dict. l. nonnunquam 32. §. 1. hoc tit.* Cùm enim ex ea quam vxorem habet naturales & legitimos liberos spera re possit, cur non & illum adrogare qui ex ipsa sit susceptus? At dubitatio maior ex eo nasci videbatur quòd hic qui adoptabat nõ tantùm vitricus esset, sed etiã tutor priuigni sui. Difficilius enim est, vt ei adrogare permittatur, qui tutelam vel curam alicuius administrauit, si minor annis vigintiquinque sit qui adrogatur, ne fortè ideo eum adroget ne rationes reddat *l. nec ei 17. eod. tit.* Sed tamen non potest res facere, vt absolutè ac simpliciter huiusmodi adrogatio debeat inhiberi: Cùm possit is qui adrogare vult, ante omnia ducere tutelam à se bene administratam séque priuigni sui creditorem esse potiùs quàm debitorem: quo casu nihil sanè superest quod impediat adrogationem, præsertim si ex aliis argumentis constare possit iusta aliqua & probabili de causa moueri tutorem hunc vt priuignum suum potiùs quàm alium erga quem minorem habeat adfectionem, velit adrogare: Ne aliter posito iure eueniat, vt quod pupillorum fauore constitutum est in eorum perniciem retorqueatur, quod esse

D. nonnunquam § 1.

L. nec ei 17. eod.

num-

numquam debet *l.pen.C.ad SC.Trebell.l.nulla* 25. *De legib.* Planè si priuignus hic pubes factus probauerit expedire sibi non redigi in tutoris potestatem, æquum erit audiri eum,& à patre suo adoptiuo emãcipari, atque ita pristinum ius suum recuperare vt ex Marciano subiungitur in *l. & si pubes* 33. *De adopt.* Denique sicut plena causæ cognitio adhibetur in adrogatione impuberis cuiusliber siue permittenda siue dissoluenda, ita & in hoc potissimùm ea causæ cognitio versari debet,vt ex adrogati vtilitate omnia æstimentur. *L.etsi pubes 33. eod.*

ILLATIO XXVIII.

De patre qui filium ex quo nepotem in potestate habebat emancipauit, eundémque postea adoptauit.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit,vt si pater filium,ex quo nepos illi est in potestate,emancipauerit, & postea eum adoptauerit mortuo eo nepos in patris potestatem non reuertatur *l.si pater filium* 41. *hoc tit.* vbi addit Modestinus,Nec eum nepotem in patris potestatem reuerti, quem auus retinuerit filio dato in adoptionem,quem denuo redadoptauit. Quia in filio siue adoptato,siue redadoptato nihil intuetur ius ciuile nisi quod sit filius familias per adoptionem, Et consequenter eum qui ex huiusmodi filio antequam emanciparetur,fuit naturalis & legitimus nepos, non magis habere potest pro nepote ex eo filio adoptiuo quàm si ex alio natus fuisset, quia & is filius alius est cùm & extraneus semel factus sit per emancipationem, & adoptione secuta nouus filiusfamilias effectus, ex eo iure ex quo talis numquam fuerat,quamuis reuera,& naturaliter maneat idem ille qui fuerat filius naturalis & legitimus ante emancipationem.Patria autem potestas non iuris naturalis est, sed tota iuris ciuilis,vt suprà diximus ad *tit. De patr. potest.* Non ergo fieri potest vt nepos de quo agimus,auo mortuo recidat in potestatem patris sui naturalis qui iure ciuili desierit haberi pro eius patre ex die emancipationis.Nec enim sicut adoptio superueniens facit filium ciuilem & legitimum eius ipsius cuius fuerat antea & naturalis & legitimus, Ita & facit eum patrem illius cuius antea fuerat naturalis & ligitimus pater. Siquidem nemo ex eo solo quod filiusfamilias sit,pater etiam hoc ipso factus videri potest.Et hoc fortasse est propter quod Papin.in *l.filio* 23.*De liber.& post.*non est ausus scribere generaliter & indistinctè,In omni iuris parte sic obseruari vt veri patris filius adoptiuus numquam intelligatur, sed addita dictione *ferè*, quæ si addita non esset,sanè Papiniani locus ille cum hac Modestini sententia omnino pugnaret. *L.filio 23.De liber.& post.*

ILLATIO XXIX.

De transferendis in patrem adoptiuum oneribus adoptati.

VIcesimononò ex eodem Principio fit vt onera eius qui in adoptionem datus est ad patrem adoptiuum transferantur *l.penult. D. hoc tit.* Nam cùm onera totius familiæ non ad alium quàm ad patremfamilias spectare possint *l.si is qui* 56.*§.post mortem D.de iur.dot.l.penult.*D.*de agnos.& alend. liber.*ius autem ciuile non magis quàm natura duos eiusdem personæ patres vt possit agnoscere:Consequens est vt onera filiifamilias adoptiui non ad patrem naturalem pertinere debeant, in cuius familia amplius non sit, quique *L.pen.D. hoc tit.*

ob eam cauſam nec amplius patrem illum habere intelligatur, ſed ad patrem adoptiuum transferantur quem ſolum ius ciuile agnoſcit pro patre, Sed hoc ex iuris quidem veteris ratione verè dicitur, At non ex Iuſtiniani conſtitutione in *l.pen.C.hoc tit.* quæ induxit vt per adoptionem non diſſoluantur iura patris naturalis, niſi eo caſu quo adoptio fiat per auum naturalem. Etſi videtur ea conſtitutio ad cauſam ſucceſſionis pertinere, potiùs quàm adeò generaliter accipi debere, vt hodie filius adoptiuus patri ſuo naturali ſit oneri, potiùs quàm adoptiuo. Alioqui vix eſſet vt cuiuſquã momẽti adoptio eſſe videretur.

L.pen.C.eo.

ILLATIO XXX.

De liberis naturalibus in ſeruitute ſuſceptis non adoptandis niſi ex Principis reſcripto.

TRigeſimò ex eodem Principio fit, vt liberi naturales, id eſt in ſeruitute ſuſcepti non poſſint adoptari & in patriam poteſtatem redigi etiam volentes niſi ex reſcripto Principis *l.vlt.D. hoc tit.* quia in hoc comparatæ ſunt adoptiones vt filios familias faciant eos, qui ſi ex patre adoptiuo nati eſſent, filij familias naturales eſſent, id eſt vt ſuppleant vicem naturæ, non vt naturam vel corrigant vel adiuuent, denique vt efficiant legitimos tantùm, non legitimos & naturales ſimul, quos ſola natura auxilio iuſtarum nuptiarum concurrente facere poteſt. In eóque mirum non eſt minùs iuris habere illum qui ſi non contra, ſaltem extra leges natus eſt, quàm ſi alterius patris filius & naturalis & legitimus eſſet, cùm faciliùs accommodandum ſit auxilium legis ei qui iam legitimus eſt quàm illi qui necdum legitimus eſt, nec natiuitatis ſuæ tempore naturalis quidem fuit. Hoc enim addere lubet, vt intelligamus illationem hanc ad eos tantùm pertinere qui ex contubernio nati ſunt, quandoquidem illorum quos hodie naturales appellamus, id eſt qui ex concubina vel alio coitu illicito ſuſcepti ſunt, nomen quoque ipſum legibus romanis fuit incognitum ante tempora Conſtantini, vt diximus ad *Princip.2.De nupt.illat.1.ex Iuſtiniano in Nouell.89.quib.mod.natur.effic.ſui.* Qui verò in ſeruitute nati eſſent, licèt benignitate digni viderentur, tanquam ita nati ex neceſſitate propter iuris ciuilis prohibitionem quæ inter alios quàm ciues romanos nuptias contrahi non patitur, perinde tamen erant ſine patre acſi vulgo quæſiti eſſent *l.3. C.ſolut. matrim.* neque priùs naturalium liberorum nomen habebant, quàm & ipſi & ipſorum parentes eſſent manumiſſi, Vt ſupradicto loco à nobis oſtenſum eſt. Quis ergo miretur reſcripto Principis opus fuiſſe ad faciendum vt legitimum patrem habere poſſet is, qui natus fuiſſet ſine patre? Alioqui videretur lex plus facere quàm natura ipſa facere potuiſſet, quæ nec naturalem patrem ab initio vllum dediſſet. Idcirco autem in illatione adieci verba illa *etiam volentes* quia certum eſt inuitos filios naturales in patriam poteſtatem redigi nõ poſſe *l.vlt.* D. *de his qui ſui vel alien.iur.ſunt*, ſicut nec alios vllos qui ſui iuris ſint, Ne quidem ex Principis reſcripto *arg.l.4.C.de emancip. liber.* Alioquin traheretur Principis beneficium ad alterius iniuriam contra *l. ex facto* 43. *De vulg.& pupill.ſubſt.l.impuberi* 40.D. *de admin.tutor.l.cùm filiusfamilias* 28. *D. de teſtam.milit.* ſiquidem fieri nequit vti ne minuatur ius illius qui in alienam familiam tranſeundo ſi antea fuit paterfamilias, haud dubiè capite ininuitur *tit. tit. De capit.minut.*

L.vlt.De hoc tit.

L.3.C.ſolut. matrim.

L.vlt.D.de his qui ſui vel alien. iur.ſunt.

ILL.

ILLAT. XXXI.

De non permittenda fœminis adoptione.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt fœminæ adoptare non possint, id est ne quidem per adrogationem, quia nec proprios filios suos habent in potestate *l. mulierem 5. C. hoc tit. §. fœmina Instit. eod.* Vnde est quod nec fœminæ habent suos heredes *l. 4. §. ad testamenta* D. *de bonor. poss. contr. tabul.* quia suus heres esse non potest qui non sit in potestate *l. scripto 7. D. vnd. liber.* Ex rescripto tamen Principis adrogatio ista permitti interdum potest ex iusta causa, puta in solatium amissorum liberorum, vt scriptum est in *d. l. mulierem*. Itaque satis aptè illatio hæc congruit cum præcedente. Iunge *l. si is* 8. *C. de long. temp. præscript. l. si suspecta* 29. *§. quoniam* D. *de inoff. testam.*

l. mulierem 5. C. hoc tit. §. fœmina Inst. eod.

L. si is 8. C. de long. tempor. præscr. l. si suspecta 29. § quoniã D. de inoff.

ILLATIO XXXII.

De seruo per dominum suum adoptato.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit quod Catonis primùm autoritate inductum fuisse refert Iustin. in *§. vlt. hoc tit.* vt si quis seruus à domino suo adoptatus sit hoc ipso liber fiat, Quia cùm per huiusmodi adoptionem fiat filiusfamilias, in necessarium antecedens sit etiam liber, siquidem filiusfamilias esse nemo potest qui non sit & liber & ciuis romanus. Dubitari tamen poterat an ob eam rationem impediri potiùs adoptio videretur, quasi in eum collata qui eorum omnium sit incapax quæ sunt iuris ciuilis. Sed fauor & libertatis & adoptionis contrariam sententiam extorsit, iuncta præsertim Catonis autoritate. Cuius exemplo constituit etiam Iustin. in *l. vnic. §. similique* 10. *C. de latin. lib. toll.* vt varijs ex coniecturis libertas tacitè data intelligatur, inter cæteras verò coniecturas illa sufficiat si quis seruum suum inter acta filium nominauerit. Sufficiat inquam non ad dandum ei ius filij sed ad dandam libertatem vt idem Iustin. explicat in *d. §. vlt. hoc tit.*

§. vlt. hoc tit.

l. vnic. §. similique 10. C. de latin. libert. tolle.

PRINCIPIVM II.

De iure agnationis non sanguinis per adoptionem acquirendo.

ADoptio non ius sanguinis tribuit, sed tantum ius agnationis. *l. qui in adoptionem* 23. D. *hoc tit.* quia cùm adoptio sit actus legis, vt in sequentibus dicemus non naturæ, fieri non potest vt ea tribuat quæ sunt naturæ, non iuris. Atqui iura sanguinis sunt à natura non à iure ciuili, non à lege. Vnde est quod nullo iure ciuili dirimi possunt *l. iura sanguinis* 6. *De regul. iur.* Ex ea scilicet regula quæ vult illa quæ sunt naturalia esse immutabilia *§. vlt. Instit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Nec igitur per actum legitimum transferri in alium possunt. Translatio siquidem & acquisitio iurium sanguinis in familia adoptiua præsupponeret eorundem amissionem in familia pristini patris naturalis. Alioqui idem filiusfamilias duorum patrum naturalis filius esse intelligeretur, quod per rerum naturam fieri nullomodo potest. Idque est quod Principio

l. qui in adoptionem 23. D. hoc tit.

l. iura sanguinis 6. De reg. iur.

Digitized by Google

superiore diximus,eum qui adoptatur non filium simpliciter & absolutè dici posse,sed filium familias,vt intelligamus legitimum duntaxat filium effici non naturalem,cùm filij nomen naturale sit,filijfamilias verò ciuile. *l. tutelas* 7.D. *de capit.minut.*

ILLATIO I.

De *iure cognationis non quærendo per adoptionem nisi quod sit vnitam cum agnatione.*

d.l.qui in adoptionē.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Paulus scribit in *d.l. qui adoptionem*, Vt qui datur in adoptionem his duntaxat,quibus agnascitur cognatus fiat,quibus verò non agnascitur,nec fiat cognatus. Nempe quia cùm cognationis nomen duplicem habeat significationem , Vnam generalem quæ tam agnationem quàm cognationem specialem complectitur , Alteram specialem,quæ cognatos ab agnatis distinguit,hoc est eos qui per fœminas coniuncti sunt ab iis qui per masculos:Euenit vt per adoptionem ea quidem cognatio contrahatur,quæ agnationem facit,at non etiam illa, quæ ab agnatione distinguitur.Est enim agnationis nomen ciuile ac legitimum,id est ex lege 12. tabularum *d.l.tutelas*,& consequenter ipsum quoque nomen cognationis ex qua parte agnationem complectitur. At ex qua parte significat coniunctionem illam naturalem quæ solo naturæ non etiam legis vinculo continetur nomen naturale est non ciuile.*l.4.§.cognationis l. Iurisconsultus* 10. *§. cognati* 2. *& seq. D.de gradib.& adfin.*Sicut enim natura nescit distinctionem illam agnatorũ & cognatorum quia non minùs pro cognatis habet eos qui per fœminas quàm qui per masculos coniunguntur:Ita nec ius ciuile alios cognatos nouit quàm qui sint agnati,id est qui per masculos in eadem familia positos coniuncti sunt,propterea quod nihil nisi familiam intuetur,omnésque leges suas refert ad conseruationem & amplificationem familiarum , Vtpote ex quibus ipsa quoque reipublicæ dignitas & amplitudo æstimanda sit. Proinde si quis quærat an cognatio per adoptionem contrahatur , apparet non posse responderi sine distinctione.Contrahitur enim cognatio illa quæ etiam agnatio est, at non illa quæ agnatio non est,vt apertiùs tractat Vlpianus in *l. 1. §. cognationem* D. *vnd. cogn.* vbi addit ex hoc euenire vt is qui in adoptionem datus est tam in familia naturalis patris iura cognationis retineat,quàm in familia adoptiua nanciscatur,sed cum hac tamen differentia,quòd eorum tantùm cognationem in adoptiua familia nanciscetur,quibus fit agnatus , in naturali autem omnium retinebit,Quod ipsum tamen non sic accipiendum est,quasi eodem modo cognationes in familia naturali post adoptionem retineantur quo ante adoptionem habebantur , sed ita , vt quos hic filius adoptiuus antea in familia naturali cognatos agnatósque simul habebat , agnatos habere desinat , sed tamen retineat tanquam cognatos , Non quòd incipiant coniuncti esse per fœminas,qui ante adoptionem per masculos coniuncti fuerunt,sed quia desinit ille esse in ea familia ex qua ius agnationis æstimabatur,nec tamen desiit per naturam coniunctus esse iis quibus aliquando coniunctus fuit. Alioqui sanè non magis fieri potest vt qui in adoptionem datus est eodem iure cognatos omnes retineat quos antè habebat in familia patris naturalis,id est agnatos quoque iure agnatorum,quàm vt eodem tempore in

Cognationis nomen duplicem habet significationem.

Agnationis nomen ciuile ac legitimum est, Cognationis verò naturale.

L.1.§.cognationem D. *vnd.cogna.*

Cognatio pro agnatione.

duabus

duabus familiis sit, aut esse intelligatur. Sic & interdum cognationem dicunt Iureconsulti pro agnatione vt in *d. l. 4. §. sciendum D. de gradib.* iunct. *l. 2. & l. 4. D. vnd. cognat.* Et agnationes legitimas quæ agnatorum ius haberent *l. si qua mihi 12. §. vlt. D. de rit. nupt.* *Et cognationes legitimæ quæ agnatorum ius habent.*

EX eodem Principio fiunt cætera quoque ferè omnia quæ illata sunt à nobis ex Principio præcedente. Nec malè ad hoc quoque Principium accommodari possunt, adeò sunt illa inter se connexa.

PRINCIPIVM III.

De naturæ imagine ac similitudine quæ in adoptione est.

ADoptio naturam imitatur, & naturæ imago ac similitudo quædam est §. minorem Inst. hoc tit. Et ita definit in adoptionem Caius quoque in suis Institutionibus *tit. De adopt. in princip.* in hæc verba, *Adoptio*, inquit, *naturæ similitudo est, vt aliquis filium habere possit quem non genuerit.* Imaginem verò dixit Papin. in *l. filio 23. D. de liber. & post.* Idque ius non lege aliqua speciali & scripta, sed tacito populi consensu inductum, postea verò à prudentibus confirmatum fuit vt Iustin. & Theophilus referunt in *tit. De adquisit. per adrogat.* Propter eam nimirum rationem quam ad *Princip. 1.* attulimus, quòd ad reipublicæ conseruationem & amplificationem id maximè pertinere visum sit, vt priuatorum familiæ & conseruarentur & augerentur, quod nisi per liberos fieri non potest. *§. minorem hoc tit.* *L. filio 23. D. de liber. & post.*

ILLATIO I.

De personis in quibus adoptio locum habere potest.

EX hoc Principio illud primum fit, vt adoptio non in alijs personis locum habeat, quàm in quibus etiam natura locum habere potest, vt ex Iauoleno scriptum est in *l. adoptio 16. eod.* *L. adoptio 16. D. hoc tit.*

ILLATIO II.

De personis, quæ adoptare non possunt.

SEcundò ex eodem Principio fit vt minor natu maiorem adoptare non possit, *d. l. si paterfamilias 15. §. vlt. l. adrogato 40. §. 1. eod.* Pro monstro enim est vt filius maior sit patre, quemadmodum tractat Iustin. in *d. §. minorem.* quàquam debuit potiùs dicere id fieri nullomodo posse ne quidem per monstri & prodigij speciem, quàm pro monstro illud esse. Mirum tamen videri possit quod ibidem Iustinianus addit, eum qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit plena pubertate, id est decem & octo annis præcedere filium debere. Cur non enim sufficit eum qui adoptat annis quatuordecim maiorem esse filio adoptiuo, cùm in ea ætate per rerum naturam liberos suscipere possit? Nam si verum est vt est quod dicimus adoptionem nihil aliud esse quàm imaginem quandam & similitudinem naturæ, cur non sufficit ad ineundam adoptionem tempus illud quod sufficeret naturaliter ad liberos procreandos? *L. si paterfamilias 15. §. vlt. l. adrogato 40. §. 1. eod. & §. minorem hoc tit.* *Cur nemini permittatur adoptare ante annum 18.*

Duplex tamen ratio videtur reddi posse: Vna, quòd non semper faciat natura vt anno ætatis decimoquarto vel decimoquinto generare quis possit, sed pro diuerso habitu corporis alij tardiùs, alij citiùs pubescant, quam ob causam nõ deerant ex antiquis Iureconsultis qui pubertatem non ex certa ætate, sed ex corporis habitu & inspectione definiendam putarent. Post quorum sententiam publicæ honestatis causa explosam licet ætas quatuordecim annorum completorum pubertati præfinita sit, non tamen statim consequens fit vt in ea ætate quilibet generare possit. Ergo vel ipso naturæ exemplo induci necesse fuit vt non tum citò, nec ante plenam pubertatem filium per adoptionem habuisse quis videretur, siquidem in eo plus potest adoptio, quàm matrimonium quòd filium certò & indubitatò facit, qui ex matrimonio cùm contrahitur, tantùm speratur. Atqui certum est saltem post plenam pubertatem esse quem libet capacem generandi. Plena igitur pubertate maior esse debet qui adoptat eo qui adoptatur. Alia ratio esse potest, quoniam adoptio non sine consilio & iudicio fieri debet, cùm sit res tanti momenti siue priuatam familiæ, siue reipublicæ vtilitatem consideres: Vix autem est vt ante illam ætatem certum sit consilium & iudicium adoptantis. Nam & inde fit, vt ante eandem ætatem nõ possit quis procurator fieri ad negotia minoris tractanda neque ex ea causa manumitti à minore annis viginti *l. si collactaneus* 13. D. *de manum. vind. §. illud autem Instit. ex quib. caus. manum. non licet.* Quo exemplo fortassis defendi posset, vt decem & septem annis completis maiorem natu adoptatorem esse sufficeret, ad hoc vt plena pubertate maior esse videretur, sicut & in ea ætate potest procurator esse.

l. si collactaneus 13. D. de manum. vindict.

ILLATIO III.

De differentia castrati & spadonis in adoptando.

TErtiò ex eodem Principio fit vt castratus non possit adoptare quamuis spado possit, quia castrati impedimentum naturale & perpetuum est, spadonis verò temporale, & accidentale, vt scripsimus ad *Princip. 1. illat. 6. supr.* *eod. ex §. sed & illud Instit. hoc tit.* Quamuis extet Imperatoris Leonis constitutio *Nouell.* 26. quæ castratis quoque permisit ius adoptandi.

§. sed & illud hoc tit.

ILLATIO IV.

De *adoptione ad tempus, non facienda.*

QVartò ex eodem Principio fit, vt adoptio non possit fieri ad tempus *l. quæsitum* 34. D. *hoc tit.* vbi Paulus scribit, si tibi filius in adoptionem hac lege datus sit vt post triennium mihi eundem des in adoptionem nullam esse actionem. Nec enim, inquit, moribus nostris conuenit filium temporalem habere. Nempe quia nec natura hoc facere potest vt alicui filius sit temporalis. Solent enim perpetua esse, quæ causam naturalem habent *l. foramen* 28. D. *de seruit. vrban. prad.* Notandum autem est quod lex ait, *moribus nostris* ad id nimirum respiciens quod diximus ad *Princip.* 1. ius adoptionis moribus populi romani fuisse introductum.

l. quæsitum 34. D. hoc tit.

Solent esse perpetua, quæ causam habent naturalem.

ILLATIO V.

De adoptione non facienda ſub condicione.

QVintò ex eodem Principio fit,vt neque ſub condicione poſſit fieri adoptio,quia naturæ quoque proprium hoc ius eſt , vt nihil vnquam faciat ſub condicione,liberos verò multò minùs. Naturaliter enim fieri quid , nihil aliud eſt quàm fieri reuera,Sub cõdicione verò fieri è contrario nihil aliud eſt quàm interim nõ fieri,ſiquidem condicio quælibet ſuſpendit actum, *l.1.in fi.l. qui balneum 9.l.potior* 11.D.*qui potior.in pignor.hab.l.generaliter* 29.§.1.*D. qui & à quib.manum.*Et ſi poteſt hæc illatio aliam quoque videri rationem habere; illam nimirum quòd adoptio ſit actus legitimus, vt vulgo creditur,actus autem legitimi,neque diem recipiant,neque condicionem *l.actus legitimi* 77. *De reg. iur.*Sed nos non probamus, & adoptionem legitimum actum eſſe negamus. De quo dicemus *Princip.ſeq.*

Natura nihil vnquã facit ſub condicione.

ILLATIO VI.

De *adoptione facta non habente vxorem.*

SExtò ex eodem Principio fit vt etiam qui vxores non habent filios adoptare poſſint *l.& qui vxores* 30.D.*hoc tit.*itémque vt is qui filium nullum habet,poſſit in locum nepotis quaſi ex filio adoptare *l.adoptiones* 43 *eod.*Scilicet quia nullum impedimentum eſt quominus per rerum naturam poſſint iſti & alij ſi qui ſimiles ſunt,liberos ſperare.

Poſſunt denique ad hoc etiam Principium accommodari multæ illationes ex iis quas attulimus ad *Princip.1.ſupr.hoc tit.*

L.& qui vxores 30. *l. adoptiones* 43.*D.hoc tit.*

PRINCIPIVM IIII.

Adoptionem,legis actionem eſſe.

ADoptio *legis actio eſt l.magiſtratum* 4.D.*hoc tit.l.*3.*D.de offic.proconſ.*Lex enim ſola illa eſt quæ adoptionem facit,& quæ patri adoptanti dat filium,ac filio adoptiuo patrem adoptiuum licèt in eam rem requirat factum hominis & voluntatem vtriuſque,id eſt tam adoptantis quàm eius qui adoptatur:In quo differt adoptio à matrimonio.Etſi enim matrimonium quoque iuſtum,id eſt legis autoritate confirmatum eſſe oportet,matrimonium tamen non legis ſed naturæ & hominis actio eſt, quia tale factum interuenit ex quo etiam ſine lege aliquis effectus ſequi poſſet,id eſt coniunctio maris & fœminæ.Ex qua coniunctione nullis quoque legibus proditis non minùs liberos ſuſcipere poſſent homines,quàm bruta animantia quæ nullis niſi naturæ legibus reguntur. At quid commune habet voluntas ſola habendi liberos quantumuis iuncta cum ſollennitatibõs iuris, ad eum effectum conſequendum vt hoc ipſo liberi acquirantur,ſi poteſtas legis ea non eſſet quæ& patrem faceret, & liberos?Et ex hoc quoque inferri poſſe videntur actus legitimos differre ab actionibus legis.Quaſi actus legitimi,nõ legis ſed hominũ actiones ſint, quãnis ſecũdũ leges,& quæ legũ autoritatẽ requirãt:Cuiuſmodi eſt aditio hereditatis,mãcipatio,optio,& ſimiles de quibus in*l.actus legitimi* 77.*De reg.iur.*In his

L.*magiſtratum* 4.*D. hoc tit.l.*3. D.*de offic. proconſ.*

Differentia adoptionis, & matrimonij.

L. actus legitimi 77. *de regu.iur.*

Digitized by Google

enim omnibus factum hominis versatur magis quàm potestas legis: nec tam sunt illa iuris nomina quàm facti. At adoptio nomen iuris est, soláque lex est quæ & patrem facit & liberos dummodò accedat voluntas & eius qui adoptat, & eius qui adoptatur. De quo tamen & nos iam aliquid scripsimus & quia maxima est inter magnos ætatis nostræ Iureconsultos contentio, erit alibi fortasse copiosiùs differendum.

ILLATIO I.

De adoptione non apud alios magistratu faciendâ, quàm apud quos legis actio est.

L.1.C.hoc tit.&l.4.D. eod.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt apud eos demum magistratus fieri adoptio possit, apud quos est legis actio *l.1.C.hoc tit. & l. magistratum* 4. D. *eod.* vbi scribit Modestinus, quod magis est, magistratum ipsum apud quem legis actio est posse apud se liberos suos & emancipare & in adoptionem dare. Quemadmodum è conuerso scribit Paulus in lege præcedenti, Si consul vel præses filiusfamilias sit posse eum apud semetipsum vel emancipari vel in adoptionem dari: quia hoc casu præsentia requiritur magistratus apud quem legis actio est, non vt magistratus quicquam faciat, sed vt appareat legis esse actionem. Quò etiam pertinet quod idem Paulus ait in *l. apud filium familias* 18. *de manum. vindict.* apud filiumfamilias magistratum manumitti posse etiamsi filiusfamilias ipse manumittere non possit.

l. apud filiumfamilias 18. *D. de manumiss. vind.*

ILLATIO II.

De adoptione & manumissione facta apud legatum proconsulis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt apud legatum Proconsulis nemo possit adoptare, quia omnino non id est nullomodo est apud eum legis actio, inquit Vlpianus in *d.l.3. De offic. proconf.* Licèt si quæratur an apud eundem legatum possit manumissio fieri distinguendum sit an talem iurisdictionem ille sibi adroget suo nomine an nomine Proconsulis. Priore casu non potest, quia non habet legatus suo nomine iurisdictionem talem. Posteriore verò casu id est alieno nomine scilicet Proconsulis à quo mandatam habeat iurisdictionem, potest, vt scribit Paulus in *l. apud Proconsulem* 17. D. *de manum. vindict.* Sic enim locos illos conciliare malo, quàm cum Cuiacio malè addere negationem ad Paulum in *d.l.17.* Separo autem adoptionem à manumissione quia manumissio non legis actio est sed hominis. Adoptio verò non tam hominis quàm legis. Ob ídque opponitur naturæ, & liberi quos adoptio facit opponuntur liberis quos natura dat in *l.1.D. hoc tit.* cùm tamen vtroque casu id est in suscipiendis liberis tam per matrimonium quàm per adoptionem factum hominis interuenire necesse sit, legísque autoritatem ad confirmandum id, quod homo facit. Sed differentia illa est, quod matrimonium est actio naturæ quantumuis iusta & legitima quoque sit, Adoptio verò actio legis, hoc est per legem non solùm confirmata vt matrimonium, vt manumissio, alíque actus omnes quos legitimos appellamus, sed etiam inducta, & in qua lex eget quidem facto aliquo hominis ad procreandos liberos adoptiuos, sicut & natura ad procreandos naturales sed tanquam instrumento, quemadmodum artifex suis instrumentis. Cæterùm sicut in matrimoniis natura, ita & in adoptionibus lex ipsa est artifex

L.3.D.de offi. proconf.

L. apud Proconsulem 17. D. de man. vindict.

L.1.D.hoc tit.

artifex liberorum non homo. At non ſimiliter poſſis dicere in manumiſſione legem eſſe artificem libertatis,& manumiſſionem eſſe legis actionem,cùm ex iure gentium ſint manumiſſiones non ex lege ciuili *l.* 4. & 5. D*e iuſtit. & iur.* quãuis lex ciuilis certas manumiſſioni ſollẽnitates dederit,quas apud cæteros populos manumiſſio non habet. Vnde eſt quod ſi quando lex det libertatem ſine nulla manumiſſione,Vt in caſibus de quibus in *tit. Qui ſine manum. ad liber.pernen.*dicatur ſupplere factum hominis & illud repræſentare; vt loquitur *l.vlt.*C.*ſi manci.ita fuer.alien.*quod in adoptione nõ ſimiliter contingit,in qua nimirum lex nõ hominis factum repræſentat,quod interuenire neceſſe eſt, ſed naturæ quæ nulla ex parte concurrit,Siquidem factum hominis quod ad faciẽdam adoptionem interuenire debere diximus tale non eſt quale natura exigeret ad liberos procreandos.Conſiſtit enim totum in verbis, aliiſque ſollennitatibus non niſi ad voluntatis declarationem pertinentibus.

De differentia adoptionis & manumiſſionis. L.4.& 5.D. de inſt. & iur.

L. vlt. C. ſi mancip. ita fuer.alien.

ILLATIO III.

De abſente aut diſſentiente non adrogando.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt neque abſens,neque diſſentiens adrogari poſſit *l.neque abſens* 24.*D.hoc tit.*Cùm enim adoptio omnis, id eſt tam quæ imperio populi olim nunc Principis,quàm quæ autoritate magiſtratus fit legis actio ſit,ſuas habet ſollennitates quas lex ei dedit.Qua porrò adrogationem non aliter fieri patitur,quàm per interpoſitam, duplicémque interrogationem, vt Caius ſcribit in *l.*2.*D.hoc tit.* vbi ait inde dictam adrogationem quod & is qui adoptat rogatur,id eſt inquit, interrogatur an velit eum quem adoptaturus eſt iuſtum ſibi filium eſſe,& is qui adoptatur,rogatur quoque & interrogatur,an id fieri patiatur.Qui porrò abſens eſt rogari non poteſt,Vnde fit vt neque inter abſentes ſtipulatio contrahi poſſit,quia nimirum contrahitur per interrogationem *l.*1.*D.de verb.oblig.l.*1.*C.de contr.& commit.ſtipul.* Qui verò præſens eſt licèt rogari poſſit, ſi tamen diſſentiat, non poteſt adrogari cùm non aliam ob cauſam rogetur,niſi vt ſciatur an pati velit, non patitur autem qui rogatus expreſſim diſſentit.Alia ſpecies adoptionis quæ fit autoritate magiſtratus,id eſt per quam filiusfamilias datur à patre in adoptionem,habet quoque ſuas,ſed alias ſollennitates.Solebat namque olim fieri per tres emancipationes & duas manumiſſiones in filiis, aut per vnam emancipationẽ in cæteris liberis,vt Iuſtin.refert in *l.vlt.C. hoc tit.* vbi tamen ius iſtud vetus corrigens conſtituit, vt liceat parenti qui liberos in poteſtate ſua conſtitutos in adoptionem dare deſiderat,ſine vetere obſeruatione emãcipationũ & manumiſſionum hoc ipſum actis interuenientibus apud competentẽ iudicẽ manifeſtare præſente illo qui adoptatur,& non contradicente,necnon illo qui eũ adoptat.Quę conſtitutio veteres quidem illas ſollennitates,vt apparet,ſuſtulit. Sed nõ ideò fecit,vt hodie adoptio non ſit actus ſollennis,cùm in vicem veterum ſollẽnitatum illa hodie inducta ſit,vt acta interuenire oporteat cum preſentia & conſenſu trium perſonarũ eius qui dat in adoptionẽ,eius qui datur,& eius qui accipit,itémque apud iudicẽ cõpetẽtẽ,id eſt apud quẽ,vt olim,ſit plena legis actio vt loquitur *l.*1.*eo.*Nec enim hodie minùs quàm olim adoptio legis actio eſt,cùm neq; naturæ,neq; hominis actio dici poſſit.In quo errare video pleroſque putantes poſt ſublatam priſcam illam ſollennitatem,non poſſe

L. neque abſens 24. D. hoc tit.

L. 2. D. hoc tit.

Sollemnitas adrogationis.

Sollemnitas ſimplicis adoptionis. L. vlt. C. hoc tit.

L. 1. C. eod.

enim omnibus factum hominis versatur magis quàm potestas legis: nec tam sunt illa iuris nomina quàm facti. At adoptio nomen iuris est, soláque lex est quæ & patrem facit & liberos dummodò accedat voluntas & eius qui adoptat, & eius qui adoptatur. De quo tamen & nos iam aliquid scripsimus & quia maxima est inter magnos ætatis nostræ Iureconsultos contentio, erit alibi fortasse copiosiùs differendum.

ILLATIO I.

De adoptione non apud alios magistratus facienda, quàm apud quos legis actio est.

L.1.C.hoc tit.d.l.4.D. eod.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt apud eos demum magistratus fieri adoptio possit, apud quos est legis actio *l.1.C.hoc tit. & l. magistratum* 4. D. *eod.* vbi scribit Modestinus, quod magis est, magistratum ipsum apud quem legis actio est posse apud se liberos suos & emancipare & in adoptionem dare, Quemadmodum è conuerso scribit Paulus in lege præcedenti, Si consul vel præses filiusfamilias sit posse eum apud semetipsum vel emancipari vel in adoptionem dari: quia hoc casu præsentia requiritur magistratus apud quem legis actio est, non vt magistratus quicquam faciat, sed vt appareat legis esse actionem. Quò etiam pertinet quod idem Paulus ait in *l. apud filium familias* 18. *de manum. vindict.* apud filiumfamilias magistratum manumitti posse etiamsi filiusfamilias ipse manumittere non possit.

l. apud filiumfamilias 18. D. de manumiss. vind.

ILLATIO II.

De adoptione & manumissione facta apud legatum proconsulis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt apud legatum Proconsulis nemo possit adoptare, quia omnino non id est nullomodo est apud eum legis actio, inquit Vlpianus in *d.l.3. De offic. proconsul.* Licèt si quæratur an apud eundem legatum possit manumissio fieri distinguendum sit an talem iurisdictionem ille sibi adroget suo nomine an nomine Proconsulis. Priore casu non potest, quia non habet legatus suo nomine iurisdictionem talem. Posteriore verò casu id est alieno nomine scilicet Proconsulis à quo mandatam habeat iurisdictionem, potest, vt scribit Paulus in *l. apud Proconsulem* 17. D. *de manum. vindict.* Sic enim locos illos conciliare malo, quàm cum Cuiacio malè addere negationem ad Paulum in *d.l.* 17. Separo autem adoptionem à manumissione quia manumissio non legis actio est sed hominis. Adoptio verò non tam hominis quàm legis. Ob idque opponitur naturæ, & liberi quos adoptio facit opponuntur liberis quos natura dat in *l.1.D. hoc tit.* cùm tamen vtroque casu id est in suscipiendis liberis tam per matrimonium quàm per adoptionem factum hominis interuenire necesse sit, legisque autoritatem ad confirmandum id, quod homo facit. Sed differentia illa est, quod matrimonium est actio naturæ quantumuis iusta & legitima quoque sit, Adoptio verò actio legis, hoc est per legem non solùm confirmata vt matrimonium, vt manumissio, aliique actus omnes quos legitimos appellamus, sed etiam inducta, & in qua lex eget quidem facto aliquo hominis ad procreandos liberos adoptiuos, sicut & natura ad procreandos naturales sed tanquam instrumento, quemadmodum artifex suis instrumentis. Cæterùm sicut in matrimoniis natura, ita & in adoptionibus lex ipsa est

L.3.D.de offi.proconsul.

L. apud Proconsulem 17. D. de man. vindict.

L.1.D.hoc tit.

artifex

artifex liberorum non homo. At non similiter possis dicere in manumissione legem esse artificem libertatis,& manumissionem esse legis actionem,cùm ex iure gentium sint manumissiones non ex lege ciuili *l.* 4. *&* 5. *De instit. & iur.* quãuis lex ciuilis certas manumissioni sollẽnitates dederit,quas apud cæteros populos manumissio non habet. Vnde est quod si quando lex det libertatem sine nulla manumissione,Vt in casibus de quibus in *tit. Qui sine manum. ad liber.pervenit.*dicatur supplere factum hominis & illud repræsentare; vt loquitur *l.vlt.C.si manci.ita fuer.alien.*quod in adoptione nõ similiter contingit,in qua nimirum lex nõ hominis factum repræsentat,quod interuenire necesse est, sed naturæ quæ nulla ex parte concurrit,Siquidem factum hominis quod ad faciẽdam adoptionem interuenire debere diximus tale non est quale natura exigeret ad liberos procreandos.Consistit enim totum in verbis, aliísque sollennitatibus non nisi ad voluntatis declarationem pertinentibus.

De differentia adoptionis & manumissionis. L.4.& 5.D. de inst. & iur.

L. vlt. C. si mancip. ita fuer.alien.

ILLATIO III.

De absente aut dissentiente non adrogando.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt neque absens,neque dissentiens adrogari possit *l.neque absens* 24.*D.hoc tit.*Cùm enim adoptio omnis, id est tam quæ imperio populi olim nunc Principis,quàm quæ autoritate magistratus fit legis actio sit,suas habet sollennitates quas lex ci dedit.Qu æ porrò adrogationem non aliter fieri patitur,quàm per interpositam, duplicémque interrogationem, vt Caius scribit in *l.*2.*D.hoc tit.* vbi ait inde dictam adrogationem quod & is qui adoptat rogatur,id est inquit, interrogatur an velit eum quem adoptaturus est iustum sibi filium esse,& is qui adoptatur,rogatur quoque & interrogatur,an id fieri patiatur.Qui porrò absens est rogari non potest,Vnde fit vt neque inter absentes stipulatio contrahi possit,quia nimirum contrahitur per interrogationem *l.*1.*D.de verb.oblig.l.*1.*C.de contr.& commit.stipul.* Qui verò præsens est licèt rogari possit, si tamen dissentiat, non potest adrogari cùm non aliam ob causam rogetur,nisi vt sciatur an pati velit, non patitur autem qui rogatus expressim dissentit.Alia species adoptionis quæ fit autoritate magistratus,id est per quam filiusfamilias datur à patre in adoptionem,habet quoque suas,sed alias sollennitates.Solebat namque olim fieri per tres emancipationes & duas manumissiones in filiis, aut per vnam emancipationẽ in cæteris liberis,vt Iustin.refert in *l.vlt.C. hoc tit.* vbi tamen ius istud vetus corrigens constituit, vt liceat parenti qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat,sine vetere obseruatione emãcipationũ & manumissionum hoc ipsum actis interuenientibus apud competentẽ iudicẽ manifestare præsente illo qui adoptatur,& non contradicente,necnon illo qui eũ adoptat.Quę constitutio veteres quidem illas sollennitates,vt apparet,sustulit. Sed nõ ideò fecit,vt hodie adoptio non sit actus sollennis,cùm in vicem veterum sollẽnitatum illa hodie inducta sit,vt acta interuenire oporteat cum præsentia & consensu trium personarũ eius qui dat in adoptionẽ,eius qui datur,& eius qui accipit,itémque apud iudicẽ cõpetẽtẽ,id est apud quẽ,vt olim,sit plena legis actio vt loquitur *l.*1.*eo.*Nec enim hodie minùs quàm olim adoptio legis actio est,cùm neq; naturæ,neq; hominis actio dici possit.In quo errare video plerosque putantes post sublatam priscam illam sollennitatem,non posse

L. neque absens 24. *D. hoc tit.*

L. 2. *D. hoc tit.*

Sollemnitas adrogationis.

Sollennitas simplicis adoptionis.

L. vlt. C. hoc tit.

*L.*1.*C. eod.*

Digitized by Google

amplius adoptionem dici actum legitimum,indéque fieri,vt inter actus legi-
l.actus legitimi 77. De reg.iur. timos non enumeretur in *d.l.actus legitimi* 77.*De reg.iur.*Ideò enim nõ enumeratur,quia legitimus actus,neque est,neq; vnquã fuit, sed legis actio quod longè plus est,Sicut & emãcipatio,quæ nec inter alios actus legitimos recẽsetur quãuis mãcipatio censeatur,per quã fiebat emãcipatio.Nempe quia emãcipationem cùm dicimus actionem illã intelligimus non per quam filius mãcipetur,id est alienetur , sed per quam exeat de patria potestate , quod non nisi per legis actionem fieri potest,cùm ius ipsum patriæ potestatis quod per emãcipationem dissoluendum est,sit à lege ciuili quamuis non scripta, non autem vel ab homine,vel à natura,quod in manumissionibus diuersum est, quæ sunt iuris gẽtiũ sicut & seruitutes & potestas dominorũ in seruos §.1.*sup. De his qui sui vel alien. iur.sunt.*Itaque errant etiã qui putant emancipationẽ exẽplo manumissionis esse actum legitimum:Et illi quoque errarent,qui dicerent sublatis hodie veteribus emancipationis sollennitatibus desiisse emancipationem esse actionem legis & sollennem & quæ fieri possit apud alium quàm compe-
l.vlt.C. de emancip.liber. tentem iudicem,id est apud quem plena sit legis actio. Repugnat enim *l. vlt. C.de emancip.liber.*in illis verbis *intrare competentis iudicis tribunal,vel eos adire magistratus quibus hoc facere , vel legibus,vel ex longa consuetudine permissum est.* Et sanè quis credat Iurisconsultum in enumerandis actibus legitimis qui non recipiunt diem neque condicionem prætermissurum fuisse adoptionem & emancipationem quibus nihil erat olim frequentius,nihil maioris momenti, si possent dici actus legitimi ? Nam quomodo potuit Papinianus respicere ad Iustiniani constitutionem post tot secula factam quæ sustulit antiquas sollẽnitates? Aut si Papinianũ à Triboniano hac in re violatum volumus cur facta est mentio mancipationis,quę amplius in vsu non est, aut adionis hereditatis,Cùm aditio esset olim illa quæ fieret per cretionum sollennitatem hodie sublatam per Theodosij constitutionem in *l.cretionum* 17.*C.de iur.delib.*

ILLATIO IV.

De patre naturali qui loqui non potest filium suum in adoptionem dante.

l. si pater 29.D.hoc tit. QVartò ex eodem Principio fit, quod Callistratus scribit in *l. si pater* 29. *D.hoc tit.* Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo quàm sermone manifestum facere possit velle se filium suum in adoptionem dare,confirmanda sit adoptio tanquam non iure facta,sed perinde tamen acsi iure facta esset,Nõ enim potest videri iure facta quæ destituta est suis sollennitatibus inter quas vna illa olim fuit,quæ etiamnum supersit,vt verbis opus esset ad declarandam voluntatem ex parte tam eius qui in adoptionem daret, quàm eius qui in adoptionem acciperet , non tamen ex parte eius qui in adoptionem daretur.Hunc enim sufficiebat olim & hodie sufficit non esse cõtra-
l.etiam infantem 42. eod.l.vlt.C. eod. dicentem *d l.vlt.C.hoc tit.l.etiam infantem* 42.*D. eod.* vbi hanc ob causam scriptum est etiam infantem in adoptionem dari posse,quod non similiter de adrogatione dici posset,quia adrogatum cùm sui iuris sit non sufficit non cõtradicere nisi etiam rogatus,id est interrogatus consentiat.Sicuti nec absens quis adoptare,neque adrogare,neque per alium eiusmodi sollennitatem peragere

poteſt *l. poſt mortem* 25. *§. eod.* Ex eóque apparet etiam hodie ſollennitatem aliquam in adoptionibus requiri, vt proximè dicebamus, quãdoquidem poſt illam quoque Iuſtiniani conſtitutionem non minùs aptè poſſit quis eandem Calliſtrati ſententiam vſurpare: Sicut & illud ipſum quod ab Imperatoribus reſcriptum eſt in *l. adoptio* 4. *C. eod.* adoptionem non tabulis licèt per tabellionem conficiendis, ſed ſollenni iuris ordine apud præſidem ſolere copulari, ſupple, Vel apud alium magiſtratum apud quem ſit plena legis actio ex *d. l. 1. & vlt. eod.* Item quod in *l. adoptio* 38. D. *eod.* adoptionem non iure factam à Principe confirmari poſſe.

L. adoptio 4. C. eod. l. adoptio 38. D. eod.

ILLATIO V.

De adoptione temporali.

QVintò ex eodem Principio fit quod Paulus ſcribit in *l. queſitum* 34. *D. hoc tit.* nullam eſſe actionem ſi tibi filium meum in adoptionem dederim hac lege, vt eundem poſt triennium mihi des in adoptionem. Nec enim moribus noſtris conuenit, vt inquit Paulus, temporalem filium habere. Senſus eſt adoptionem legis actionem eſſe, legem verò ſicuti perpetua eſt ita licèt agat aliquando in tempore ſcilicet in iis in quibus factum & miniſterium hominis requirit, nihil tamen vnquam facere ad tempus. Et verò abſurdum eſſet tempus quod non eſt legitimus modus finiendæ obligationis ab homine contractæ *l. obligationum ferè* 44. *§. placet* D. *de obligat. & actionib.* haberi tamen legitimum modum finiendæ adoptionis quam non homo, ſed lex ipſa fecerit.

L. queſitum 34. D. eod.

ILLAT. VI.

De dignitate per adoptionem augenda non minuenda.

SExtò ex eodem Principio fit vt per adoptionem dignitas non minuatur, ſed augeatur, ita vt ſiue Senator, ſiue Senatoris filius ſit is qui adoptatur à plebeio, nihilominus etiam poſt adoptionem remaneat Senator filiúſve Senatoris *l. per adoptionem* 35. *hoc tit.* Cùm enim adoptio nihil niſi legis actio ſit, abſurdum eſſet legem actione ſua tollere quod ipſa dediſſet, cuiuſmodi ſunt omnes quæ in republica ſunt dignitates. Multò minùs igitur tollet legis actio id quod natura ipſa dederit. Itaque alienæ ciuitatis ciui in adoptionem rectè dato non mutatur patria, ſed additur, ac propterea ius originis in bonorum ac munerum obſequio per adoptionem non minuitur, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. in adoptionem* 7. *C. eod.* Cui non diſſimiliter Papin. in *l. ordine* 15. *§. vl.* D. *ad municip.* Ius originis, inquit, in honoribus obeundis ac muneribus ſuſcipiendis adoptione non mutatur, ſed nouis quoque muneribus filius per adoptiuum patrem adſtringitur. Legis ſiquidem actio omnis liberalitas, & beneficentiâ eſt. Ad beneficentiam verò & liberalitatem pertinet, vt det illa non vt adimat, quemadmodum non ineleganter Iuſtin. ait *Nouell.* 81. *Conſtit. quæ dignit. cap. 2. in fin.*

L. per adoptionem 35. D. hoc tit.

L. in adoptionem 7. C. eod. L. ordine 15. §. vlt. D. ad municip.

Digitized by Google

ILLATIO VII.

De loco faciendæ adoptionis.

SEptimò ex eodē Principio fit vt & adoptari & emācipari filius à patre poſſit quocunque loco, id eſt non quidem apud quemlibet magiſtratum vel iudicem: vt hodie loquimur poſt Tribonianū, ſed in eo quoque loco in quo magiſtratus, apud quem legis actio eſt, nullam exerceat iuriſdictionem, puta apud Proconſulem in illa etiam prouincia quam ſortitus non ſit *l. emancipari 36. in princip. & §. 1. D. hoc tit.* Lex enim cùm vbique imperet non eget hoc, vel illo loco ad actionem ſuam exercendam: Indiget dūtaxat præſentia & honore magiſtratus, vt eam actionem cum dignitate poſſit exercere. Nec mirum videri debet, quod in *d. §. 1.* manumiſſio cū adoptione cōiungitur. Etſi enim ab adoptione in eo differt, quod manumiſſio, vt ſuprà diximus actus legitimus eſt, adoptio verò legis actio: in eo tamen conuenit quod quocumque loco fieri poteſt dummodo apud eū, qui talem habeat iuriſdictionem, id eſt vt apud eū poſſit manumiſſio fieri *l. 2. in prin. §. 1. D. de offic. Proconſ.* Eſt enim tam manumiſſio quàm adoptio iuriſdictionis, ſed volūtarię non cōtentioſæ. Vnde fit vt etiam apud ſeipſum poſſit magiſtratus apud quem legis actio eſt, & emancipare liberos ſuos & in adoptionem dare *l. magiſtratum 4. D. hoc tit.*

l. emancipari 36. in prin. & §. 1. D. hoc tit.

l. 2. in prin. & §. 1. D. de offic. Procon. l. magiſtratum 4. D. hoc tit.

ILLATIO VIII.

De adoptione quæ non iure facta ſit, à Principe confirmanda.

OCtauò ex eodē Principio fit vt adoptio non iure facta confirmari à Principe poſſit, vt ait Marcellus in *l. adoptio 38. hoc tit.* quia cùm ſit actio legis, & Princeps ſit ſupra leges, dubitari nequit, quin poſſit Princeps idipſum facere quod lex poteſt. Hactenus tamen intereſt an adoptio ritè ab initio facta ſit, an à Principe cōfirmetur, quod cùm adoptio ritè fit, non eſt neceſſaria in eā rē autoritas eorum inter quos agnationis iura conſequuntur *l. cùm adoptio 7. eo.* cùm verò adoptionis confirmatio fit à Principe, audiendi ſunt ij quorum intereſt *l. nam ita 39. eod.* quia iniquum eſſet Principem lędere ius agnatorum, quos adoptio ipſa ab initio non lęſiſſet, vt ſuprà diximus ad Princip. *l. illat. 21. arg. l. nec vitem 20. D. ex quib. cauſ. maior.*

l. adoptio 38. eod.

l. cùm adoptio 7. l. nam ita 39. eod.

ILLATIO IX.

De patre impugnante emancipationem filiæ non ritè à ſe factam.

NOnò ex eodem Principio fit quod Vlpianus ſcribit in *lege poſt mortem 25. D. hoc titu.* Poſt mortem filię quæ vt materfamilias quaſi iure emancipata vixerat, & teſtamento ſcriptis heredibus deceſſerat, patrem aduerſus factum ſuum quaſi non iure illam nec præſentibus teſtibus emancipaſſet, controuerſiam mouere prohiberi. Non enim rationem illam hoc habet, quod vt vulgo creditum eſt, nemini liceat contra factum ſuum venire, ſed quia cùm adoptio ſit legis actio non eſt permittendum patri, vt poſt filiæ mortem non tam filiæ quàm legi illuſiſſe videatur. Planè viua filia non prohibetur pater de emancipationis iure diſputare *l. 2. C. ſi aduerſ. rem iudic.* dummodò tamen ſciat incumbere ſibi onus probandi non

l. poſt mortem 25. D. eod.

l. 2. C. ſi aduerſ. rem iudic.

non ritè factam fuisse *l.ab ea parte 5.§.1.D.de proba.* licèt non minùs contra factum suum veniat qui viua filia quàm qui post eius mortem impugnat à se factam emancipationem.

L.ab ea parte 5.§.1. D. de probat.

ILLATIO X.

De emancipatione illius qui etiam ex Principis beneficio fuerat adoptatus.

DEcimò ex eodem Principio fit vt eum quem quis licèt ex beneficio Principis adoptauit, postea emancipatione sollẽni à familia sua separare minimè prohibeatur *l.adoptatum 9.C.hoc tit.* Nã cùm emancipatio nõ minùs quàm adoptio legis actio sit, nihil vetat vnam actionem legis per aliam dissolui, vel ex ipsa iuris regula quę habet vnumquodque dissolui debere eodem iure quo est colligatum *l.nihil tam naturale 35.De regul.iur.l.prout 80.D.de solut.*

L. adoptatũ 9.C. hoc tit.

ILLATIO XI.

De adoptionis commento.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt adoptionis commentum dixerit eleganter vt omnia solet Papin. noster in *l.fideicommissum 76.D.de condit. & demonstr.* vbi scribit fideicommissum ab aliquo relictum sub hac conditione *si sine liberis diem suum obierit* adoptionis commento non excludi, hoc est non ob id minùs deberi, quod ita grauatus liberos sibi per adoptionem quęsierit. An quòd liberi per adoptionem quæsiti non sint liberi? Minimè verò, cùm liberos & filiosfamilias non minùs adoptio faciat, quàm natura *l.1. D.hoc tit.* Sed quia quæsiti sunt per actionem legis non peractionẽ naturæ, ac proinde modò cõmentitio & fictitio magis quàm vero. Omnis enim legis actio fictio est, & commentum, sicut & omnia quæ iuris potestate inducuntur: licèt id quod ex illa legis actione fit, reuera subsistat, nec similiter fictitium & imaginarium dici possit. Nam & sic videmus hereditatem esse nomen iuris & fictionis non nisi iuris intellectũ habentis *l.hereditas 50.D.de hered.pet.* nec eo minùs tamen fieri per hereditatem, vt dominium rerum omnium hereditariarum sola legis potestate re vera nec tantùm fictitiè heredi acquiratur *§. vlt. Instit.de hered.qualit.&* differ. Sic & constituti clausula fictitius est modus trãsferendæ possessionis *l.quod meo 18.D.de acquir.pos.* eò tamen transfert procul dubio veram, & realem possessionẽ. Cur verò per huiusmodi liberos ex adoptione quæsitos fideicõmissi condicio non extinguatur, ratio illa est, quia non sit credibile de talibus liberis sensisse testatorem, sed de naturalibus tantùm. Siue quòd in condicionibus verba omnia naturaliter non ciuiliter sint accipienda *l.qui heredi 44.l.Maeuius 55.D.eod.tit.De condict.& demonst.l.heredibus 77. §.vlt.D.ad SC.Trebell.l.seruus decem 68.D.de solut.* Siue quòd absurdum fuerit in potestatem debitoris conferri an debeat necne *l.2.§.1.D.de eo quod cert.loc.* & an fideicommissi cõdicionem velit extinguere *l.nec ei 17.D.hoc tit.* Esset autem in potestate illius à quo relictum fideicommissum fuisse ponimus, fideicommissarium eludere per commentum adoptionis, si adoptiuos liberos reliquisse sufficeret ad extinguendam huius fideicommissi condicionem.

L.fideicommissum 76. D. de cond. & demonst.

Hereditas est nomẽ, & commẽtum iuris.

Clausula cõstituti modus est fictitius transferẽdæ veræ possessionis.

Cur liberi adoptiui nõ extinguant condicionem fideicommissi si relictum si sine liberis.

Digitized by Google

ILLATIO XII.

De adoptione facta per eum cui fuerat relictum in tempus liberorum.

L. si ita quis 51. §. vlt. de legat. 2.

DVodecimò & vltimò ex eodem Principio fit, vt is cui in tempus liberorũ aliquid relictum eſt, non poſſit adoptando conſequi legatum *l. ſi ita quis 51. §. vlt. De legat. 2.* Non quòd adoptiui quoque liberi appellatione liberorum iure ciuili non contineatur, ſed quia teſtamentorum verba naturaliter non ciuiliter accipi ſemper debeant, præſertim ad euitandum abſurdum illud quod per contrariam interpretationem eueniret, ſi in poteſtatem legatarij conferretur vt ex caſuali condicione faceret poteſtatiuam. Eſt enim in cuiuſque poteſtate, vt adoptiuos liberos ſibi quærat, non etiam vt naturales. Et ad hoc aliáque huiuſmodi reſpiciens Iuſtinianus in *§. in plurimis 8. Inſtit. hoc ti.* ſcribit, in plurimis cauſis eum qui adoptatus, veladrogatus eſt adſimilari ei qui ex legitimo matrimonio natus eſt, Vt intelligamus non adſimilari in omnibus cauſis, In iis ſcilicet in quibus rei veritate nõ fictione opus eſt. Quò etiam referri poteſt elegans illud Papiniani reſponſum in *l. filio 23. D. de liber. & poſt.* vbi ſcribit filio quem pater poſt emancipationem à ſe factam iterum adrogauit exheredationem antea ſcriptam nocere. Nam in omni ferè iuris parte, inquit, ſic obſeruari conuenit, vt veri patris adoptiuus filius numquam intelligatur, ne imagine adumbretur veritas naturæ: quaſi non tam in alienam familiam tranſlatus quod per adoptionem quamlibet aliàs fieri ſolet, quàm familiæ paternæ redditus videatur. Adeò, vt nec quicquam referre putet Papinianus quod ad propoſitum attinet an filij, an nepotis loco hunc filium exheredatum pater adrogauerit. Etſi enim referre ſolet an filij an verò nepotis iure quis cenſeatur, hic tamen certum eſt eandem eſſe perſonam quæ antea in familia fuerat, & quam exheredauerat pater, qui licèt poſtea hunc ipſum filium emancipauerit deinde aut in filij, aut in nepotis locum adrogauerit, nõ poteſt tamen videri receſſiſſe ab ea voluntate quam declarauerat in teſtamento cum quo tãdem decedere voluerit. Nec diſplicet quod ad eum locũ notat Bart. quando fictio & veritas tendunt ad vnum, fictionem non præualere veritati, ſed veritatem fictioni: licèt Papinianus totam rem hanc ſubtiliùs æſtimare videatur, cùm negat poſſe dici filium hunc adoptiuum veri patris ſui. Quaſi nulla hîc fictio admitti, aut induci poſſit obſtante veritate & poteſtate naturæ: Sicuti dicere ſolemus non poſſe in eadem perſona directas actiones & vtiles, quæ non niſi fictitiæ ſunt concurrere *l. ſi heres 70. D. ad SC. Treb.* nec rurſus duas obligationes quarum vna maior ſit, alia minor, quia ſemper maior tollit minorem *l. debitori 50. D. de fideiuſſ. l. ſi reus 13. D. de duob. reis.* Adiecit autem Papin. dictionem *ferè* ob ea quæ ſcripſimus ad Princ. *I. illata 28. in fin. ſup. fin. hoc tit.*

§. in plurimis 8. hoc ti.

L. filio 23. de liber. & poſt.

L. ſi heres 70. ad SC. Trebull.

L. debitori 50. D. de fideiuſſ. l. ſi reus 13. D. de duob. reis.

TIT.

TIT. XI.

Quib.mod.ius patr.poteſt,ſoluit.

PRINCIPIVM I.

De *patria poteſtate qua ſoluitur morte.*

MORTE *patrisfamilias ſoluitur patria poteſtas*, vt Iuſtin. initio huius tit.ſcribit, & aliis pene innumeris iuris locis cõprobari poteſt:Eleg.nter verò ex *l.mulier* 22. *verſ. Braſidas D.ad SC. Trebell.l.ſi ita eſſet* 15.D.*quand.dies legat.vel fideic. ced.* Ratio autem Principij huius non obſcura pendet ex eo quod vulgo iactari ſolet,Mortem ſoluere omnia:Nam ſi omnia,Ergo & patriam poteſtateſt.Quænã enim poſſit eſſe poteſtas hominis mortui qui nec amplius ſit homo?Cõſtat ſiquidem fieri per mortem,vt nullusiã ſit qui defunctus eſt,quãuis fuerit aliquãdo. Vnde & defuncti libertũ nullius libertũ dici adnotauimus ad *ti.De libertin.* Atqui tritũ eſt non entis nullas eſſe qualitates,nec poſſe patriam poteſtatem,aut quam aliam qualitatem vllam eſſe ſine ſubiecto *l. ſi Tituo* 22.*in princip.verſic.qui autem in rerum natura d.tit. quand. dies legat. ced.* Inde eſt quod morte cætera quoque omnia perinde amittũtur, vtputa dominiũ quod viuentis fuit, Ita vt defuncto patrefamilias omnes illius res quas viuus in dominio ſuo habuerat,in nullius bonis eſſe dicãtur *l.1.ſ.1.D.de rer.diuiſ.*propter quã cauſam poſſent naturali iure & ratione fieri primi occupãtis,niſi lex huius periculi metu induxiſſet fictionẽ hereditatis ad repręſentãdã perſonã defuncti vt res hereditarię nõ ſine dominò eſſe viderẽtur.*l.hereditas enim* 34.*l.hereditas in multis* 61.D.*de acq.rer.dom.*Multò magis poſſeſſio per mortẽ amittitur quæ tota facti eſt,aut ſaltẽ plurimùm facti habet *l.deniq.*19.*ex quib.cauſ.maior.* ſiue à ſedibus,ſiue à pedũ poſitione dictã velimus *l.1.D.de ac.poſ.*Licèt enim retineri poſſit ſine corpore,non tamẽ ſine animo qui porrò in homine defuncto nullus ſupereſt, idque adeò verum eſt, vt nec iuris fictione poſſeſſio defuncti in hereditatem ipſam quantumuis perſonam defuncti repræſentet continuari poſſit *l.* 1. *ſ. Scæuola D. ſi is qui teſtam. lib. eſſe iuſſ.* multominùs in heredem, qui idcirco non retinere poſſeſſionem dicitur quam defunctus habuit, ſed eam adipiſci *l. cùm heredes* 23.*D. de acquir. poſſeſſ. l.1.in princip. D.quod legat.* quamuis poſt adeptam ab herede poſſeſſionem iungatur ea poſſeſſio heredis cum poſſeſſione defuncti ad implendam vſucapionem, quæ ipſa iuris non facti eſt *l. cùm miles* 30. *in princip. D. ex quib. cauſ. maior.* Denique nihil omnino noſtrum eſſe aut in noſtra poteſtate, aut ad nos pertinere poteſt quod non voluntatis vinculo retineatur. Adeò pendent omnia ex voluntate. Atqui voluntas ipſa morte extinguitur, cùm is qui mortuus eſt, velle amplius non poſſit *l.ſi ita legatum* 65. *ſ. illi ſi volet De legat.* i. Mirum igitur non eſt morte diſſolui omnia, & cum cæteris omnibus patriam quoque poteſtatem. Hanc verò tantò magis quòd tota eſt iuris ciuilis & propria ciuium romanorum, vt diximus ad *titul. De patr.*

L.mulier22. verſ. Braſidas D. ad SC.Treb.l.ſi ita eſſet 15. D. quand. dies leg.ced.

L. ſi Titio 22.eod.

L.1. §.1. D. rer.diuiſ.

L.hereditas enim 34. l. hereditas in multis 61. De acq.rer. domin.

L.1.§.Scæuola D. ſi is qui teſt.lib. eſſ iuſſ. L cùm heredes 23.D.de acquir.poſſ. l.1.D. quod legat.

L.ſi ita legatum 65.§ illi ſi volet de leg.1.

Digitized by Google

poteſt. Non poteſt autem ciuis dici qui defunctus eſt cùm per mortem deſierit habere caput in ciuitate, in qua nec mortuum ſepeliri fas erat, vt non niſi per viuos homines ciuitatem totámque rempublicam viuere ac ſubſiſtere oſtenderetur. Nam & ſi qua alia ratione quàm morte deſiiſſet paterfamilias habere caput in ciuitate, intercidebat quoque ius patriæ poteſtatis, vt in ſequẽtibus dicemus. Et huc pertinet quod Vlp. ſcribit in *l. pronũciatio* 195. §. 2. *verſi. pater autem familias*, Cùm paterfamilias moritur quotquot capita ei ſubiecta fuerint incipere ſingulas familias habere. Singulos enim patrumfamilias & nomen & ius ſubire. Quod ipſum quid aliud eſt quàm liberari eos à patria poteſtate? Siquidem paterfamilias ille eſt, qui non ſolùm in alterius poteſtate non eſt, ſed & alios omnes qui in familia ſunt habet in ſua poteſtate, in ſumma qui in domo dominium habet, vt ibidem ſcribit Vlp. Addens, quod notandũ eſt, hoc nomine rectè appellari etiam pupillum & alium quemlibet tametſi filiũ nullum habeat. Non enim, inquit, ſolam eius perſonam, ſed & ius demonſtramus cùm patrem fam. appellamus. Cæterùm quamuis verum ſit patrisfamilias morte diſſolui reuera ius & vinculum patriæ poteſtatis, non tamen id vſque adeò abſolutè ac præcisè accipiendum eſt, vt non etiam poſt mortem aliqua ſuperſint veſtigia priſtinę poteſtatis: Et quidẽ quę ſuos effectus habeat & producat in annum vſque filij decimum quartum, quaſi per iuris fictionẽ producta in id vſque tẽpus patris vita, ne videatur pupillus eſſe ſine patre quandiu tueri ſeipſum per ætatem non poteſt. Hinc namque profectum eſt ius dandi tutoris, hinc ius etiam faciendæ pupillaris ſubſtitutionis, quod vtrumque decimiquarti anni fine concluditur. Quid enim aliud eſt tutor niſi vicarius quidã & vices gerens patris? Aut quid aliud poteſtas illa tutoris in capite libero, vt habet definitio tutelæ, niſi quædam imago & portio patriæ poteſtatis? Rurſum quonam obſecro colore induci moribus potuiſſet, vt impuberi filio in poteſtate cõſtituto heredẽ facere pater poſſet atque ita de alienis rebus cõtra legis 12. tab. verba diſponere, ſi nõ illud priùs fictione iuris admiſsũ fuiſſet, vt patria poteſtas etiã poſt patris mortẽ in id vſq; pubertatis tẽpus protraheretur? Quãdoquidẽ patria poteſtas, vt ſuo loco diſputauimus, ſola illa eſt quæ facit, vt patris, & filij vna eadémq; perſona eſſe exiſtimetur. Et cõſequẽter vt patris quoque & filij vnum ac idem patrimonium videri debeat: Quo admiſſo non tam de alienis rebus quàm de ſuis propriis diſponere pater creditur, qui filio ſuo impuberi dat ſubſtitutum pupillarem. Sanè poſt filij pubertatem nullum patriæ poteſtatis veſtigium ſupereſſe conſtat, quia neque neceſſe eſt, vt aliquod ſuperſit, cùm ex eo tempore poſſit ipſe filius, aut ſeipſum tueri, aut ſaltem adire magiſtratum, vt ab eo petat curatorem, cuius conſilio & fide gubernetur. Qua de cauſa placuit etiam tutelam finiri pubertate, vt dicemus ad *tit. Quib. mod. finit.* Nec poſſe patrem filio ſuo puberi quamuis in poteſtate conſtituto curatorem dare non magis quàm mater, aut alius quilibet poſſet *l. 1. §. vl. D. de confirm. tutor. l. penult. C. de teſtam. tutel. §. 1. Inſtit. de curat.* nec ſi pubes proponatur prodigus vel furioſus *l. ſi furioſo 16. in princip. & §. 1. D. de curat. furioſ.* vbi ſcriptum eſt eam dationem curatoris eſſe apud prætorem. Eſt enim perpetuum, vt ſicuti fictio iuris nunquam niſi ex neceſſitate inducitur, ita non niſi quatenus neceſſitas poſtulat, aut protrahatur, aut retineatur. Nulla autem neceſſitas eſt extendendæ patriæ poteſtatis vltra pupillares annos, neque ratione pupillaris ſubſtitutionis, cùm ab ea ætate poſſit pupillus ipſe

l. pronũciatio 195. §. 2. verſic. pater autem familias Dever. ſignific.

Ius dãdi tutoris & ſubſtituendi pupillariter filio impuberi vnde profectum ſit.

Cur tutela finiatur pubertate, nec poſſit pater filio puberi curatorem dare.

L. 1. §. vl. D. de confir. tu. l. pen. C. de teſta. tutel. l. ſi furioſo 16. in. princ. & §. 1. D. de curat. furio.

ipse iam factus pubes sibi facere testamentum *l. à qua ætate* 5. *D. qui testam. facer. poss. l. ex facto* 43. *De vulg. & pupill. substit.* Neque ratione administrationis cùm minor aut sibi sufficere, aut si petat, curatorem à prætore accipere possit. Planè differentia illa remanet inter patrem & alium quemlibet qui curatorem puberi dederit, quod qui à patre datus est omnimodo confirmari solet, id est etiam citra inquisitionem, Qui verò ab aliis non nisi cum inquisitione vt ad eum titulum De *curat.* fusiùs dicemus.

ILLATIO I.

De *libera bonorum paternorum administratione quam filius fam. nanciscitur mortuo patre.*

EX hoc Principio fit vt mortuo patre filiusfamilias liberam bonorum paternorum administrationem nanciscatur *l. in suis* 11. *D. de liber. & post.* Sola enim patria potestas illa est quæ impedit ne viuo patre possit filius de bonis paternis tanquam de suis liberè disponere. *L. in suis* 11. *D. de liber. & post.*

ILLATIO II.

De *nepote recidente in potestatem patris sui mortuo auo.*

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si quis filium in potestate habeat, & ex filio nepotem etiam in potestate, morte quidem ipsius tollatur patria potestas in filium qui reperitur sui iuris, sed tamen recidat nepos in patris sui potestatem, nec eo magis sui iuris factus videri possit vt in huius tit. initio Iustin. scribit post Vlpianum in *l. nepotes* 5. *D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* vbi ait illic nepotes ex filio solere mortuo auo recidere in filij potestatem, hoc est patris sui, simili modo & pronepotes & deinceps, vel in filij potestate si viuit & in familia mãsit, vel in eius parẽtis qui ante eos in potestate est, & hoc nõ tãtũ in naturalibus verùm in adoptiuis quoque iuris esse. Ratio est, quia solum ius patriæ potestatis quod habebat auus in proprium filiũ efficiebat, ne viuo auo nepos esset in filij eiusdémque patris sui potestate, cùm fieri nequeat vt alium in sua potestate habeat is qui non sit suæ potestatis *l. sic euenit* 21. *D. ad leg. Iul. de adult.* Non magis quàm vt aliquid possideat is qui ipse ab alio possidetur. *l. cùm heredes* 23. §. 1. *D. de acquir. poss.* Sublato igitur impedimento patriæ potestatis per mortem aui, supersit vt nihil prohibeat quominùs ipso iure filius nanciscatur ius patriæ potestatis in nepotem quem ex iustis nuptiis susceperit, Cùm ad inducendum ius potestatis nihil aliud requiratur, nisi vt liberi ex nuptiis iustis suscepti sint dummodò nihil aliud sit impedimento. Quam ob causam in proposita quoque specie etiam viuo auo nepos in sui patris potestate esset, si fieri posset vt vel in potestate sua alium habere posset ille qui in aliena esset, vel in duorum potestate simul & eodem tempore quis constitueretur: quod vtrumque impedimentum tollitur sublata per mortem aui patria ipsius potestate. Vt proinde quod eo primùm tempore filius filium suum in sua potestate habere incipit non fiat ex noua aliqua causa aut per formam acquisitionis noui iuris, sed tanquam per amotionem obstaculi, quod impediebat ne ius illud patriæ potestatis filio iam quæsitum in liberos suos ex iustis nuptijs

L. nepotes 5. *D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

L. sic euenit 21. *D. ad leg. Iul. de adult.*

Digitized by Google

exercere vires ſuas poſſet. Obſeruandum autem eſt huius nepotis ius quoddam ſingulare,in eo quod quandiu & patrem & auum habet, neque pater,neque auus ſubſtitutum pupillarem ei dare poteſt , Non auus quia licèt eum in ſua poteſtate habeat quandiu viuit,non poteſt tamen filij ſui ius lædere in cuius poteſtatem ſe defuncto nepos hic recaſurus eſt, *l. 2. in princip.* iis verbis *& deinceps ſi qui non recaſuri ſunt in patris poteſtatem. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* niſi miles proponatur qui in ſuis duntaxat bonis hunc nepotem inſtituere eique ſubſtitutum dare velit. Eſt enim hoc priuilegium militis cuiuſlibet ſiue paterfamilias ſiue filiusfamilias ille ſit , vt hereditati ſuæ qualem vult legem dicere poſſit dum ne alterius ius minuatur *l. cum filiusfamilias* 28. D. *de teſtament.milit.l.impuberi* 40. *D.de admin tutor.* Non rurſum pater , quia non habet filium ſuum in poteſtate quandiu auus viuit. Non poteſt autem ſubſtitutio pupillaris fieri niſi ab eo qui habeat impuberem in poteſtate *d. l. 2. De vulgar. & pupill.* Quamquam hoc quoque caſu illa etiam exceptio ſubiicienda eſt, Niſi ſit miles qui in ſuis duntaxat bonis filio ſuo velit ſubſtituere. Valebit enim ſubſtitutio,at non tanquam pupillaris,ſed tanquam militaris , Quomodo accipiendum puto,quod ſcriptum eſt in *d.l.cùm filiusfamilias , & in l. miles ita* 41. *§. penult.eod.tit.* De *teſtam.milit.* Non enim eadem ratio eſt huius militis quæ illius qui filio ſuo impuberi ſubſtituit pupillariter ea mente vt ad ſubſtitutum non alia bona peruenire velit quàm quæ à ſe ad filiũ inſtitutum peruenerint. De quo in *l. ſed ſi plures* 10. *§. ad ſubſtitutos De vulg. & pupill. ſubſtit.* Illa namque ſubſtitutio verè pupillaris eſt cũ ei facta ſit cui pupillariter ſubſtitui nihil prohibebat : Licèt ob militis priuilegium in eo differat à cæteris pupillaribus ſubſtitutionibus , quod non omnia pupilli bona comprehendit, ſed ea tantùm quæ habuit ille à patre. At quæ ſit ſiue ab auo ſiue à patre milite,nepoti in aui paterni poteſtate conſtituto , & poſt aui mortem in patris poteſtatem recaſuro,ſit ab eo qui pupillariter ſubſtituere nullomodo poteſt, Ne quidem ex priuilegio militari , quia priuilegium militis in eo conſiſtit non vt pupillariter poſſit ſubſtituere illi,cui ius commune ſubſtitutionem pupillarem fieri non patiatur,ſed vt cuilibet etiam maiori annis vigintiquinque poſſit militariter ſubſtituere,hoc eſt qualem velit hereditati ſuæ tam inſtituendo quàm ſubſtituendo legem dicere. Cùm verò pupillariter ſubſtituit ei cui etiam iure communi pupillariter ſubſtituere poſſet, verumtamen hac mente vt cætera filij bona non veniant in pupillarem ſubſtitutionem, pupillaris ſanè ſubſtitutio eſt,ſed tamen coniuncta cum militari, quippe quæ in conſequentiam priuilegij militaris quod pater habuit efficiat vt contra vulgares iuris communis regulas pupillus decedat pro parte bonorum teſtatus,pro parte verò inteſtatus. Tutelæ non eadem quæ hereditatis hac in re ratio eſt. Nam nec militem liberis recaſuris in poteſtatem tutorem dare poſſe à Diuis fratribus reſcriptum eſt *l. 2. D. de teſtament. tutel. dict. l. cum filiusfamilias.* Huiuſque diuerſitatis rationem duplicem,& vtramque perelegantem reddit Papin. in *d. l. impuberi.* Vnam illam,quòd non in aliis circa ſupremam voluntatem imperitiæ venia datur,quàm in bonis militum. Non autem de bonis ſuis diſponit miles qui dat filio tutorem,quia liberi noſtri quos ex iuſtis nuptiis ſuſcepimus in dominio noſtro non ſunt,ne tùm quidem cùm in poteſtate noſtra ſunt, Quanto minùs igitur ſi non in noſtra, ſed in parentis noſtri ſint poteſtate , aut ſi mortuis nobis in alterius recaſuri ſint poteſtatem? Alteram,quòd priuilegium illud

L. 2. in princip. De vul. & pupill. ſubſt.

L. cùm filiusfamilias 28. D. de teſtam. milit. l. miles ita 41. §. pen. eo. tit.

l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos de vulg. & pupill ſubſt.

Differentia tutelæ & hereditatis in perſona militis teſtatoris.

L. impuberi 40. D. de adm. tutor.

illud militis vt de bonis suis testetur quomodo velit & quomodo possit, vt loquitur *l.1.eod.tit.* De *testam.milit.* non nisi ob militiæ præmium militibus datum est sicut & cætera omnia, hoc est vt eo veluti præmio inuitarentur milites ad belli munia & pericula alacrius obeunda. Tutela verò inquit Papinianus, non ob militiæ præmium sed patriæ potestatis iure mandatur. Qui locus probat elegantissimè quod in huius Principij explicatione diximus non alio iure, vel iuris colore permitti patri vt filio suo impuberi tutorem det, quàm quòd patria potestas post mortem quoque patris in tempus quisque pubertatis per fictionem & interpretationem iuris extendatur, Cui tamen fictioni locus nullus relinquitur in persona eius post cuius mortem nepos recasurus sit in alterius potestatem, ne imagine & fictione ista, naturæ veritas adumbretur, vt ad finem *tit.præced.* dicebamus ex eodem Papiniano in *l.filio* 23. *in princip. De liber. & posthum.* Planè quod dicimus mortuo auo nepotem recidere in potestatem patris sui, constat ita accipiendum esse si sit nepos ex filio in potestate retento & superstite. Alioqui si ponas esse nepotem ex filio emancipato, aut filium quidem in aui potestate retentum, sed tamen auo viuo defunctum non poterit nepos iste auo moriente recidere in potestatem patris sui, qui vel iam decesserit, vel propriam familiam habeat diuersam omnino ab ea quæ fuit viuentis aui, & in qua nepos ex instanti mortis aui paterfamilias & consequenter sui iuris reperitur. Vt non obscurè hoc loco Tribonianus declarat. Quò etiam pertinet quod Modestinus scribit in *l. si pater filium* 41. *D.de adopt.* De cuius sententia scripsimus ad *Princip.* 1. *tituli superioris, illat.* 28. Et ob hoc fortasse Vlp. in *d.l.nepotes* 5. *De his qui sui vel alien. iur. sunt.* ita loquitur vt dicat nepotes ex filio solere mortuo auo recidere in patris sui potestatem, Vt insinuet esse id quidem regulare, sed tamen non semper contingere, Nimirum si filius ex quo nepos est defierit in familia aui esse siue per emancipationem, siue per mortem, siue denique per alium quemlibet ex iis modis quibus patriæ potestatis ius dissoluitur: Hoc enim casu quemadmodum nepos subit locum filij adeo vt fiat suus heres succedendo *§. sui autem infr. De hered. qualit. & differ.* Ita moriente auo necesse est vt fiat sui iuris, cùm alius nemo superstit qui eum anteuertat in eadem familia, & in cuius potestatem recidere possit. Excipiendus tamen vnus casus est, non quidem ex iuris ratione, sed ex Iustiniani constit. *Nouell.* 81. *cui tit. est Constit. quæ dign. & episcop. fil. liber. patr. potest cap.* 2. *§. illud quoque,* vbi constituit ille vt quisquis per dignitatem aliquam siue ecclesiasticam, siue secularem liberatur patria potestate legitima iura pristina intacta retineat, & inter cætera hoc ipsum nominatim vt non eo minùs ipsorum filij si quos iustos & legitimos habeant post auorum mortem in istorum recidant potestatem acsi patria potestate liberati non essent. Iure prorsus singulari vt nouus hic modus veteri iurisprudentiæ incognitus exuendæ patriæ potestatis, quò cæteris nobilior & illustrior est, eo maioribus & clarioribus priuilegijs decoretur.

L.1.D.de testam. milit.

L.si pater filium 41. *D. de adopt. L nepotes* 5. *D.de his qui sui vel alien.sur. sunt.*

Nouell.81. constit qua dignit.& episc.fil. lib. patr. potest. cap.2.§.illud quoque.

AD hoc Principium pertinent alia innumera quæ in iure nostro passim occurrunt quoties agitur de filiisfamilias per mortem patris à patria potestate liberatis, quale illud est vt possint facere testamentum, vt omnimodo sint capaces acquisitionis, & alia eiusmodi quæ omnia congerere longum & inutile esset. Hoc enim iuris Principium ex iis est quæ nullam omnino habere possunt dubitationem.

PRINCIPIVM II.

De secundo modo dissoluendæ patriæ potestatis per patris aut filij deportationem.

§. *cùm autem hoc tit.* L. *sunt quidam* 17. §. 1. D. *de pœn.*

PEr *deportationem siue in patrisfamilias, siue in filiisfamilias personæ contigerit dissoluitur ius patriæ potestatis.* §. *cùm autem hoc tit.* vbi rationem & apertam & elegantem Iustinianus reddit quòd per deportationem ciuitas amittatur. Qui enim deportati sunt ἀπόλιδες esse dicuntur, id est sine ciuitate *l. sunt quidam* 17. §. 1. *D. de pœn.* Successit siquidem deportatio in locum veteris illius interdictionis aquæ & ignis, de qua in §. *minor. infr. De capit. diminut.* iunct. *l. pen.* §. *vlt.* D. *de extraord. cognit. l.* 3. *D. ad leg. Iul. pecul. l.* 2. §. 1. D. *de pœn.* Nemo autem dubitat quin per illam aquæ & ignis interdictionem ciuitas amitteretur *dict.* §. *vlt. l. eius qui* 8. §. 1. D. *qui testam. facer. poss. l.* 1. §. *his quibus De legat.* 3. Ergo & per deportationem. *l. inter pœnas* 6. D. *de interd. & releg.* Vnde & ad peregrinitatem redactus dicitur, qui deportatus fuit *l. sed si hac lege* 10. §. *sed si per pœnam* D. *de in ius vocand. l.* 1. *C. de hered. instit.* Atqui patria potestas vt ipsius iam diximus iuris ciuilis est, fieri verò nequit vt amissa ciuitate non amittatur illa etiam omnia quæ sunt iuris ciuilis *d. l. sunt quidam* 17. *in fin. De pœn.* Patriam ergo potestatem dissolui per deportationem omnino consequens est. Idipsum verò alia etiam ratione probari potest quã idem quoque Iustinianus insinuare videtur, Illa nimirum quod vt superiore Principio dicebamus, morte soluitur patria potestas. Atqui is qui deportatur hoc ipso mori intelligitur cũ amittat ciuitatem desinátque habere caput in ciuitate. Id enim est quod Vlpianus scribit in *l. verum est* 63. §. *vlt.* D *pro socio* interire homines non solũ morte, sed etiam maxima & media capitis diminutione. Ergo patriam potestatem deportatione amitti omnino necesse est. Sed & bona deportati omnia per sententiam deportationis ipso iure publicantur & fisco vindicantur *l. deportatorum* 8. *C. de pœn.* eáque bonorum publicatio durior est quàm si principaliter & separatim ex qua alia causa infligeretur, cùm si non alia quàm publicationis pœna esset irrogata consequens fieret vt impetrata aduersus pœnam restitutio bona redderet, quod in restitutione deportato concessa falsum est vt dicemus ad *Princip. prox.* Sed & bona post deportationem quæsita etsi non pertinent ad fiscum viuo deportato, pertinent tamen eo mortuo cùm alium quàm fiscum successorem habere non possit *l. deportatus* 15. *D. de inter. & releg.* quod in alia simplici publicatione, diuersum est. Bona enim postea quæsita numquã ad fiscum ex ea condemnationis causa perueniunt. Neque refert patérne an filius fuerit deportatus. Quoties enim de patria potestate tractamus aut de alio iure quod sit legitimum & ciuile, vtrumque ciuem esse oportet, & eum qui ius illud exercet, & eum in quem exercetur, Alioqui deficit subiectum in quod exerceatur si non sit illud habile & capax eorum quæ sunt iuris ciuilis. Sicut & parum esset testatorem esse ciuem si heredem institueret eum qui esset peregrinus *d. l.* 1. *C. de hered. instit. d. l.* 1. §. *his quibus De legat.* 3. *l. sed si condicioni* 6. §. *solemus D. de hered. inst.* Aut è contrario heredem scriptum esse ciuem romanum si testator peregrinus & illegitimus proponeretur *l. sed si accepto* 32. D. *de iur. fisc.* vbi tamen quod scriptum est *idem ius eis seruandum* videtur mendosum

L. inter pœnas. 6. D. *de interd. & releg.*

L. sed si 10. §. *sed si per pœnam D. de in ius voc. l.* 1. *C. de hered. inst.*

L. verum 63. §. *vlt.* D. *pro socio.*

L. deportatorum 8. *C. de pœn.*

L. deportatus 15. *de inter. & releg.*

& pro *tit* legendum potius *her*. id est *heredibus*, & paulò pòst *haberent* pro *habent*. Nam ad obsidum heredes de quibus nihildum dictum fuerat ea clausula pertinet non ad obsides ipsos. Deportatos autem eos accipere debemus, quibus Princeps insulas adnotauit, vel de quibus deportandis scripsit. Cæterùm priùs quàm factum præsidis comprobet, nondum amisisse ciuitatem quis videtur. Proinde si antè decessisset ciuis decessisse videretur, Et fideicommissum quod antè reliquerat quàm sententiam pateretur valebit vt Vlp. tractat in *d.l.* 1. *§. deportatos de leg.* 3. De quo tamen plura dicemus ad *tit. De cap.min.* Sanè matris deportatio etiam quæ ante filij natiuitatem dummodo post conceptionem contigerit sicuti non nocet filio quominus & ingenuus & ciuis romanus nascatur, ita nec patri quominus filium hunc habeat in potestate *l. Imperator 18. D. de stat. hom.* iunct. *l. 4. C. de pœn.*

ILLATIO I.

De deportato filio qui non obstat nepoti.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt si quis filium habuerit, & ex eo nepotem, & filius siue emancipatus siue in potestate manens deportatus sit, nõ noceat nepoti, sed perinde vtroque casu nepos admittatur, propterea quòd deportatus mortui loco habeatur inquit Vlp. in *l. 1. §. filium* D. *de bonor. poss. contr. tab.* tantùm abest vt qui deportatus est remaneat capax patriæ potestatis siue actiuè siue passiuè.

l. 1. §. filium de bon. poss. contr. tabul.

ILLATIO II.

De patroni deportati filio petente bonorum possessionem liberti.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l. 4. §. si deportatus D. de bon. libert.* si deportatus patronus sit, filio eius competere bonorum possessionem in bona liberti, Nec ei esse impedimento talem patronum quippe qui mortui loco habeatur. Certum enim est non posse patroni liberos ius vllum habere in bonis liberti quandiu sunt illi in patris potestate.

l. 4. §. si deportatus De bon. libert.

Non est contrarium quod Papinianus respondit in *l. cùm pater 77. §. hereditatem De legat. 2.* si quis filiis suis vel cui ex his voluerit hereditatem cùm morietur restituere rogatus sit, & interea in insulam deportatus fuerit eligendi facultatem non esse pœna peremptam, nec fideicommissi condicionem ante mortem filii heredis existere: Quod & ex parte scriptum est ab Vlp. in *l. ex facto 17. §. si quis rogatus 2. D. ad SC. Trebell.* Nam quod ad primam responsi partem attinet, ea rationem illam habet, quòd deportatus non amittit quæ sunt facti, cùm nec ea quidem amittat quæ sunt iuris gentium, sed illa duntaxat quæ sunt iuris ciuilis *d. l. sunt quidam 17. §. vlt. De pœn. l. penult.* D. *de capit. minut.* Atqui eligere cui ex liberis fideicommmissum restitui quis velit facti est, & meræ voluntatis non iuris. Optima igitur ratione hanc eligendi facultatem pœna deportationis peremptam non esse placuit. Eam siquidem habet pater non tanquam paterfamilias & iure patriæ potestatis, sed tanqnam pater: Quandiu autem viuit, remanet pater naturalis etiam amissa patria potestate. Quod verò per deportationem & ante mortem filii non videtur extitisse condicio fideicommissi quod ille cùm moreretur restituere rogatus fuerat, ex eo fit quia deportatus licèt in plerisque pro mortuo habea-

L. cùm pater 77. §. hereditatem de legat. 2. L. ex facto 17. §. si quis rogatus ad SC. Trebel. Cur deportatus non amittat ius eligendi. Cur per deportationem non existat condicio, fideicommissi si post mortem relicti-

tur,non tamen in omnibus quandiu ex indulgentia Principis in integrum restitui potest,in eóque melioris condicionis est quàm in metallum damnatus, vt dicemus *Princip.seq.ex l.intercidit.* 59.*De condic. & demonstr.* Facit *l.Status Florus* 48.*§.vlt.* D.*de iur.fisc.*

PRINCIPIVM III.

De *potestate restitutionis ex indulgentia Principis concessa deportato.*

§.1.*hoc tit.* DEportatus *si ex indulgentia Principis in integrum restitutus sit,& patriam potestatem & cætera simul iura omnia pristina recuperat.§.1.hoc tit.* vbi quamuis ita Iustin.simpliciter & absolutè scribat,tamen non tam ad iuris rationem id referendum videtur , quàm ad constitutionem Imperatoris Constantini quæ extat in *l.vlt.§.vlt.C.de sentent.pass. & restit.* in illis perelegantibus verbis *Ideóque tantùm ad restitutionem indulgentia valeat quantum ad correctionem sententia valuit,vtque deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentiæ restitutio bonorum ac dignitatis , vno nomine amissorum omnium sit recuperatio: Et filij emancipationem à patribus,officijs petant,vt libertatem non damnationis sed lenitatis paternæ testem habeam.* Ante quam constitutionem ea proculdubio iuris veteris ratio erat,vt qui aduersus deportationem à Principe restitutus fuisset nec vt liberos in potestatem suam reciperet specialiter impetrasset,non ideo patriam potestatem recuperasse dici posset *l. si pater* 9. *eod.sit.* Multominùs verò pater cuius filius antea deportatus postea per indulgentiam Principis & patrio solo & præcedenti dignitati restitutus fuisset *l. in insulam* 6.*eod.* Facilius enim est vt is ipse qui restituitur iura sua recuperet,quàm vt per restitutionem ab alio impetratam,etsi sunt ista ferè in omnibus correlatiua.Iuris autem illius veteris ratio ea fuisse videtur,quòd restitutio non nisi contra eam pœnam quæ duraret ,) solet verò pœna manere etiam post mortem *l.2.* D.*de cadauer.punit.*)postulata & impetrata crederetur,non etiam contra eam pœnam quæ plenum suum effectum iam habuisset.Desinit enim esse pœna ex quo habuit effectum quod contingit ratione patriæ potestatis amissæ, itémq; ratione bonorum ex deportationis causa publicatorum, iámque fisco acquisitorum. Nam & quod ad deportati bona pertinebat ita ius erat , vt deportato qui in integrum restitutus fuisset restitui non deberent nisi speciale beneficiũ super hoc quoque fuisset impetratum *l.2.eod.tit.* quasi alioquin non tam restituto bona quàm à Principe,quod difficilius multò est,donata viderentur , nisi plenissima restitutio facta proponeretur , puta verbis illis generalissimis ab Imp.Antonino vsurpatis in *l.1.eod.V t autem scias quid sit in integrum restituere honoribus,& ordini tuo,& ceteris omnibus te restituo.* Qua formula etsi putarunt multi Imp.significasse hæc omnia solo *restituendi* verbo contineri , non tamen ita est.Plenissimam enim restitutionem facit eo loco non verbum solum *restituo*, sed adiectio illa *in integrum* cuius non alius sensus est quàm vt in plenum restitutio facta videatur.Nemóque non videt multò plus esse *in integrum restituere* quàm simpliciter *restituere*.Quare nec ex illo Imperatoris Antonini rescripto inferre possumus quamlibet restitutionem eũdem effectum habere debuisse,sed ita locutus fuit Imperator optimus , id est non tantùm adiectis verbis illis *in integrum* sed etiam subiecta eorum interpretatione, vt liberalitatem suam enixius testaretur,nec dubitationi locum relinqueret circa beneficij sui strictiorem,quæ haud dubiè facta fuisset,interpretationẽ. Hinc est quod olim

L. vlt §. vl. C. de sent. pass. & rest.

L si pater 9. eod.

L. in insulã 6. eod.

L.2.eod.

L.1.eod.

resti-

restituebatur,aliquando deportatus ita vt bona ei omnia restituerentur,aliquã do ita vt non nisi pars aliqua bonorum,aliquando vt nihil omnino *l.2.3. & 4. eod.* Quod si nihil dictum esset,non poterat videri prius dominium redintegratum,quod fisco semel pleno iure acquisitum fuisset *l.frustra* 8.*eo.* Quædam tamen erant quæ per indulgentiã quantumuis generalem concessa videri nũquam poterant,vt militia,vt integra atque illibata existimatio *l.generalis* 7. *eo.* Nam vt eleganter Impp.aiunt in *l.vlt.C.de gener.abolit.* indulgentia quos liberat notat,nec infamiam criminis tollit,sed tantùm pœnæ gratiam facit. *l.* 5. *C. Theod.de indulgent.* Indulgentiam enim Græcorum exemplo vocant, quã Latini restitutionem. Eodémque pertinet quod aulicus ille dicebat,Litturam semper manere,quæ nec nisi tunc fit cùm id agitur vt ipsa etiam culpa, si fieri possit,deleatur.

L.2.3.& 4. eod.
L *frustra* 8. eod.
L. *generalis* 7 eod.
L.vlt.C,de gen.abolit.
L.5.C.Theo. de indulg.

ILLATIO I.

De deportato non in omnibus absolutè ac simpliciter habendo pro mortuo.

EX hoc Principio illud fit primùm, vt qui deportatus est non possit in omnibus & absolutè haberi pro mortuo, quia in integrum restitui potest & quidem ita vt non tantùm à pœna se liberet,sed etiam pristina sua omnia iura recuperet *l.intercidit* 59. *D.de condic.& demonstr.* vbi Vlpianus postquam scripsit intercidere legatum si ea persona decesserit cui legatum fuerat sub conditione,subinde quærit, Quid ergo si non decesserit,sed in ciuitate esse desierit? Puta,inquit,alicui legatum si is Consul factus fuerit & is in insulam deportatus est. Numquid non interim extinguitur legatum, quia restitui in ciuitatem potest. Hoc verò probabilius arbitratur Vlpianus. Nec idem esse dicendum,si ea pœna in illum statuta fuerit, quæ irrogat seruitutem,puta si quis in metallum fuerit damnatus,quia,inquit, seruitus morti adsimilatur. Quid? inquies, Nonne & qui in metallum damnatus est, in ciuitatem restitui potest? Vtique *l.1.§.1.& l.vlt. D.de sentent.pass.& restit.d.l.2.& l.frustra* 8. *C. eod.* Sed huiusmodi restitutionem sperare non possumus,ita vt ea spes aliquem habere debeat effectum,quia cùm is qui in metallum damnatur non tantùm ciuitatem sed etiam libertatem amittat,exinde pro mortuo habetur,tanquam seruus pœnæ effectus *d.l.ex facto* 17.*§.si quis rogatus* 2.*D.ad SC.Trebell.*(iure scilicet vetere inspecto,nam hodie nemo à principio bene natus ex supplicio fit seruus *Novell.22.De nupt.cap.*8.*)* de mortuo autem sperari non potest quod à Principe restituendus sit cùm nec sit capax restitutionis.Nec ad rem pertinet si quis replicet reuera mortuũ hunc non esse,qui & reuera in integrum postea restitui possit Principe quandocumque ita volente.Etsi enim non nisi iuris fictio ista est,tamen imitatur veritatẽ,tantundémque valere debet in casu ficto, quantùm veritas valet in casu vero.In eo igitur melior condicio est deportati quàm in metallum damnati,quod in persona deportati spes futuræ restitutionis impedit ne pro mortuo haberi absolutè possit,quomodo habetur is qui in metallum damnatus fuit,sed secundum quid duntaxat,id est in iis demum quæ sunt iuris ciuilis:quorum ratione sicuti tam deportatus quàm qui in metallum damnatus est amittit ciuitatem,ita nec vlla inter eos differentia esse potest,at nec rursum in iis quæ sunt iuris prætorii cùm ius prætorium pars sit iuris ciuilis generaliter sumpto iuris ciuilis nomine,& hoc saltem cum iure ciuili commune habeat,quod non nisi ad ciues pertinet ob idque non magis quàm ius ciuile seruos agnoscit *l.nullomodo* 7.*D.de leg.Cornel.de falsi,l. qui testamento* 20. *§.seruus D.qui testam.facer.poss.*

L.intercidit 59. De cond. & demonst.

L.1.§.1.& l.vlt. D. de sentent.pas.

Novell.22. De nupt.ca. 8.

L.nullomodo 7.D.ad leg. Cornel. de fals.

ILLATIO II.

De illo qui post apertum testamentum deportatus fuit, deinde restitutus petit fideicommissum.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt is qui post apertum testamentum deportatus fuit, si idem postea restitutus sit, fideicommissum petere possit cuius condicio extiterit postquàm ille ciuitatem romanam recepit *l. eum qui post apertum* 104. *De condic. & demonstr.* Vbi notandum est quod lex ait *post apertum testamentum*. Nam si ante apertum testamentum decessisset aut deportatus fuisset fideicommissarius eo tempore quo lex Iulia Papia obtinebat, quæ caduca omnia fisco vindicabat, non posset de restitutione tractari postea in præiudicium fisci, cui ius quæsitum fuisset. Nec quicquam referret an deportatus fuisset fideicommissarius, an decessisset ante apertas tabulas, cùm lex Iulia Papia indistinctè applicaret fisco legata omnia iis relicta qui ante apertas tabulas vel decessissent vel capaces esse desiissent. Etsi verò non nisi de legatis locuta fuerat, tamen & fideicommissum & mortis causa donationem in legis Iuliæ Papiæ interpretatione legati appellatione contineri non ambigitur *l. & fideicommissum* 87. *De legat.* 3. quam ita esse accipiendam inscriptio ipsa demõstrat, Ne alioqui nimis euidenter falsa sit sententia si generalius intelligatur. Ex hoc autem apparet id quod proxima illatione diximus non intercidere legatum si ea persona fuerit deportata cui relictum fuerat sub condicione, ex *d. l. intercidit* 59. *eod. tit. De condic. & demonstr.* ita accipi oportere si deportatio contigerit post apertum testamentum non si antè. Nimirum ex iuris veteris ratione. Nam hodie sublata lege Iulia Papia de caducis per Iustiniani constitutionem in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* hæc quoque distinctio penitus sublata est, nec quicquam refert an post an verò ante apertum testamentum legatarius aut fideicommissarius deportatus sit, vel decesserit. Estque locus hic vnus ex iis quos Tribonianus in Pandectis per incuriam reliquit ad legem Iuliam Papiam pertinentes, cuius alioqui non nisi perpauca vestigia supersunt in iis prudentum responsis quæ hodie habemus. Sed & illud obseruandum est apud Paulum in *d. l. eum qui*, tractari de fideicõmisso cõdicionali, cuius condicio extiterit post concessam deportato indulgentiam & restitutionem. Vt intelligamus futurum alioqui si condicio post irrogatam deportationis pœnam & ante impetratam restitutionem contigisset, vt aliud dicendum foret, intercidere scilicet fideicommissum & ad fiscum irreuocabiliter pertinere, si non eo quoque nomine restitutio specialiter impetrata esset. Verum enim est quod ex hoc ipso loco probare interpretes solent, in condicionalibus dispositionibus inspiciendum esse præcipuè tempus existentis condicionis, præsertim cùm quæritur an capere quis possit *l. non oportet* 52. *de leg.* 2.

L. eum qui post apertũ 104. De condic. & demonst.

L. & fideicommissum 87. de leg. 3.

d. l. intercidit 59. De condic. & demonstr.

L. non oportet 52. de leg. 2.

ILLATIO III.

De patrono deportato & postea restituto ad liberti successionem admittendo.

TErtiò ex eodem Principio fit vt ad successionem liberti patronus qui & deportatus & restitutus fuit admittatur *l. 1. D. de sent. pass. & restit.* Sed etsi in metallum dãnatus restituatur, etsi maior dubitãdi ratio est, nũquid seruitus pœnæ

L. 1. D. de sentent. pas.

pœnę extinguat ius patronatus etiam poſt reſtitutionem, propterea quòd verum ſit hunc ſemel pro mortuo habitũ fuiſſe, vt diximus illat. 1. magis tamẽ eſt vt extinguatur ius patronatus, ſcilicet poſt reſtitutionẽ, id eſt vt reuiuiſcat per auxilũ reſtitutionis, vt Vlpianus ſubiungit in *d.l.1.* Nam cùm iura libertorum liberis ſalua conſeruentur etiã iis quorum pater reus perduellionis damnatus fuerit *l.4. D.de iu. pat.* cur nõ idẽ ius patrono reſtituetur, quãdoque poſteà reſtituto? Noli dicere ſola ea reſtitutionẽ generalẽ nõ ſolere reddere quę per cõdẽnationẽ fuerãt fiſco acquiſita, in quo numero non eſt ius patronatus. Ita nãq; ſequeretur reſtitutione aduerſus pœnã impetrata patriã quoq; poteſtatem quæ proculdubio nõ trãſit ad fiſcũ hoc ipſo reſtitutã videri debere, quod falsũ eſt *l. 6. & 9. C. de ſent. paſſ.* Ius patronatus hac parte fauorabilius eſt. Propter quã cauſam cùm inter eos patronos qui lege excipiũtur ne in liberti bonis vllũ iũs habeãt, cũ patronũ numeramus qui rei capitalis dãnatus ſit, ſubiicimus exceptionẽ *ſi reſtitutus non eſt l. filij* 9. §. 1. D. *de iur. patr.* vt intelligamus ſufficere illi quãliber reſtitutionem, nec requiri, vt ad hoc quoq; ius ſpecialiter fuerit reſtitutus, quod & generalius ſcriptum eſt in *l. ſiue patronus* 21. *D. de iur. patr. l. 3. §. ſi deportatus* 7. *De bon. libert.* Non poſſum autẽ videre cur Vlpiani ſententiã de dãnato in metalliũ in *d.l.1.* velint quidam referre ad libertum ipſum potiùs quàm ad patronũ condẽnatũ hoc ſenſu quaſi ſeruitus pœnæ contingens in perſona liberti non priuet patronũ iure ſuo, cùm prior pars legis ſit de patrono deportato & reſtituto, nec alia de cauſa ſubiiciatur quæſtio de ſeruo pœnę effecto, quàm quod in eo maior, vt diximus, dubitandi ratio eſſe videretur. Neq; verò fieri poteſt, vt dãnato in metallum liberto ius patronatus interim nõ intercidat, perinde acſi libertus hic deceſſiſſet, cùm ſeruitus pœnę morti adſimiletur, fieri autẽ nequeat, vt ſit quis & maneat patronus defuncti, quod & Vlp. ſignificat nõ obſcurè cùm vtitur verbo extinguendi. E cõtrario verò nõ poteſt res habere dubitationẽ quin reſtituto in integrũ liberto patronus ſaluũ ius patronatus in eũ inque bona ipſius habere debeat. Cur enim liberto id vnum prodeſſe debeat cõtra patronũ quod fuerit libertus ipſe aliquando in metallũ dãnatus? An non id eſſet protegere ſe pœna ſceleris contra patronũ, vt loquũtur Impp. in *l. ſi deportationis* 12. *C. de ſentent. paſſ.* Aut quomodo fieri poteſt, vt reſtitutio reddat liberto libertatẽ, quin hoc ipſo renouet memoriã beneficij quod idem ille à patrono ante dãnationẽ acceperat? An poſſet Princeps huic reddere libertatẽ ſi non eã priùs à domino eodémq; nunc patrono fuiſſet conſecutus? Fieri ergo nequit, vt hæc libertas reſtituatur liberto, quia patrono etiã ius patronat' reſtituatur. Eáque germana differentię ratio eſſe videtur inter ius patronatus, & ius patriæ poteſtatis quam conſtat nũquam ipſo iure reſtitutã intelligi, niſi ſpecialiter fuerit expreſſa *d.l. in inſulã* 6. *d.l. ſi pater* 9. *C. de ſent. paſſ.* quia nimirũ nihil vetat eſſe quẽ liberũ, aut ciuem romanũ etiamſi liberos ſuos non habeat in poteſtate. At fieri nequit, vt à Principe libertatem repetat is qui aliquãdo ſeruus meus fuit, quin à me prius habuerit libertatem ac proinde quin hoc ipſo meũ ſe libertũ eſſe fateatur (Alia ratio eſt ſerui mei qui in metallum damnatus ſit, poſteáque ab ea pœna liberatus. Nõ enim per huius indulgentię occaſionem dominium meũ prius redintegratur *l. fruſtra* 8. *eo. ti. C. de ſent. paſſ.* ſed fit ille ſeruus Cæſaris ex ſeruo pœnę, quaſi nihil mea intereſſe videatur, cui iã ſeruus hic per pœnã ablatus fuerat, & in quo dominiũ nullũ poſſem obtẽdere ſi ſeruus pœnę manſiſſet *arg. l. poſtliminiũ* 19. *§. ſi ſtatuliber D. de cap. & poſtli.*)

L. 4. D. de iur. patrem.

L. filij 9. §. 1. l. ſiue patronus 21. D. de iur. patr. l. ſi deportatus 7. D. de bon. libert.

L. ſi deportationis 12. C. de ſent. paſſ.

Erit ergo Vlp. sententia in *d.l.1. De sentent. pass.* multò elegantior, & de re magis dubitabili si ad patronum quàm si ad libertum damnatum referatur, quia nimirum difficilius est, vt ei succurri debeat qui proprio quàm qui alieno delicto ius suum amisit, quamuis vtroque casu idem iuris sit *d. l. sine patronus* 21. *De iur. patr.*

ILLATIO IV.

De obligatione æris alieni in quam recidit deportatus si postea sit restitutus.

QVartò ex eodē Principio fit vt si deportatus restitutus non solùm dignitatem & patriam sine qua dignitas nulla esse potest, sed etiam bona sua cum dignitatis restitutione recuperauerit, hoc ipso intelligitur obligatus suis creditoribus quibus ante deportationem fuerat obstrictus. Qua enim fronte auderet ille se protegere pœna sceleris sui contra iustos creditores? *d.l. si deportationis* 12. *C. de sentent. pass.* Fuit quidem ille per pœnam deportationis liberatus ab onere totius æris alieni præcedentis *l. si debuor* 3. *eod.* quia cùm obligatio sit iuris vinculum, vt ex ipsius definitione apparet, iuris inquam ciuilis, si de obligatione ciuili agamus qualem esse necesse est eam ex qua dari actio possit, non potest fieri, vt ciuiliter obligatus intelligatur is, qui amiserit ciuitatem. Adeò vt si ponas ciuitatem amisisse debitorem qui nihilominùs ex indulgentia Principis bona sua detineat, non nisi vtilibus actionibus conueniri possit, vt Vlp. scribit in *l. relegatus* 14. D. *in fin.* D. *de interd. & releg.* Sed tamen restitutis bonis cum ciuitate nulla ratio est, cur non quoque pristinæ obligationes omnes tam actiuæ quàm passiuæ restituantur. Adeò vt nec necessariæ sint hoc casu vtiles actiones cùm directæ competant, vt Papinianus respondit in *l. penult.* D. *de sentent. pass.* Sed &, si ponas deportatum eundémque restitutum, cùm ei oblata esset facultas à Principe bona quoque sua recuperandi, maluisse tamen ea derelinquere, non tamen id assequetur, vt exuat se iis actionibus quibus ante sententiam fuerat subiectus, vt eleganter Vlpia. ait in *l. 2. in fin. eod. tit.* quia scilicet nihil interest an bona sua quis per restitutionem receperit, an per eum steterit, ne reciperet *l. qui potest facere* 174. *De regul. iur.* Cur verò ad restituendas in hunc debitorem restitutum actiones, non sufficit quòd in ciuitatem ipsam fuerit restitutus? Cur bonorum quoque restitutionem ei factam fuisse requirimus, si nihil aliud obligationes extinxerat nisi quod debitor ciuis esse desiisset? Id enim est quod ait Scæuola in *l. seruus* 30. *De oblig. & action.* seruum effectum scilicet pœnæ non idcirco quod postea indulgentia Principis libertatem consecutus sit rediisse dici in obligationem creditorum, Quasi dicat, quantum ad hanc rem attinet parum esse quod libertatem receperit, si non receperit etiam bona. Quanquam & si bona quoque sua cum libertate recepisset, non eo magis rediret in obligationem creditorum, vt iis ipso iure directisque actionibus teneretur, sed vtilibus duntaxat, quemadmodum in sequentibus dicemus.

L. si deportationis 12. l. 3. C. de sent. pass. l. pen. l. 2. D. eod.

L. relegatus 14 in fin. D. de inter. & releg.

L. seruus 30. D. de oblig. & action.

Respondendum est, amissionem ciuitatis esse quidem præcipuam causam dissoluendarum obligationum quibus deportatus debitor ante sententiā tenebatur, sed non solam. Non enim sola iuris ratio facit pro misero & egeno debitore ne possit iuris ciuilis vinculo manere obstrictus is qui ciuis esse desiit, sed etiam

ſed etiã ratio æquitatis & miſerationis, quòd iniquũ ſit actionem aliquã in eũ dari cui bona ſunt ablata *l.vlt.§.vlt.*D.*quæ in fraud.cred.*vbi tamen obſeruãdũ eſt quod elegãter monet Iureconſultus, hãc iniquitatẽ nõ tã ex eo naſci quòd emolumẽtũ actionis nullũ eſſe poſſit in eũ qui bonis exutus eſt,quàm quia per pœnã bona ſua amiſerit,& ad id vnum reſpicere prętorẽ,cùm fraudatorẽ poſt bonorũ venditionem quã in fraudis ſuę pœnam paſſus ſit,ex antegeſto teneri nõ patitur.Ideóque ſi bona ſua diſperdidiſſet etiã quæ nulla reſtitutione recuperare poſſet,nõ eo minùs tamẽ prętorẽ daturum in eum actionem. An ob id fortaſſe quod æquius ſit ei fauere & ſuccurrere cui per pœnã bona ſunt ablata, quàm qui alio modo bonorũ ſuorũ iacturam fecerit? Ita eſt, At non fauore illius qui pœnã ſui delicti paſſus eſt,(nec enim id Papinianus vnquã admitteret *l.Papinianus 20.verſ.ſed quod idem D.de minor.*)quin potiùs contẽplatione & fauore legis quæ in pœnam delicti ademit bona,Ne alioqui futurum ſit,vt nimis inhumana &crudelis videatur ſi eũ cui bona omnia abſtulit,nihilominùs à creditoribus ſuis cõueniri patiatur. In legis autẽ arbitrio poſitũ id eſſe an & quando is qui obligatus aliàs fuit deſinat eſſe obligatus, mirũ non eſt,cùm obligationes ciuiles,earúmque exercitiũ,id eſt actiones omnes ſint ex lege.Hoc verò ius liberandi per deportationẽ debitoris ab omni ære alieno quod ante ſententiã cõtraxerat,non tantùm ex ciuitatis,ſed etiam ex bonorum omnium amiſſione proficiſci,ex eo poteſt intelligi quod iam diximus,ſi quis amitteret ciuitatem retentis bonis,manſurum tamen cum obſtrictum vtilibus actionibus,quia deficiente ratione iuris quæ directas actiones dare poſſet, non deficeret tamen æquitas,ex qua potiſſimùm vtiles actiones æſtimari ſolent.Ergo è contrariò,ſi is qui amiſſis cum ciuitate bonis omnibus deſiit ſemel conueniri vnquam poſſe,ſiue directis,ſiue vtilibus actionibus,poſtea in integrum reſtitutus ciuitatem duntaxat nõ etiam bona recuperet,iuris quidẽ ratio facere videtur vt priſtinis actionibus ſaltem vtilibus cõueniri poſſit,ſi nihil aliud actionẽ extinxiſſet,niſi quod ille & debitor & ciuis ſimul eſſe deſiiſſet,Sed cùm duplex ratio ſuerit extinguẽdæ obligationis,vna ciuitatis amiſſio,alia bonorũ,nec minùs hæc quàm illa inducat legis poteſtatem, vt non tantùm æquitatis & miſerationis ratione, ſed etiam ipſo iure obligatio extingueretur. Planè conſequens eſt, vt ſola ciuitatis reſtitutio non poſſit reſtituere obligationem & actionem ne quidem vtilem niſi bona etiam reſtituãtur. Ita vt ſi pars duntaxat bonorum reſtituta ſit,non niſi pro rata portione onus ęris alieni in reſtitutionis conſequentiam reuiuiſcat.*l.3.& 4.C.de ſentent paſſ.* Quam ob cauſam Papin.in *d.l.pen.*De *ſent.paſſ.*ita loquitur *cum eo qui debitor quondam fuit*, vt appareat debitorẽ amplius dici non poſſe illũ cui bona omnia cũ ciuitate adẽpta ſint, id eſt nõ magis in effectu actione aliqua conueniri poſſe quàm ſi debitor nũquã fuiſſet. Dices obligationẽ ſemel extinctã reuiuiſcere poſtea numquam poſſe *l.qui res* 98.*§.ream D.de ſolut.*Reſpondeo non tam hic omninò & abſolutè quàm interim extinctam fuiſſe,hoc eſt manente pœna cùm nec alia ratione videatur extincta quàm propter pœnam. Itaque ceſſaſſe potiùs videtur quàm extincta fuiſſe,vt Paulus loquitur in *d.§. ream verſ. diuerſum*, vbi tractat de ſeruo promiſſo qui ab hoſtibus captus fuerit, quem ſicut non poteſt negari factum eſſe reuera ſeruum hoſtium, ita nec dubitari quin non potuerit remanere in obligatione quandiu ſeruus hoſtium manſit *l.liber homo* 103. *D.de verb. oblig. l.id quod apud hoſtes* 9. *De legat.* 1. Sic igitur

L.vlt.§.vl. D. quæ in fraud.credit.

d.l.pen. D. de ſent.paſſ.

L. qui res 98.§.ream D. de ſolut.

L. liber homo 103. *de verb. oblig.*

& in propoſito quandiu deportationis pœna manet cuius pars eſt bonorum amiſſio non tam obligationem omnino extinctam eſſe dicendum eſt, quàm interim ceſſare ſi poſtea contingat pœnam illam non eſſe perpetuam, ſed extingui conceſſa reſtitutione. Sed & reſponderi poteſt, Nõ eſſe nouum, aut abſurdum, vt obligatio quę ſolius legis poteſtate fuerit etiam in totum ſi voles extincta eiuſdem legis poteſtate per contrarium actum reuiuiſcat, id eſt per in integrum reſtitutionem quę condemnationis vim & memoriam extinguat. Reſtitutis enim cũ ciuitate bonis omnibus, nullus omnino color ſubeſt excludendorum creditorum quaſi agant ſine actione niſi fortè reſtituto hoc quoque indulgere volumus, vt ſe pœna & infamia ſui ſceleris tneatur, quod vtiq; non modò abſurdum, ſed etiam improbum eſſet *d.l.*12.C.*de ſent.paſſ.* Prior tamen ſententia magis arridet, vt obligationes durante pœna non tam extinctæ eſſe quàm ceſſare videantur, Alioqui ſi reſtitutæ eſſent & reſtituторię, ſequeretur vtiles non directas dici debere, vt & cæteras omnes quæ ex æquitate aliqua ſiue iuris poteſtate, ſiue officio iudicis reſtituũ ur. Et tamen Papiniano placet in *d.l.*3. non vtiles eas eſſe quæ creditoribus poſt reſtitutionem competũt, ſed directas. Quò etiã pertinet quod Vlp. in *d.l.*2.*eo.ti.* De *ſent.paſſ.* ita ſcribit *actionibus exuere ſe quibus ante ſententiam ſubiectus fuerat non poterit.* Significans nõ obſcurè actiones quę poſt reſtitutionem creditoribus dãtur eaſdem illas ipſas numero eſſe obligationes quæ fuerant ante condemnationem. Nam ſi eſſent extinctæ non de veteribus exuendis, ſed de nouis non ſuſcipiendis tractari oporteret. Neque verò vnquam auditum eſt pœnam eſſe iuſtum modum tollẽdæ obligationis, vt nec immunitatis alterius concedendæ *l. relegatorum* 7. *§. vlt. D. de interd. & releg.* Sed excipienda tamen videtur pœna per quam ſeruitus irrogatur. Hæc enim fieri non poteſt, quin ipſo iure obligationem extinguat, non tanquam pœna, ſed tanquam mors cui aſſimilatur *l. intercidit* 59. *in fi. de condic. & demonſt. l. antep. De reg. iur.* Qui enim fit ſeruus non ſolũ mori hoc ipſo intelligitur, ſed etiam ſine herede quo etiam caſu obligatio ipſo iure extinguitur *l.*1. *§. idem Pomponius* 14. *D. depoſ. l. Stichũ* 95. *§.*1. *in fi. De ſolut. l.* 5. *in prin. D. vt legat. ſeru. cauſ. caueat.* Quò item pertinet quod ſcriptum eſt in *d.l. ſeruus* 30. De *obl. & action.* vbi tractatur de eo qui ſeruus pœnæ factus ſit & libertati ſuæ poſtea reſtitutus. Quamquam ſi poneres in ea ſpecie bonorum quoque factam reſtitutionem, dubitandum non eſſet quin reſtitutus priſtinis actionibus conueniri poſſet, non quidem directis, ſed vtilibus. Sic enim accipio *l. tutor* 4. C. *de ſentent paſſ.* Nam directæ eſſe nequeunt quæ ſemel extinctæ fuerunt, nec proinde eædem numero reſtituuntur. Extinguendi autem verbo hac in re vtitur etiam Vlpian. in *l.*1. §.1. D. *eod. titu. de ſentent. paſſ.* Nec repugnat ſuperioribus quod in eiuſdem legis 2. initio ſcriptum eſt à Papin. Si deportatus reſtitutus dignitatem quidem indulgẽtia Principis recuperauerit in ſua bona non ſit reſtitutus, nec à creditoribus, nec publico nomine conueniri eum poſſe. Id enim nõ tam ad ius quàm ad effectũ actionis pertinet, id eſt non eum ſenſum habet, quaſi nulla actio competat ipſo iure, ſed hunc potiùs vt quamuis competat exerceri tamen nullomodo poſſit, nimirum quia non poteſt exerceri, niſi impetretur, nec impetrari niſi detur à prætore cuius eſt tanquam miniſtri iuris ciuilis actiones omnes quantũuis ipſo iure cõpetentes vel cõcedere petẽtibus, vel denegare *l. neceſſarius* 57. D. *de ac. hered.* Prętor autẽ nũquam patietur cõueniri eum cui videat omnia bona per pœnam eſſe ablata

d.l. vlt.

d.l.vlt.§.vlt.D.quæ in fraud.credit.l.7.§.vlt.de cap. minut. restituta licèt sit persona debitoris contra pœnam,ni fuerit ille in sua quoque bona omnia restitutus.Quo etiam modo& sensu dicimus eum qui bonis cessit,neque agere,neque conueniri posse *l.item si vnus* 17.*D.de recept.qui arbitr.*cùm tamen constet ex ea causa non tam extingui actionem quàm induci exceptionem ad actionē elidendam *l.1.C.qui bon.ced.pos.l.3.C.de bon.auctor.iudic.possid.§.vlt.Instit.de replicat.*Immò nec si restitutus impetrauerit à Principe vt sibi liceat aliquid possidere etiam ex pristinis suis bonis, eo magis tamen vllatenus poterit conueniri *l.si debitor* 3.*C.de sent.pass.& restit.*quia hoc casu neque potest dici restituta ei fuisse bona,neque bonorum partē vllam, cùm certa res licèt sit ex bonis,nō ideò tamen constituat partem bonorum.Bona enim cùm dicimus vniuersitatem intelligimus,id est tale aliquid quod sit iuris quodque in iure non in corpore consistat,vt & cùm dicimus hereditatem *l.3.in prin.& §.1.De bonor.poss.* Omnium autem eorum quæ in iure consistunt proprium illud est, vt partes habeant homogeneas,id est eiusdem naturæ & quæ etiam iuris sint,& incorporales non eterogeneas & quæ sint corporales,vt in hereditate cernere est *l.interdū* 13.*§.1.l.seruum* 50.*§.vlt.de her.inst.l.quamuis* 14.*si quis emiss.caus.liber.* Nam & ratio propter quam is cui bona restituta sunt,vel in totum,vel pro parte,incipit rursum teneri suis creditoribus saltem vtilibus actionibus illa est,nō quia bona cùm dicimus ea intelligere solemus quæ supersunt inducto ære alieno *l.mulier* 72.*De iur.dot.l.subsignatum* 39.*§.1.De ver.signific.*(nō enim esset quod de actionibus vllis tractari posset si bonorum restitutio non nisi deducto ære alieno facta esse intelligeretur quamquam & hoc sensu certum est non posse deduci æs alienum ex re certa, & singulari *l.cogi* 16.*§.in de quartur 3. ad SC. Trebell.*)Sed quia ne ante restitutionem posset damnatus cōueniri,faciebat nō tantùm ratio iuris,verùm etiam æquitatis quòd ille non modò ciuitatem,aut etiam libertatem,sed & bona sua omnia amisisset, vt suprà diximus ex *d.l.vlt. in fin.quæ in fraud.credit.*Idque ex eo apparet quod si amissa ciuitate bona retinuisset nihilominùs vtilibus actionibus conueniri potuisset *d.l.14.in fin.de interd.& releg.*ergo restitutis ei bonis,siue in totum,siue pro parte,vtiles actiones restitui æquum est, Scilicet ex æquitate contraria illi quæ faciebat ne bonis suis spoliatus actione vlla conueniri posset. Porrò non aliter æquitas hæc resurgit quàm si restituta sint bona, vel pars bonorum,quia nec res aliqua singularis fuerat ablata,sed vniuersitas bonorum. Alioqui restituto etiam fundo aliquo non eo minùs verum est manere pœnam quę antea fuit irrogata ademptionis bonorum. De actionibus,quæ ipsi deportato ante deportationem cōpetebant aduersus suos debitores minùs dubitari potest. Certum enim est nō perimi eas per pœnam deportationis,sed remanere in causa bonorum publicatorum,vt loquitur *l.si ademptis* 5.*C.eod.tit.De sentent.pass.* & consequenter, vel remanere apud fiscum si restitutio facta sit ciuitatis duntaxat non etiā bonorum, vel ad restitutum cum cęteris bonis redire,si bona quoque omnia restituta proponantur:quod nō similiter de ære alieno dici potest,quod cùm sit alienum,vtique non potest esse in bonis condemnati, nec per publicationem bonorum transire ad fiscum, vt possit fiscus à creditoribus delinquentis conueniri.An ergo iacturam patientur creditores si fortè,vel nulla, vel minùs plena,id est sine bonis restitutio facta sit? Minimè. Nunquam enim ad fiscū pertinere bona vlla possunt,nisi quæ creditoribus superfutura sint,id est quæ fu-

tura sint reliqua post dimissos creditores *l. non possunt* 11. D. *de iur. fisc.* vbi rationem Iavolenus reddit, quia id bonorum cuiusque esse intelligatur, quod æri alieno supereſt. Idque est quod dici solet non prius fisco pœnam esse petendam, quàm creditores suum recuperauerint, scilicet, vt priuilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non autem vt ius commune priuatorum fiscus amittat si fortè sit ille quoque ex creditoribus, & ex anterioribus quemadmodum interpretatur Papin. in *l. quod placuit* 37. *l. Stratius* 48. *§. vlt. eod.* Qui etiam sensus est *tit. C. pœn. fiscal. credit. præferr. lib.* 10. *tit.* 7. in cuius tamen lege vnic. vereor ne mendum sit in illis verbis *sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est*, lengēdúmque potiùs ni fallor *furti* pro *fisci*. Tractat enim illa lex, vt sequentia demonstrant de condemnatione facta ex causa furti manifesti quæ lege 12. tab. constituta est quadrupli *§. pœna Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.* sed ita tamen vt in quadruplo illo insit simplum quo rei persecutio significatur *l. in furti* 50. *D. de furt.* Sensus igitur est furti quidem persecutionem in sortis quantitate, id est in simplo potiorem esse fisco, sed non in triplo quod pœnæ nomine debetur, quia sicut creditor in eo quod suum persequitur, potior est, ita & fiscus in pœna. Et verò si ita legas, vt fisci persecutio potior sit, quæro quibus erit potior? An aliis creditoribus? Atqui hoc falsum est si fiscus ipse non sit creditor. At neque sufficiet esse creditorem nisi sit etiam anterior, quo casu non iure fisci, sed iure communi tanquam alius creditor quilibet præfertur. Quid rursum iuxta hanc interpretationem commune haberet lex cum suo titulo? Quid denique sibi vellent quæ sequuntur de triplo? At cùm titulus ostendat agi de creditore qui in eo quod est creditor præferendus sit pœnis fiscalibus, optimè quadrabunt omnia si ponamus creditorem, cui quadruplum ex furti condemnatione debebatur, cum fisco contendere, Eámque legis sententiam esse, vt in triplo propria forma seruetur, id est iure suo fiscus vtatur & ratione pœnæ sibi adiudicatæ præferatur, in simplo verò postponatur. Facillimè autem potuit hoc mendum nasci ex similitudine dictionum, *furti* & *fisci*.

ILLATIO V.

De tutore in metallum damnato & restituto.

Ex tutor 4. C. de sentent. pass. & restit.

QVintò ex eodem Principio sit quod scriptum est in *l. tutor* 4. C. *de sent. pass. & restit.* tutorem in metallum damnatum, & postea ex indulgentia generali regressum, quanquam locupletior sit, tamen actione tutelæ administratæ non aliter teneri quàm si ex gratia sententiæ facta specialiter statū pristinum cum bonis omnibus recuperauerit. Restitutio enim & quidem quæ plenissima sit, id est quæ bona quoque comprehendat sola illa est, quæ facit, vt condemnatus post restitutionem conueniri vtiliter possit, id est vtili actione non directa. Sic enim locum hunc accipiendum esse iam diximus & probauimus illatione præcedente. Quod verò lex ait *quamquam locupletior sit* ostendit apertè, actionem quæ faciat, vt contra eum cui bona adempta sunt actio dari minimè debeat, non illā esse quòd non possit non inutilis esse actio quā debitoris inopia excludat *l. nam is.* 6. *D. de dolo* (cessaret enim ratio hæc in tutore ito qui post restitutionem locupletior aliunde factus esset) sed illam potiùs

quod

quod cùm per amissionem bonorum suorum pœnæ nomine irrogatam fuerit semel liberatus, eáque pœna non eo minus etiamnum duret, quod aliunde locupletior sit, ea lẽ semper æquitas subest quę mouere prętorẽ debeat ne illũ cui bona omnia per pœnam adempta esse videat à creditoribus suis conueniri patiatur, vt superiore illatione disputauimus ex *l. vlt. §. vlt. D. quæ in fraud. cred.* *l. tutelæ 7. §. vlt. D. de capit. minut.* Vnde est quod si tutoris istius bona non ob pœnã, sed ob pecuniam debitam à fisco occupata essent, nõ eo minus maneret ille cum suis fideiussoribus propriis creditoribus obligatus *l. 3. in fin. C. eod. tit. De sentent. pass.* Sicut & de illo dici solet, qui cùm soluendo non esset bonis cessit creditoribus suis *§. vlt. Inst. de replicat.* iunct. *d. l. C. qui bon. ceder. poss. l. 4. C. de bon. author. iudic. possid.*

L. vlt. §. vl. quæ in fraud. credit.

L. 3. in fin. C. de sent. pass.

ILLATIO VI.

De restituto aduersus deportationem factam ex annotatione Præsidis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt qui ex Principis indulgentia reuersus est ad lares suos vereri non debeat ne ex annotatione Præsidis quæ iam abolita sit calumniam patiatur *l. cùm indulgentia 10. C. de sentent. pass.* vbi ratio dubitandi illa erat, quod restitutio fuerat impetrata contra deportationem. Præses autem non deportauerat, sed vt fieri olim moris erat, adnotauerat deportandum *l. inter pœnas 6. §. 1. D. de interd. & relegat.* quo loco Vlpianus refert Prę sides prouinciarum deportandi ius non habuisse. Itaque non videbatur hic restitutus contra factum Præsidis, hoc est contra factam ab ipso adnotationem, quæ proinde etiam post impetratam restitutionem aliquam prioris infamiæ maculam retinere credi poterat, saltem, vt calumniæ materiam ei præbere posset qui restitutum hunc lacessere voluisset. Verùm lex ait non esse hoc verendum, nec dubitandum quin abolita per indulgentiam deportatione ipsa quoque præsidis adnotatio abolita sit quæ deportationem præcesserat, & deportationis faciendæ causam præbuerat.

L. cùm indulgentia 10. C. de sentent. pass. & restit.

L. inter pœnas 6 §. 1. D. de inter. & releg.

ILLATIO VII.

De vetere lite quæ deportationem præcesserat post restitutionem repetenda.

SEptimò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. casus 11. eod tit. C. de sentent. pass.* Casum eius qui fundi mouerat quæstionem, ac postea fuerat deportatus si ex benignitate ac indulgentia Principis impetrauerit restitutionem cum bonis, pristinum causæ statum non immutasse, id est, non posse facere, vt ei necesse sit nouam litem instituere quasi priore per deportationem mortua, vt loquitur *l. 2. D. iudic. solui.* sed perinde cœptam litem prosequi eum posse acsi deportatio nulla intercessisset. Ex vi scilicet naturáque restitutionis quæ omnia redintegrat in pristinum statum quotiescumque tam plena est, vt etiam bona cæteráque vniuersa comprehendat. Propter quam causam illa etiam in integrum restitutio quæ non à Principe, vt hæc de qua agimus, sed à Prætore alióve magistratu impetratur, nihil aliud esse dicitur, quàm redintegrandæ rei, vel causæ actio, vt Paulus definit

L. casus 11. C. de sentẽt. pass.

Lis mortua.

Restitutio in integrũ prætoria.

lib.1.sententi.tit.7.De integr.restit. facit *l.1.& 2.C.si adverſ. tranſact.* Quò etiam alludunt Imperatores in *d.l.fruſtra* 8.C.*de ſent.paſſ.* in illis verbis. *Per huiuſmodi enim indulgentiæ occaſionem integrari dominium prius non placuit.*

l. fruſtra 8. C.de ſenten. paſſ.

ILLATIO VIII.

De reſtitutione patriæ poteſtatis amiſſæ per deportationem.

l. vlt. eod. tit.

OCtauò ex eodem Principio ſit quod Conſtantinus Imp.cõſtituit in *l.vlt. eo.tit.* vt ſi patri deportato dignitas ac bona reſtituta ſint, hoc ipſo patriæ quoq; poteſtas reſtituta intelligatur, etſi nulla illius ſpecialis mentio facta proponatur. Quæ fuit iam olim Papiniani ſententia ab Vlpiano tam ei & Paulo in notis quas ad Papinianum ſcripſerunt, vt idem Conſtant. refert, improbata. Nam cùm aliquando ex facto contigiſſet, vt patris ita reſtituti filius teſtamentum feciſſet tanquam qui per patris deportationem ſemel à patria poteſtate liberatus, nec in eam poſtea reuerſus fuiſſet, putabant Vlpianus & Paulus valere teſtamentum vrpote à patrefamilias factum, Papinianus verò contra non valere, quaſi quod non ab alio quàm à filiofamilias factum dici poſſet. Pro Vlpiano & Paulo illud faciebat quòd reſtitutio dignitatis & bonorum nihil niſi dignitatem & bona redderet reſtituto, Patri vero poteſtas, neque dignitas, neque bonorum appellatione contineatur. Alioqui dicẽdum eſſet minorem dignitatem, aut minùs dignitatis habere patrem poſteaquàm filium emancipauerit quàm antea habuiſſet quod falſum eſt. Itémque locupletiorẽ videri patrem qui filium familias habet, quod tamen multominùs dici poteſt, cùm nec locupletior factus dicatur ille qui libertũ adquiſiit *l.nemo prædo eſt* 126.§.1.*De regul.iur.l.precia rerum* 63.*in fin.D.ad leg.falcid.* non alia vtique ratione quàm quòd tam filiusfamilias quàm libertus liber ſit, homo autem liber in cuiuſquam bonis & dominio haberi non poſſit, at ne quidem in commercio eſſe *l.1.§.ſi id quod* D.*de oblig.& act.l.liber homo* 103.*De verb. obligat.* Quàm autem ſtrictè accipiendum ſit beneficium reſtitutionis ex eo apparet quod in eã nũquam veniunt bona ſi non de iis quoque nominatim & ſpecialiter actum ſit, quod nec Papinianus ipſe negaret, Sicut neq; dubitare quiſquam poſſet quin facta patriæ & dignitatis non etiam bonorum reſtitutione, patria poteſtas reſtituta nõ diceretur *d.l.ſi pater* 9.C.*de ſent.paſſ.* Cur ergo ob id magis repetita videbitur, quod bonorum quoque mentio facta ſit cùm bonorum appellatione non contineatur? In eámque rem extat perelegans eiuſdem Papiniani reſponſum in *l.impuberi* 40.D.*de adminatator.* vbi ait ille nullum eſſe priuilegiũ militis in dando tutore, quia militum imperitiæ venia detur, tũc tantùm cùm de bonis ſuis teſtantur, tutela autem non ob militiæ præmium, inquit, ſed iure patriæ poteſtatis mandatur. Quibus verbis an nõ manifeſtiſſimè ſignificat patriam poteſtatem eſſe quid merè perſonale, quod bonis adnumerari nullomodo poſſit? Sed tamen pro Papiniano illud valde facit quòd non modò durum, ſed etiam abſurdum videatur ei cui patria, cui ciuitas, cui dignitas, cui bona omnia reſtituta ſint, non reſtitui patriam in liberos ſuos poteſtatem, quam ſi non habeant, nullos iure ciuili filios habere videatur, cùm ius ciuile non alios quàm qui filiifamilias ſint pro filiis agnoſcat. Tantóque magis amplectenda eſt Papiniani hæc ſententia, quòd non tantùm patri fauorabilis eſt, ſed etiam filio.

Papiniani ab Vlpiano & Paulo diſſenſio.

l. ſi pater 9. eod. tit.

l. impuberi 40. D. de admin. tut.

filio cuius quoque interest reuerti in patriam potestatem & sui heredis iura quæ per patris deportationem amiserat, recuperare vt supra pluribus disputauimus suo loco, id est ad *tit. De patr. pot.* Igitur Papiniani sententiam quasi benigniorem & fauorabiliorem amplectitur Constantinus, sancitque vt filius sit in potestate patris cui dignitas ac bona restituta sunt. Ita tamen, inquit lex, vt gesta per filium cuius consilia ætas legitima firmauerat rata sint, eodem in patriam potestatem redeunte, ne alioqui eorum rescissio efficiat, quod maximè absurdum fuerit, vt eodem tempore nec in sua, nec in patris sui potestate filius fuisse videatur. Quæ exceptio ad ea confirmanda pertinet, quæ patris pœna durante filius in ciuitate gesserit & perfecerit; Non etiam ad testamentum si quod filius interim fecisse proponatur. Quantumuis enim factum sit eo tempore quo filius erat sui iuris sublata per deportationem patria potestate, non eo magis tamen fieri potest vt valeat reuerso quandoque filio in potestatem, cùm mortis præcipuè tempus spectandum sit, quo demum tempore testamenta omnia per legem confirmantur, fieri autem nequeat vt filiusfamilias quisquam decedat cum testamento. Neque verò disputatum fuerat inter Iureconsultos de testamento quod filius fecisset sui iuris cõstituturus, sed, vt prima legis verba habent, quod fecisset *patre remeante*, id est suis laribus & bonis omnibus iam restituto. At illud difficilius videtur, quam ætatem legitimam Constantinus intelligat, An incipientis pubertatis, an completi anni vicesimi quinti. Sequitur enim *minores enim ætate* & paullò pòst *annisque minoris dispendia suis ipse damnis præstet*. Quo minoris nomine certum est in legibus nostris eum significari, qui pubes quidem sit, sed tamen annum vicesimumquintum nondum compleuerit vt in *tot. tit. De minor. & de integr. restit. minor.* At in contrarium vt minorem pro impubere dixerit Constant. illud mouet, quod sequentia ostendunt tractari de eo minore cui post patris deportationem datus fuerit tutor, qui porrò non nisi impuberi dari & solet & potest. Item quod non aliis quàm impuberibus iure prohibitum est ne quicquam agere possint, cùm placeat puberes non solùm si curatorem nullum habeant, qui casus multò minùs dubitabilis est, sed etiam si habeant, sine curatoribus suis, rectè obligari *l. puberes* 101. *De verb. obligat.* vt puta nuptias contrahere *l. sciendum* 20. D. *de rit. nupt.* accipere solutionem *l. ait prætor* 7. §. 1. D. *de minor.* deferre iusiurandum *l. nam posteaquàm* 9. §. *si minor* D. *de iureiur.* hereditatem adire *l. cum in vna* 17. §. *tutor D. de appellat.* aditámque restituere *l. 1. §. curatori* D. *ad SC. Trebell.* Denique etiam vendere dum ne habeat curatorem *l. 3. C. de in integ. restit. minor.* Ergo verius est minorem pro impubere dici à Constantino, Sicut è cõtrario plerúmque pupillum dicimus pro adulto qui pupillus aliquando fuerit, vt pupillam pro puella cáque adulta dixit Iurec. in *dict. l. sciendum* D. *de rit. nupt.* De pupillæ siquidem nuptiis certum est tractari non posse quandiu in ea ætate est. *l. minorem* 4. *eod. tit.* Neque verendum est, ne hæc nostra interpretatio damno afficiat minorem qui fortè in illa ætate per inconsultam facilitatem & leuitatem gerendis negotiis fuerit deceptus. Nihil enim aliud agimus cùm Constantino, nisi vt ea quæ minor in ciuitate gesserit patre deportato non rescindantur ipso iure, sed illa duntaxat quæ nec si patrem nullum hic filius habuisset ipso tamen iure valere potuissent. Cæterùm non excludit ea res beneficium restitutionis si fortè pater reuersus patriæque potestati restitutus, velit aduersus ea quæ filius damnosè gesserit impetrare ex edicto prætoris restitu-

De testamẽto facto per filiumfamilias durante deportatione patris postea restituti.

d. l. vlt. C. de sentent. pass.

L. puberes 101. *De ver. oblig.*

Minor sine curatore suo multa facere, testi.

L. sciendum D. de rit. nupt.

tionem in integrum, quæ & ipsi filio competijsset si sui iuris mansisset. Quidni enim idem auxilium competet patri cuius iam incipit interesse & de ipsius re agi non de re filij ex quo instanti recuperauit & bona sua omnia & patriā potestatem? *l. 3. §. Pomponius, adiucit 9. l. patri pro filio 27. D. de minor.* Itaque in iubitatum est si non de alijs bonis filius absente ac deportato patre contraxisse proponatur quàm quæ fuerant patris, & ad reuersum patrem reuerti debeant: cùm in ijs patre reuerso nullum sit ius filij sed totum patris, cui proinde non tam filij quàm suo proprio nomine restitutionis auxilium contra minores, & decepti filij factum superesse debet. Sed si filius de bonis aliunde sibi quæsitis contraxisse proponatur, puta de bonis maternis, quorum iam tùm facti erant capaces filifamilias ex alia eiusdem Constantini constitutione quæ extat in *l. 1. Cod. de bon. matern.* non poterit pater nomine proprio impetrare restitutionem sed nomine filij tantùm at non ipse filius patre consentiente & quidem autoritatem præstante, quia ad solum patrem pertinet actiones & suscipere & mouere, adhibito tamen filij consensu nisi ille vel in prima ætate sit, id est in infantia vel longè absit vt ait Iustin. in *l. vltim. §. vbi autem in vnum C. de bon. quæ liber.* Quòd si filius impubes aliquid contraxerit absente & deportato patre, id vel ipso iure nullum est si factum sit sine tutoris autoritate, vel ipso iure valet si tutoris autoritas interuenerit, Peræquè tamen restitutionis auxilium patri competet ex causa læsionis si filius læsus probetur: Nam & idem remedium exerceri posset à tutore nomine pupilli: *tot. tit. Cod. si tut. vel curat. interuen.* Cur non ergo & ab ipso patre siue suo, siue filij sui nomine cùm sit ille plus quàm tutor, qui est pater. Tutor enim non nisi vice patris est, vt pupilli & personam & patrimonium tueatur, & augeat, quod patris officium esse addit Constantinus in *dict. l. vltim.* vbi hanc ob causam constituit vt si damnato patre tutor datus sit filio impuberi, necesse sit ab officio suo illum recedere, regresso patre quem non solùm nomine redire, sed etiam officium suum, inquit, nulla prauitate corruptum liberis præbere oporteat vt eorum bona tueatur, & augeat. Nam si patria potestate ad eorum pendi atque effundendi patrimonij licentiam abutatur non vult Constantinus committi pecuniam, id est bona filiorum tali patri tanquam furioso, dementi ac prodigo libidinum omnium vitiorúmque seruo, quin potiùs repellatur ab administratione, vt in specie *l. imperator 50. D. ad SC. Trebell.* neque tutor esse desinat is qui anteà fuerat, id est absente & deportato manente isto patre. In quo tamen mirum sanè illud est, & à regula iuris omnino alienum, quòd hic filius in patris sui quantumcunque prodigi & furiosi potestate constitutus, tutorem nihilominùs habere possit in cuius quoque sit potestate. Ita namque fit, vt simul & eodem tempore sit in potestate duorum quod non magis fieri potest, quàm vt ex duorum patrum iustis nuptiis quæsitus videri possit, cùm ius potestatis in caput liberum, proficiscatur ex iustis nuptijs: potestas autem tutoris quæ non ex iustis nuptijs sed vel ex patris voluntate, vel ex magistratus autoritate nascitur, non nisi vicaria est patriæ potestatis, & ob eam causam cum ea concurrere nunquam potest. Qua ratione defendi meo iudicio non malè posse Constantinum hoc in loco minùs propriè tutoris nomen vsurpare pro administratore, ne alioqui fatendum sit tam absurdam rem ab eo constitutam fuisse vt quis in patris potestate est, nihilominùs habeat tutorem: Cùm ne quidem ei qui sine patre est, si tamen iam habeat tutorem, alius tutor dari possit

sed

L. 3. §. Pomponius adiucit 9. l. patri pro filio 27. D. de minor.

L. 1 C de bon. matern.

L. vlt. §. vbi autem in vnum C. de bon. quæ lib.

d l. vlt. C. de sentent. pass.

l. Imperator 50. D. ad SC. Trebell.

Tutoris nomen sumptum pro administratore.

sed curator tantùm si quid sit ad quod iam dari tutoris autoritas sufficere non possit, aut in alterius non idonei locum alius idoneus substitui *l.4.& tot. tit.C. in quib.caus.tutor.hab.* At ei qui patrem furiosum vel prodigum habet, quamuis non eo minùs in patris sui potestate retineatur, nihil prohibet dari administratorem quandoquidem longè differt ius potestatis à iure administrationis *d.l.sciendum* 20.D.*de rit.nupt.d.l.vlt.vers sin autem in secunda C. de bon.quæ liber.* Sed & illud valde nouum & singulare est quod ibidem Constantinus præcipit, vt pater qui post restitutionem à se impetratam contra pœnam deportationis, malè ac impiè filii sui rem administrauit, omnia filij dispendia suis ipse damnis præstare sarciréque debeat. Non enim potest ius patriæ potestatis pati, vt pater quantumuis prodigus & dissipator, patrisve bona filio pro administratione sint obligata *l.cùm oportet* 6.*§ non autem hypothecam* C. *de bon. quæ liber.d.l.Imperator* 50. *ad Trebell.* Sed quamquam id à iuris ratione alienum est, potuit tamen Constantinus pro arbitrio lædere ac imminuere ius patriæ potestatis, quam ipse liberaliter tum etiam cùm restituta verè non fuerit, pro restituta habet, & interpretatur. Cætera quæ in eadem constitutione sequuntur, nullam habent difficultatem.

L. cùm oportet 6. §. non autem hypothecam C. de bon. quæ liber.

ILLATIO IX.

De *muliere damnata in metallum & restituta post filium editum quem prius in eo statu conceperat.*

NOnò ex eodem Principio fit quod Paulus scribit in *l.vltim. D. eod. tit. De sent.pass.* in metallum damnatæ mulieri quæ filium quem priùs concepe-rat in eo statu edidit, si deinde à Principe restituta sit etiam cognationis iura restituta videri, Dubitandi enim ratio erat, quia non potest restitutio reddere quod numquam amissum fuerit, In proposita verò specie iura cognationis minimè amissa fuisse videantur per damnationem in metallum, cùm eo tempore nõdum cœpissent. *l.Titio vsufructus* 96. *D.de condic. & demonstr.* Siquidem cognationis iura vt nomen ipsum demonstrat, non nisi à natiuitate incipiunt *l.1.§.1.D.vnd.cognat.l.4.§.1. D. de gradib. & adfin.* Non potuerunt autem hîc incipere à natiuitate filij qui eo tempore natus est quo mater iam pro mortua habebatur propter condemnationem, atque ita per ipsam quoque rerum naturam erat incapax contrahendæ cognationis; Cùm ad constituenda cognationis iura necesse sit & eum qui cognatus sit & eum cui sit viuere vtrumque, vt relatio duobus extremis contineatur, sine quibus nec intellectu percipi potest *d.l.1.§.si quis proximior in fin.* D.*vnd cogn.l.Titius* 6.D.*de suis & legit.* Sed tamẽ humanius est vt Paulus ait, cognationis quoque iura huic mulieri restituta videri, ne quemadmodum in præcedenti illatione pro Papin. dicebamus, alioqui eueniat vt mulieri cui cætera omnia & pretiosissima & vilissima quæque restituũtur, solus filius eripiatur. Dicet aliquis nõ esse necesse vt ad hanc humanitatis rationẽ cõfugiam: sicũ ad cognationis iura cõstituenda sufficiat eum qui cognatus sit conceptũ esse viuo eo cui cognatus fiat *l.vel viuo 7.eod.tit. De suis & legit.* Respondeo id verè dici quoties in care fauor versatur eius qui in vtero fuit, quoniã qui in vtero sunt pro natis habẽtur, quoties de ipsorũ cõmodis agitur, puta vt iure sui heredis vel agnationis vel cognationis succedere possint *l.qui in vtero 7.l.26. D.de stat. homin.* vel vt ingenui existimentur *l.5.§.ingenuus.l.Imperator* 18.*D.de stat.hom.* Aliud enim esset si post dãnationẽ in metallũ.

L. vlt. D. de sent. pass.

L. vel viuo 7. D. de suis & legit.

Digitized

conceptus quis proponeretur ex ea, quæ iam serua pœnæ facta esset. Nam & hic quoque seruus nasceretur *l. generaliter* 24. §. *ex damnata* D. *de fideic. libert.* At in proposito non agimus de fauore filij qui damnationis tempore fuerat conceptus, sed de fauore matris quæ post conceptionem damnata fuerat in metallum, Cuius vtique intuitu illud recipi non potest vt filius priusquàm natus fuerit habendus sit pro eo acti natus fuisset. Replicabis fortasse, immo verò necessariam esse hanc fictionem ne alioqui ex muliere iam mortua filius natus existimetur. Sed respondeo nil esse necesse vt ob eam rem fictio inducatur, cùm nec per rerum naturam impossibile sit, vt ex matre iam mortua filius producatur in lucem, vt in iis euenit qui ex cæso matris vtero viui trahuntur, qui & ideò posthumorum loco habentur *l. posthumus* 6. *in fin. princ.* D. *de inoff. test. l. quod dicitur* 12. D. *de liber. & post.* Sic & aliquando euenit quod magis mirum est vt filius sine vllo patre natus esse intelligatur vt in eleganti specie *l.* 1. C. *de postlim.*

L. 1. C. de postlim.

ILLATIO. X.

De codicillis factis à deportato in insulam, & postea restituto.

DEcimò ex eodem Principio fit vt si quis in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, & indulgentia Principis restitutus iisdem codicillis durantibus decesserit, possit defendi valere fideicommissum si in eadem voluntate duranerit *l. 1. §. si quis planè De legat* 3. Nempe propter vim & potestatem restitutionis, iuncto codicillorum iure, quod tale est vt nullas requirant illi iuris sollennitates, sed nuda contenti sint voluntate illius qui codicillos facit. Itaque aliud esset in testamento si quod deportationis tempore factum proponeretur. Non enim conualesceret per impetratam postea restitutionem, quia testamentum non quælibet, nudáque sed iusta & sollennis est voluntatis nostræ sententia *l. 1. D. qui testam. facer. poss.* Inter cæteras verò sollennitates vna illa necessaria est vt ab eo factum sit testamentum qui vtroque tempore & testamenti & mortis habuerit factionem testamenti *l. eius qui* 8. *eod. tit. ut.* Restitutio autem non potest facere vt testator testamenti factionem habuerit eo tempore quo testamentum fecit, cùm esset tunc deportatus, quia sicuti restitutio non facit quin deportatio reuera præcesserit, quam è contrario præcessisse supponit *l. vlt.* C. *de gener. abolit.* ita nec facere potest quin verum semper sit factum fuisse testamentum eo tempore quo pœna deportationis durabat, & consequenter quo testamenti factionem habere testator non poterat. Sicut & postliminij fictio, quæ plus potest quàm restitutio, quia tota meri iuris est, licèt faciat vt ciuis captus ab hostibus si in ciuitatem redierit, semper in ciuitate fuisse nec vnquam ab hostibus captus fuisse retrofingatur, facere tamen non potest vt conualescat testamentum quod factum fuerat apud hostes, vt eleganter & apertè scriptum est in *d. l. eius qui*, Nimirum quoniam retrofictio illa hoc ipso quod coniungit instans reditus cum instanti captiuitatis, facit potiùs vt testamentum quod apud hostes factum reuera fuit, numquam factum fuisse videri debeat, tanquam scilicet factum eo tempore quod numquam fuerit, aut vt dicam verius, cuius memoria per hanc postliminij fictionem penitus deleatur.

L. 1. §. si quis planè de legat. 3.

Differentia inter testamentum, & codicillos.

L. eius qui 8. qui testa. facer. poss.

PRIN.

PRINCIPIVM IIII.

De relegatis.

RElegati ſicut ciuitatem retinent, ita & cum ciuitate patriam poteſtatem, Et è contrario ſi patris in ciuitate manentis liberi relegati ſint, remanent in parentum ſuorum poteſtate. *§. relegati hoc tit. l. relegati* 4. D. *de interd. & releg.* vbi Marcianus ſcribit, relegatos in inſulam in poteſtate ſua liberos retinere, quia, inquit, & alia iura ſua omnia retinent. Tantùm enim eis inſula egredi non licet. Immò quod magis eſt bona quoque ſua retinent, quæ tamen nihil prohiberet amitti retenta ciuitate, vt olim amittebantur ante Traiani reſcriptum quod extat in *l.* 1. *eod. tit.* in hæc verba Scio relegatorum bona auaritia ſuperiorum temporum fiſco vindicata : Sed aliud clementiæ meæ conuenit, qui inter cætera quibus innocentiam retinui meorum temporum (ſic enim locum illum emendo qui aliter conſtrui non poteſt) hoc quoque remiſi exemplum. Quibus verbis videtur Imperator optimus luſiſſe in antitheſi quæ eſt in verbis illis *retinui*, *remiſi*. Non enim potuit meliùs retinere ſuorum temporum innocentiam, quàm ea remittendo quæ priorum imperatorum auaritia malo exemplo in rempublicam inuexerat. Hoc tamen reſcriptum ita accipiendum eſt vt hodie relegationis pœnam non concomitetur neceſſariò, quomodo olim, pœna publicationis, & ademptionis bonorum, non etiam ita, vti ne poſſint hodie quoque adimi bona relegato ſi delicti grauiùs ita exigere videatur. Poſſunt enim adimi ſaltem pro parte quomodo accipienduin eſt quod ſcriptum leginus in *l. deportatorum* 8. *C. de pœn.* Eorum ſcilicet qui non ad tempus, ſed in perpetuum relegati ſunt vt Marcianus tradit in *dict. l.* 4. Nam cùm & ad tempus & in perpetuum relegari quis poſſit, illud quidem vtrique relegationi commune eſt, quod relegatus perinde ciuitatem romanam retinet, & teſtamenti factionem non amittit, ſed tamen differentia illa eſt, quòd in perpetuum relegatis pars bonorum adimi poteſt, non etiam iis qui ad tempus *l. relegatorum* 7. *§. ſiue ad tempus & ſeq. eod. tit.* vbi ſcribit Vlpianus reprehenſas fuiſſe ſententias eorum qui ad tempus relegatis partẽ quoque bonorũ ademerunt, ſic tamen, inquit, vt nõ ideo infirmarẽtur ſententiæ, quæ ita eſſent prolatæ. Quippe quę nõ apertè & directò cõtra leges, reſcriptáve Principũ latæ dici poſſent vt in *l. ſi expreſſim* 19. *D. de appell. l.* 1. *§. itẽ cũ cõtra* D. *quæ ſent ſin. appell. reſcind.* Non enim reſcripta Imperatorum ſic concepta ſunt vt prohibeant adimi partem bonorum ei qui non niſi ad tempus relegatus ſit, ſed ſic tamtùm vt oſtendant relegatis iſtis partem bonorum adimi non debere, quo verbo non illud etiam ſignificatur adimi non poſſe. Aliud enim eſt ſi quis dicat non poſſe, quod Imperatores non dixerunt, Aliud verò non debere. Ideò autem Marcianus in *d. l.* 4. loquitur de relegatis in inſulam, non quòd alia non ſint genera relegatorum, ſed quia omnium peſſima condicio eſt eorum qui in inſulam relegantur. Cæterùm ſunt etiam qui relegantur ſimpliciter, id eſt ita vt prouinciis interdicatur eis non etiam inſula adſignetur, vt Vlp. tractat in *d. l. relegatorum*. Et hæc vna differentia ex iis eſt quæ ſunt inter deportationem & relegationem. Nam deportatio non aliter quàm in inſulam fieri poteſt. Quamquam illo etiam caſu, quo in inſulam relegatio fit,

§. relegati hoc tit. l. 4. D. de interd. & releg.

L. 1. eod. tit. emendata.

L. deportatorum 8. C. de pœn.

L. relegatorum 7. §. ſiue ad tempus & ſeq. D. de interd. & releg.

Relegatorũ varia ſpecies.

Differentia vna inter deportationem & relegationem.

multum differt à deportatione,quia deportatio ſemper adimit ciuitatem vt diximus *Princip.2. ſupr. eod.* Ob idque ius deportandi in inſulam ne quidem præſidibus prouinciæ datum eſt, quamuis præfecto vrbi detur. *L. inter pœnas 6.in princip.& §.1.eod.* At in inſulam relegare præſides prouinciæ poſſunt, Sic tamen vt ſi quidem inſulam ſub ſe habeant id eſt pertinentem ad formam eius prouinciæ quam adminiſtrant,eam ſpecialiter inſulam adſignare poſſint, inque eam relegare,Si verò non habeant,pronuncient quidē in inſulam ſe relegare ſed ſcribant Imperatori vt ipſe inſulam adſignet.Cæterùm non poſſunt damnare in eam inſulam quam non habent in ea prouincia cui præſunt. Interim quoad Imperator inſulam adſignet militi tradendus eſt is qui relegatus fuit,vt idem Vlp.ſcribit in *d.l. relegatorum §.* 1. In quo tamen ſolet mirum videri nec absre,cur Præſides prouinciarum non habuerint ius deportandi & eo modo ciuitatem adimendi cùm habuerint ius gladii quod longè maius fuit,& generaliter conſtet ex omnibus cauſis de quibus vel præfectus vrbi vel præfectus prætorio, itémque Conſules & prætores cæteríque romæ magiſtratus cognoſcunt,rectorum & præſidum prouinciæ notionem eam eſſe, propterea quòd is qui prouinciæ præeſt omnium romæ magiſtratuum vice & officio fungi debeat,tanquam qui in ea prouincia imperium habeat maius omnibus poſt Principem *l.4.l.ex omnibus* 10. *cum duab. ſeqq. D. de offic. Præſid.* iunct.*l.1. De offic.præf.vrb.l.*3.D.*de iuriſdict.* Atqui præfectus vrbi ſine dubio habuit ius deportandi etiam inconſulto Principe.*l.2.§.1.*D.*de pœn. d. l.* 6. §.1. *De interd.& relegat.*Cur non ergo & præſes?Maximè cùm habuerit ius in metallum damnandi,atque ità non ciuitatem duntaxat, ſed etiam libertatem adimendi?*l.in metallum* 22.*D.de pœn.* An non debuit cui licebat quod plus erat etiã quod minus eſſet licere?ex *reg.l.non debet cui plus* 21.*De regul.iur.* Reſpondendum arbitror,ſiue quæratur,Cur præſes prouinciæ ius deportandi non habuerit,ſiue cur præfectus vrbi habuerit non aliam rationem reddi poſſe quàm quòd præſidibus datum non fuerit, præfectis verò ſpecialiter fuerit datum. Sunt enim iſta iuris poſitiui,vt vocant,& conſtituti quæ vix aliam vllam rationem quàm Principis voluntatem habere poſſunt,& ad quæ demum ſolco referre quod ſcriptũ eſt in *l.non omnium* 20.D.*de legib.* non omniũ quæ à maioribus conſtituta ſunt rationem reddi poſſe. Idque indicant ſupradicti iuris loci in quibus vt & in *l.1.§.deportatos & ſeq.*De *legat.*3. ſcriptum eſt, Non ius deportandi præſidibus non competere,ſed datum non eſſe, vt intelligamus non aliis competere quàm quibus fuerit datum.Nam & ſic videmus Conſules quorum præcipua romæ fuit autoritas ius relegandi non habuiſſe, quod habuerunt præſides prouinciarum *l.relegatus eſt* 14.*§.penultim. D.de interd.& releg.* Non alia vtique ratione quàm quia ius illud conſulibus datum non fuit in vrbe,quod præſidibus datum eſt in prouinciis.Idémque in Cæſaris procuratoribus tractari poteſt,quos conſtat relegandi ius non habuiſſe niſi præſidum vice fungerentur *l.2.C.de pœn.*Si quis tamen pergat quærere cur præſidibus non fuerit datum , etſi non ſemper puto valde laborandum in quærendis rationibus eorum quæ non à prudentibus ſed ab Impp.conſtituta ſunt : Probabiliter tamen dici poſſe exiſtimo,noluiſſe Imperatores eam præſidibus poteſtatem dare,propterea quod præſides non populi, ſed Cæſaris magiſtratus eſſent , in quo à Proconſulibus differebant. Diuiſis enim per Cæſarem Auguſtum prouinciis inter ſe & populũ ne alioqui nimis imperiosè agerevideretur ſi omnia quæ-

L. inter pœnas 6 in pr. & §. 1. eod.

d l.relegatorum §.1.

Cur Præſides prouinciarum non habuerint ius deportãdi.

L.2.§.1.D. *de pœn.*

L.relegatus eſt 14.§ pen. De interd. & releg.

L.2.C.de pœn.

quæcumque ſub populi romani ditione antea fuerãt,ſibi vindicaret, qui in eas quæ populo obtigerant mittebantur,Proconſules dicebantur ſumpto nomine à Conſulibus qui populi romani magiſtratus præcipui in vrbe erant. Qui verò in eas quas Cæſar ſortitus fuiſſet, Præſides appellabantur ex eo quod prouinciæ præeſſent,ſicut & Cæſar romæ. Hinc diuerſitas illa titulorum in Pandectis *De offic.proconſ.& legat.& De offic.præſid.* Quamuis etymologia nominis Præſidis oſtendat nomen Præſidis eſſe generale vt ad Proconſules quoque pertineat,ſicut & ad cæteros omnes qui præſunt cũ Proconſules quoque prouinciis ſuis præſint. Inde verò factum dici poteſt vt noluerint Cæſares præſidibus qui eorum quodammodo legati erant *l.*1.D.*de offic.præſid.* hãc de qua tractamus deportãdi poteſtatẽ dare,ne romanæ ciuitatis dignitatem quæ per deportationem adimitur,& qua nihil eſt precioſiùs,nimis contẽnere videretur, ſi eã per factum præſidis adimi poſſe permitteret,niſi iis caſibus,quibus libertas quoque per condẽnationẽ ſiue cũ vita ſiue abſque vita eſſet adimẽda:Quaſi durius eſſet,Cui romano qui & viuus & liber remaneret adimi ciuitatẽ,quã ei qui ſimul cum ciuitate & libertatem amitteret, & vitam. Exemplo eius quod ſcriptum legimus in *l.vlt.C.de patr.poteſt.* licuiſſe olim patribus adimere liberis vitam ſed non libertatem ſine vita:quanto minùs enim ciuitatẽ ſine libertate? Eſt etiam illa inter deportationem & relegationem differentia,quod deportatio nulla ad tempus eſt,quia ciuitas ſicut ad tempus dari non poteſt, ita neque adimi. Relegatio verò non minùs ad tempus quàm in perpetuum fieri poteſt,quia relegatus integrum ſtatum ſuum retinet *d.l.relegatorum 7.§.hæc eſt differentia l.relegatus integrum* 18.D.*de interd.& releg.* Illud tamen mirari fortaſſe quis poſſit cur non dicatur amittere ciuitatem is qui relegatur, cùm ſi in perpetuum relegatus ſit,prohibeatur hoc ipſo vnquam eſſe in ciuitate,non ſolùm ſi ſpecialiter ei Roma interdictum ſit vt in *l.relegatus eſt is* 14. *eod.tit.* ſed etſi nihil de eo in ſententia comprehenſum fuerit *l. vlt. eod.* vbi Calliſtratus ſcribit Relegatum non poſſe Romæ morari licèt hoc ſententia non ſit comprehenſum,quia inquit Roma omnium patria eſt,quamuis non è contrario ei cui patria ſua interdictũ eſt,etiã vrbe interdictũ videri poſſit,ne in minori cõdẽnatione maior contineatur *d.l.relegatorum. 7.§. conſtitutũ.* Nec eo minùs tamen verũ eſt ſi cui non patria ſua ſed aliqua ciuitate interdictum ſit multo magis etiam patria itémq; vrbe interdictum videri. Plus dicit Calliſtr. Neque in ciuitate in qua Princeps eſt, vel per quam Princeps tranſit morari poſſe relegatũ,quoniã eis dũtaxat Principẽ intùeri licet,qui Romã ingredi poſſunt,id eſt qui patriã ipſam poſſunt intueri,cũ ſit Princeps pater patriæ,tametſi placeat relegatũ Principi libellũ dare poſſe *d.l.relegatorum 7.§.relegatum*,ſcilicet per procuratorẽ. Idque adeò verum eſt vt nec manumiſſus à relegato Romã accedere poſſit,ne liceat ſi quod patrono eius nõ licèt inquit Paulus in *l. manumiſſus* 13.*eo.* quãuis à relegato manumiſſus nõ idcirco videri poſſit relegatus. Sed facilis reſponſio eſt,ciuitatẽ iuris nomen eſſe,habitationẽ verò facti, ob idque nihil impedire quominus is etiam qui in ciuitate habitare aut ad eam accedere non poteſt,ciuitatis nihilominùs iura omnia retineat, quale illud eſt vt teſtamenti factionem vtrámque tam actiuam quàm paſſiuam,patriam poteſtatem dominiũ rerũ ſuarũ,cæteráque huiuſmodi omnia retineat. Cùm verò non aliã ob cauſam prohibeatur is qui relegatus eſt Romam accedere, tametſi nihil de eo in ſentẽtia expreſſum ſit,quàm quod Roma cõmunis patria ſit,vt diximus,

I.1.*D.de offic.Præſid.*

L.vlt.C. de patr. poteſt. Alia differentia inter deportationem & relegationem. d.l.relegatorum 7.§.hæc eſt differentia l. relegatus integrũ 18. *De interd. & releg.*

L.vlt.eod. d.l.7.§ conſtitutum.& §. relegatũ.

L.manumiſſus 13.eod.

intelligimus relegatum ab ea prouincia in qua domicilium habuit,multò magis prohibendum esse,ne morari possit in ea prouincia ex qua oriundus est,licèt ad magistratus relegantis curam & iurisdictionem prouincia illa non pertineat.Sed hoc non tam vi condemnationis quàm ex rescripto Diuorum Seueri & Antonini quod Vlpianus refert in *d.l.relegatorũ §.interdicere*, Ante quod rescriptum cùm ex alio Diuorum fratrum rescripto non alia prouincia interdicere quis posset quàm cui præesset,eueniebat vt qui relegatus esset ab ea prouincia in qua domicilium habebat,morari apud suam originem posset si aliũde oriundus esset.Quod tam absurdum esse visum fuit vt quamuis rescriptum Seueri & Antonini per quod huic incommodo prospectum est non nisi de iis locutum sit qui domicilium habeant in prouincia illius præsidis à quo fuerint relegati,tamen iusta interpretatione placuerit ad rescripti autoritatem eos quoque pertinere,qui cùm incolæ non essent,id est in ea prouincia in qua cõdemnati sunt domicilium non haberent,in ea tamen quid admisisse probatẽtur.Nam cùm delicti quoque ratione forum quis sortiatur *Auth. qua in prouincia C.vbi de crimin.agi oport.* quod interest an in ea prouincia domicilium habeat necne is qui ibi deliquit? Sed & cùm dubitaretur an interdicere quis alicui posset prouincia ex qua oriundus ille est,cùm ipse ei prouinciæ preſit quã delinquens incolit, dum non interdicit sua,id est ea cui ipse præest, vt solent, inquit lex,Italia interdicere qui propria,id est vt paulo antè scriptum fuit, sua prouincia non interdicunt(malo enim sic legere quàm quomodo legitur vulgo *patria* pro *propria* nulla hic penitus sensu) vel an per consequentias videatur ea quoque prouincia cui præest interdixisse, Postremum hoc magis probandum esse placuit *§.dubitatum est ead.leg.* Vbi tamen subiungit Vlpianus nõ similiter è contrario illum qui originis prouinciæ præest,non esse nactum ius interdicendi ea quoque prouincia quam incolit is qui relegatur.Ita fit vt relegatus iste tribus prouinciis præter Italiam debeat abstinere. Et in qua deliquit & quã incolit & originis.Et si talis sit qui ex diuersis prouinciis oriri videatur, propter condicionẽ vel suã vel parẽtũ vel patronorũ(interdũ enim plures originis loci esse possunt ex his causis cùm filius vbicumque natus patris originẽ sequatur,& originẽ patroni libertus *l.adsumptio 6.§.filius & §.vl.cum l.seq.D. ad mun.*)cõsequenter dicendũ erit pluribus quã tribus prouinciis interdictũ ei esse *§.si quis eam d.l.relegatorũ 7.De int.& releg.* vbi manifestũ est verba illa *patronorũ vel pluribus* inuersa esse,legendũque *vel patronorum pluribus* &c.Subinde tamen monet Vlpianus quibusdã præsidibus indultũ esse vt multis prouincijs interdicere possint,id est iis etiã quibus non prẽsunt,quãuis neque originis neque incolatus,neque delicti prouinciæ sint. Sic enim accipiendũ necessariò est quod sequitur in *§.quibusdam*,vt in aliquo differant hi Prẽsides quibus tale priuilegiũ indultũ est à cæteris quos diximus iure cõmuni pluribus etiã prouincijs interdicendi ius habere.Sunt autẽ qui dubitent an alia olim fuerit pœna exilii,alia relegationis,quod non puto.Nam quod scriptũ est in *l.exilium 5. D.hoc tit. De interd.& releg.* exiliũ triplex esse,aut certorũ locorũ interdictionẽ aut latam fugam id est omnium locorum præter certum locũ aut vinculum insulæ,id est relegationẽ in insulam,constat ad relegationem ex omni parte pertinere.Solet enim relegatis quibusdã interdici ne intra patriæ territoriũ vel intra muros morentur,aut ne excedant patriã vel vt in quibusdã locis morentur aut non morentur *d.l.releg.§.solet præterea*.Eodẽque pertinet quod Marcianus scribit

d.l.relegatorum §.interdicere.

§. dubitatũ est d.l. relegatorum.

Originis loci plures esse possunt.

§. si quis eã d.l.relegatorum.

§. quibusdã eiusd.leg.

L.exilium 5. D.hoc tit. De interd. & releg.

§. solet præterea d. l. relegatorum.

ſcribit in *l.4. D. de pœn.* tam relegatos quàm in inſulã deportatos debere locis interdictis abſtinere, eo hoc iure nos vti, vt relegatus interdictis locis omnino excedat. Alioquin in tẽpus relegato, inquit, perpetuum exilium, id eſt ſequẽtia explicãt in perpetuũ relegatio: at in perpetuũ relegato inſulę relegationis quę vt ſuprà dixim⁹ omniũ peſſima relegatio eſt, In inſulã relegato deportationis in inſulã deportato pœna capitis irrogatur. Et hæc ita ſubiicit, ſiue quis nõ exceſſerit in exiliũ intra tẽpus quod debuit, ſiue etiã aliàs exilio nõ obtẽperauerit. Nam contumacia eius cumulat pœnam. Adiicit neminem poſſe dare commeatum remeatúmve exuli, niſi Imperatorẽ ex aliqua cauſa, quibus verbis an non apertum eſt relegationem exilium dici, & exulem relegatum? Miror tamen non fuiſſe obſeruatum mendum quod ſubeſt in illis primis legis verbis, *& hoc iure vtimur vt relegatus interdictis locis non excedat.* Pugnat enim id cum eo quod immediatè præcedit relegatum ſicut & deportatum locis omnibus interdictis abſtinere debere. Itémque cum eo quod ſequitur, *ſiue quis non exceſſerit.* Rurſum cum eo quod idem Marcianus tradit in *l. à ſua ciuitate* 12. *D. de interd. & releg.* à ſua ciuitate relegatum ſi non excedat, ad tempus à prouincia relegari. Ex quibus locis apparet non poſſe dici quod quidam tentant pro *excedat* legendum *accedat*, præter id quod non ſatis latinè dicimus *accedere loco*, ſed *ad locum.* Tollenda igitur negatio eſt, & pro *non* legendum *eo* quibus literis tribus dictio *omnino* ſignificatur licèt tam contracte, vt facilè potuerit in negationem quæ totidem literarum ſit degenerare.

L. 4. D. de pœn. emendata.

L. à ſua ciuitate 12. D. de interd. & releg.

ILLATIO I.

De teſtamenti factione actiua & paſſiua in perſona relegati.

EX hoc Principio illud primùm fit vt relegatus etiamſi in perpetuum & in inſulam relegatus ſit non ideò tamen amittat teſtamenti factionem *l. eius qui* 8. *§. ſed relegati D. qui teſtam. fac. poſſ.* Nempe quia non amittit ciuitatem, nec conſequenter ciuitatis iura inter quæ non minimum illud eſt, vt quis teſtamenti factionem habeat & actiuam & paſſiuam, Propter quam cauſam dicitur teſtamenti factio eſſe iuris publici *l. 3. eod. tit.*

L. eius qui 8. § ſed relegati D. qui teſtam. facer. poſſ. L. 3. eod. tit.

ILLATIO II.

De ſtatuis & imaginibus in honorem relegati permittendis.

SEcundò ex eodem Principio fit vt relegatus ſtatuis & imaginibus honorari non prohibeatur *l. relegatus* 17. *D. de interd. & relega.* Exceptis tamen his qui relegati ſunt ex cauſa maieſtatis quorum ſtatuas etiam antea poſitas detrahendas eſſe conſtat *l. eorum* 24. *D. de pœn.* Etſi difficile eſt, vt crimen læſę maieſtatis pœna relegationis contentum eſſe poſſit.

Denique ad hoc Principium referenda ſunt omnia quæcunque in iure noſtro ſcripta ſunt fauore relegatorum. Nullus enim fauor eorum eſſe poteſt niſi quia non amittunt ciuitatem. Hodie *bannitos* appellamus.

L. relegatus 17. D. de interd. & releg. L. eorũ 24. de pœn. Relegati, Bannis.

Digitized by Google

PRINCIPIVM V.

De ſerno pœnæ.

SErnus pœnæ effectus ſicut amittit non modò ciuitatem, ſed etiam libertatem, ita deſinit liberos ſuos habere in poteſtate, §. pœna ſeruus hoc titu. vbi exempla ponuntur de illo qui ad beſtias, aut in metallum damnatus ſit. Vtrumque enim conſtat ſeruum pœnæ fieri ex quo inſtanti damnatus eſt *l. quod ad ſtatũ* 12. *l. qui vltimo* 29. *D. de pœn. l. intercidit* 59. D. *de condic. & demonſtr. l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 2. *D. ad SC. Trebell.* quibus locis non illud tantùm ſcriptum eſt amittere illos & ciuitatem & libertatem, quod ſatis docet nomen ipſum quo donantur, cùm ſerui pœnæ, ſed etiam pro mortuis haberi, Nõ iure aliquo ſpeciali, ſed eo iure communi quo ſeruitus morti adſimilatur, vt ſcriptum est in *d. l. intercidit in fin. l. cùm hic ſtatus* 32. *§. ſi donator D. de donat. int. vir. & vxor. l. ſeruitutem* 209. *De reg. iur.* Serui enim caput nullum in ciuitate habẽt ſicut nec mortui *l. 3. §. vlt. D. de capit. minut.* ob ídque in toto iure noſtro pro nullis habentur *l. quod attinet* 32. *De reg. iur.* id eſt neque iure ciuili, neque iure prætorio, neque extra ordinem computantur, vt loquitur Marcianus in *l. nullomodo* 7. D. *de leg. Cornel. de falſ.*

L. quod ad ſtatum 12. l. qui vltimo 29. D. de pœn l. intercidit. 59. De cond. & demonſtr. l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus 2. D. ad SC. Trebell. L. 3. §. vl. D. de capit. minut. l. quod attinet 32. de reg. iur. l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de falſ. d. l. intereidit.

Differentia inter deportatum, & factum ſeruum pœna.

ILLATIO I.

De legato condicionali relicto ei qui interim deſiit eſſe in ciuitate.

EX hoc Principio illud primùm fit quod ſcriptum eſt in *d. l. intercidit*, Si is cui legatum fuerat ſub cõdicione deſierit interim eſſe in ciuitate, multum intereſſe an ideo deſierit in ciuitate eſſe quod fuerit deportatus, an ideò quòd in eum alia talis pœna ſtatuta ſit, quæ irroget ſeruitutem. Priore caſu negat Vlpianus extingui legatum, quia in ciuitatem aliquando reſtitui deportatus poteſt, cùm adhuc viuat, nec abſolutè & ſimpliciter pro mortuo habeatur, ſed tantùm ſecundum quid hoc eſt in quibuſdam cauſis, vt ſcripſimus ad Princ. 3. *illat.* 1. *ſupr. eod.* Poſteriore verò caſu placet legatum extingui, Non quod non perinde in ciuitatem reſtitui poſſit qui ad beſtias, aut in metallum damnatus, atque is qui deportatus eſt *l.* 1. *C. de ſentent. paſſ. & reſtit. l. vlt.* D. *eod.* ſed quia cùm ex die ſententiæ habeatur pro mortuo, nulla huius ſpei ratio haberi poteſt, tanquam deficiente ſubiecto cui adhærere poſſit.

ILLATIO II.

De eligendi facultate conſeruanda etiam deportato.

SEcundò ex eodem Principio fit quod idem Vlpianus poſt Papinianum ſcribit in *dicta lege ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 2. D. *ad SC. Trebell.* Si quis rogatus fuerit filiis ſuis, vel cui ex his voluerit reſtituere hereditatem, & is deportatus fuerit non eo minùs ſaluam illi eſſe facultatem eligendi cui liberorum poſt mortem ſuam fideicommiſſum reſtitui velit, quod & ſcriptum

L. ex facto 17. §. ſi quis rogatus 2. D. ad SC. Treb.

Digitized by Google

ſcriptum eſt in *l. cùm pater 77. §. hereditatem filius 4. De legat. 2.* Sed ſi ſeruus pœnæ fuerit conſtitutus nullo antè cõcepto filio iam parere illum condicioni non poſſe, videríque ſine liberis deceſſiſſe, & ob id nec eligendi facultatem ei dari oportere. Quamquam de tota illius loci ſententia & interpretatione ſi quid nos ſentiamus ſcire quis volet, videnda ſunt, quæ ſcripſimus *lib. 7. Coniect. cap. vlt.*

L. cùm pater 77. §. hereditatem filius 4. De legat. 2.

ILLATIO III.

De donatione facta inter coniuges quorum alter poſtea ſeruus pœnæ effectus ſit.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi inter coniuges facta donatio ſit, cuius proprium ius illud eſt, vt donatoris morte confirmetur, & alteruter ſeruus pœnæ effectus fuerit, non tam impleatur quàm perimatur donatio ſi iuris veteris ratio inſpiciatur *dicta lege cùm hic ſtatus 32. §. ſi donator 6. D. de donat. int. vir. & vxor.* vbi dubitandi cauſa illa erat quod vt ea lex ait, ſeruitus morti comparetur, Morte autem donatoris donatio non extingueretur, ſed è contrario impleretur & confirmaretur. Sed decidendi ratio eſt, quia caſus hic ſeruitutis licèt morti comparetur, tamen reuera mortem præoccupat, vt loquitur Caius in *d. l. qui vltimo 29. De pœn.* atque ideò extinguit donationem priuſquàm morte confirmari poſſit, Superueniente verò morte naturali, non niſi ſera poteſt eſſe confirmatio donationis quæ medio tempore iam irrita facta ſit. Hoc tamen fauore matrimonij correctum eſt à Conſtantino in *l. res vxoris 24. C. de donat. int. vir. & vxor.* vbi conſtituit, vt damnato marito & ſiue ex pœna mortuo, ſiue in ſeruilem condicionem ex pœnæ qualitate deducto ſalua nihilominùs & illibata maneat donatio, ne alieni criminis infortunio vxor adſtringatur, ad quam conſtitutionem cùm ius nouum faciat proculdubio reſpexit, ſiue Tribonianus, ſiue interpres quiſquis ille fuit, qui apud Vlp. in *d. §. ſi donator*, adiecit dictionem *priuati*: Nec enim dubito quin Vlpianus eo loco ſimpliciter & generaliter ſcripſerit *ſi donator ſeruus fuerit effectus* cùm antehanc Conſtantini legem nihil penitus intereſſet, an priuati an pœnæ ſeruus donator factus proponeretur.

L. cùm hic ſtatus 32. §. ſi donator 6. D. de donat. int. vir. & vxor.

d. l. qui vltimo 29. D. de pœn.

L. res vxoris 24. C. de don. int. vir. & vxor.

d. ſi donator emendatus.

ILLATIO IV.

De legato extra cauſam alimentorum relicto ei qui in metallum damnatus fuit.

QVartò ex eodem Principio fit vt ſi in metallum damnato aliquid extra cauſam alimentorum relictum fuerit, pro non ſcripto ſit, nec ad fiſcum pertineat. Nam pœnæ ſeruus eſt non Cæſaris, inquit Marcian. in *l. 3. D. de his quæ pro non ſcript. hab.* Senſus eſt non poſſe fieri, vt pro non ſcripto haberi non debeat quod huic ſeruo relictum eſt extra cauſam alimentorum, Siquidem, neque ipſe capax eſt ex propria perſona cùm ſit ſeruus, neque ex perſona domini, cùm neque Cæſarẽ, neque fiſcum dominũ habeat, ſed pœnã, quę nec perſonam vllã habet, nec poteſt eſſe capax quę ipſa dãnatũ facit incapacẽ, vel ex vulgari illo philoſophorũ brocardico, Propter quod vnũquodque tale eſt, & illud eſſe magis tale. Excipitur tamen cauſa alimẽtorum, quoniã

L. 3. D. de his quæ pro non ſcript. habent.

Digitized by Google

ſicuti verum eſt eum qui in metallum damnatus eſt, licèt pro mortuo habeatur, reuera tamen adhuc viuum eſſe, ita & fatendum eſt alimentis eum indigere, & conſequenter non minùs capacẽ eſſe percipiendorum alimẽtorũ, quàm ſi damnatus non eſſet *l. is cui annua* 11. *D. de alim. & cibar. lega.* vbi quamuis loquatur Paulus de alimentorum legatario qui in metallum damnatus primùm poſtea indulgentia Principis fuerit reſtitutus, cùm tamen ſcribit & præcedentium annorum alimenta rectè eum cepiſſe & ſequentium deberi ei, nõ tam ad vim & effectũ reſtitutionis reſpicit, quàm ad id quod huiuſmodi legatum in facto magis quàm in iure conſiſtit, vt ratiocinatur Modeſtinus in *l. penult. D. de capit. minut.* vbi hac ratione concludit huiuſmodi legata per capitis diminutionem non perire. Non ſolùm autem qui ad beſtias aut in metallum damnantur ſerui fiunt, ſed & qui in miniſterium metallicorum *l. in metallum* 36. *D. de pœn.* vbi monet Hermogenianus, nõ ſolùm ſeruos iſtos effici, ſed etiam ſeruos pœnæ. Nec enim poſſunt eſſe ſerui metallicorum qui ipſi pœnæ ſerui ſunt.

L. is cui annua 11. *D. de alim. & cibar. legat.*

L. penu. D. de capit. min.

L. in metallum 36. *D. de pœn.*

ILLATIO V.

De *ſupplicio metalli.*

QVintò ex eodem Principio fit vt metalli ſupplicium tam ad perſonas liberas, quàm etiam ad ſeruiles pertineat conditiones *l. metalli* 11. *C. de pœn.* Nam non ſolùm qui liber eſt ex libero ſeruus fieri poteſt, ſed & qui iam ſeruus eſt priuati alicuius, ſeruus pœnæ fieri poteſt, cùm ita fiat durior ipſius condicio, tanquam qui dominam eam habiturus ſit à qua manumitti numquam poſſit. Alia ratio eſt pœnæ perpetuorum vinculorum. Hæc enim ſolis ſeruis non etiam liberis hominibus irrogatur *l. incredibile* 6. iunct. *l. ſeruus* 10. *eod.* Idque eſt quod mandatis Principum caueri refert Callistratus in *l. mandatis* 35. *D. eod.* ne quis perpetuis vinculis damnetur. Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet, inquit Vlp. in *l. aut damnum* 8. *§. ſolent præſides eod. tit.* E contrario ſeruus in perpetuum opus damnari non poteſt, id eſt in opus publicum, ſiue perpetuum, ſiue temporarium, ſed liberorum duntaxat hominum pœna illa eſt *l. ſeruus* 34. *eod.* Nempe quia per hanc pœnam nemo ſeruus fit, cùm ciuitatem duntaxat adimat, non etiam libertatem. Nam qui in opus publicum etiam perpetuum damnati ſunt, ſimiles ſunt iis qui in inſulã deportantur, vt ait *l. 1. C. eo.* qui autem deportãtur non amittũt libertatem, vt diximus ad Princip. 3. Abſurdum porrò eſſet eam pœnam ſeruo irrogari, quæ ipſius condicionem non faceret deteriorem. Planè nec liberi omnes in opus publicum damnari poſſunt, ſed viliores duntaxat, non etiam decuriones *l. 3. & 4. C. de pœn.* multò minùs cæteri, qui decurionibus ſunt digniores, facit *l. ſi matrem* 9. *l. decurionum* 12. *eo.* vbi de filiis decurionum idipſum ſcriptum eſt.

L. metalli 11. *C. de pœn.*

Alia pœna metalli, alia perpetuorũ vinculorũ.

L. incredibile 6. iunct. l. ſeruus 10. *eod.*

L. mandatis 35. l. aut damnum 8. §. ſolent. D. eod. tit. De pœn. l. ſeruus 34. eod.

L. 1. C. eod.

Hodie nullos eſſe ſeruos pœnæ.

OBſeruandum tamen eſt hodie ſeruos pœnæ nullos eſſe, non quod ſublatæ ſint pœnæ illæ damnationis in metallum & aliæ huiuſmodi per quas olim ſeruus pœnæ quis efficiebatur, ſed quia placuit Iuſtiniano *Nouell.* 22. *De nupt. cap.* 8. vnde ſumpta eſt *Authent. ſed hodie* C. *de donat. int. vir. & vxor.* vt nemo qui à Principio bene natus ſit, id eſt in ſtatu ingenuitatis poſtea.

Nouell. 22. De nupt. c. 8. Auth. ſed hodie C. de don. int vir. & vxor.

poſtea ex ſupplicio fiat ſeruus, adeò vt nec matrimoniũ ex ea cauſa diſſoluatur. Sed & antè eam Iuſtiniani conſtitutionem, iam cõſtituerat Imp. Conſtantinus in *l. ſi quis in metallum 17. C. de pœn.* vt ſi quis damnatus eſſet in metallum, nihil in eius facie ſcriberetur quomodo ſcribi olim ſolebat, Ne, inquit, facies quę ad ſimilitudinem pulchritudinis celeſtis figurata eſt, maculetur. Quæ duæ conſtitutiones ſunt, quibus potiſſimum fuit immutatum ius quod olim obtinebat circa pœnam damnationis in metallum, Hodie tamẽ pœna illa in vſu eſſe deſiit, in eiúſque locũ videtur ea pœna ſucceſſiſſe, quam nos triremium appellamus, per quam tamen ciuitas tantùm amittitur, non etiam libertas, quæ poſt iupradictam Iuſtiniani conſtitutionem ne quidem per damnationem in metallum amitteretur. Nam nec tantùm de damnatione in metallum loquitur conſtitutio, ſed generaliter inducit, vt hodie nemo bene ac ingenuè natus, per ſententiam, aut ſupplicium fiat ſeruus pœnæ, Prætor id quod moribus religionis noſtræ ſacroſanctæ ſeruitutes etiam cæteræ omnes abrogatæ ſunt, præterquàm ſi Turca, vel alius infidelis quiſpiam bello captus eſſe proponatur. Etſi non deſunt qui putent etiam inter Chriſtianos licitas eſſe ſeruitutes ex captiuitate irrogandas ſi bellum iuſtum fuit: cum quibus tamen non ſentimus.

L. ſi quis in metallũ 17. C. de pœn.

PRINCIPIVM VI.

De militia & dignitate.

NEque militia, neque dignitas eximit filium à patria poteſtate *§. filiusfamilias hoc tit. l. ſi marius 7. C. de patr. poteſt.* vbi ſcriptum eſt, non modò filiũfamilias ipſum qui militat, in patria poteſtate conſtitutũ intelligi, ſed etiam filium quem ille ex iuſtis nuptiis ſuſceperit, in eiuſdem aui poteſtate perſeuerare. Etſi enim priuilegia pleráque militibus data ab Imperat. fuiſſe conſtat ex omnibus ferè partibus iuris, non potuit tamen hac in re priuilegium vllũ dari quin hoc ipſo fieret iniuria patri, cui potiùs faueri ęquũ erat, vel hoc ob ipſum, quod liberis operam dando tam vtilem reipublicę filium ſuſcepiſſet. Generalis namque iuris propoſitio eſt, quæ vix vllam patitur vnquam exceptionem, ſiue de militum, ſiue de aliorum priuilegiis tractemus. Priuilegia ſemper ſic interpretanda eſſe, vt ad alienam iniuriam non porrigantur: quod de militum priuilegiis ſpecialiter traditum eſt in *l. impuberi 40. D. de admin. tutor. l. cùm filiusfamilias 28. D. de teſt. milit.* iunct. *l. ex facto 43. De vulg. & pup. ſubſt. l. 4. C. de emancip. liberor.* Et verò publicè intereſt, vt inuitentur patres ad liberos militiæ dandos ſpe præmiorum filiis acquirendorum & quadam veluti tacita eorũ communicatione, potiùs quàm vt ab hoc conſilio & inſtituto metu amittendæ patriæ poteſtatis deterreantur. Exceptio tamen ſubiicienda eſt, Niſi quantũ ad ea bona pertinet quæ filiusfamilias miles in peculio caſtrenſi habeat, id eſt quæ in caſtris, aut alia militiæ occaſione acquiſita proponãtur. Nam in his bonis placet, nullum patri eſſe ius poteſtatis, ſed è contrario filiumfamilias quantũuis patriæ poteſtati ſubiectũ patrisfamilias iure cenſeri *l. 2. D. de CS. Maced.* adeò vt quod magis eſt de iis teſtamentum quoque facere poſſit, nec tantùm iure communi, ſed etiam quod eſt ſingularius iure militari *d. l. cùm filiusfamilias 28. l. ſi filiusfamilias 35. D. de teſtam. milit.* quod alij filiofamilias nulli licet, neç ſi millies pater velit & conſentiat *l. qui in poteſtate 6. D. qui teſtam. facer.*

§. filiusfamilias hoc tit. l. ſi marius 7. C. de patr. poteſt.

Priuilegia nũquam ad alterius iniuriã porrigenda.

L. 2. D. de SC. Maced. l. cùm filiusfamilias 28. l. ſi filiusfamilias 35. D. de teſt. milit.

poſſ.l.tam is 25.*§.filiusfamilias D.de mort.cauſ.donat.* Denique nihil omnino iu-
ris habet pater in bona caſtrenſia filij ſui militis, ſiue quod ad proprietatem, ſi-
l.imperator 50. *D. ad SC.Trebell.* ue quod ad vſumfructum *l.Imperator* 50.*ver.poſt decreti D.ad SC.Trebell.* Nec
o minus amen verum eſt ius patriæ poteſtatis totum in patris perſona ſal-
uum & integrum ſupereſſe, quippe quod & indiuiduum ſit & in perſonam i-
pſam quæ ſub poteſtate eſt exerceatur, non in bona, quæ licèt condicionē per-
ſonę ſequi ſoleant tanquā acceſſoria, & per quandā conſequentiā, nihil tamen
prohibet ex priuilegio aliquo propriā & ſeparatā habere rationē *l.errat* 3.*C.de caſtrenſ.pecul.milit.præfect.lib.*12.*tit.* 37. Quod verò Principium noſtrum habet
de dignitate, per eam ſcilicet non tolli ius patrię poteſtatis, multò apertius
eſt. Nam & dignitas quędam in eo eſt, vt in patria poteſtate eſſe quis dicatur,
nō ſolùm quòd patria poteſtas ſymbolū ſit & ciuitatis & iuſtarū nuptiarū, nec
minus in eo qui in poteſtate eſt, quàm in eo qui poteſtatem habet, verùm etiā
propter cōmoda & iura ſui heredis, quæ faciunt, vt in patrisfamilias & nomen
patrisfamilias ex ipſius patris naturæq; voto, & ius ſucceſſionis ſperare honeſtè
filius poſſit. Superueniēs autē dignitas præſertim ex legis beneficio aliā digni-
tatē tollere nō debet, ſed cōfirmare potiùs & augere. Idque adeò verūeſt, vt nec
Senator, aut Cōſul à plebeio quoq; adoptari, vel adrogari ſe pati prohibeatur,
quia ſcilicèt nihil prohibet eſſe quem & in patria poteſtate, & Conſulem, aut
L. per adoptionē 31. *D.de adopt. l. Senatoris 6.in prin.& §.1.D. de Senat.* Senatorem *l.per adoptionē* 35.*D.de adopt.l.Senatoris 6.in prin.& §.1.D.deSenatoris.* Hoc tamē Iuſtinianus quoque immutauit *Nouell.*81. cui titulus eſt *Conſtit. quæ dignit.& epiſc.fil.liber.patr.poteſt.* vbi conſtituit, vt non ſolùm Epiſcopatus
& Conſulatus eximat filium à patria poteſtate, ſed etiam quælibet alia digni-
tas per quam quis à curia liberatur. De quibus *Nouell.*38.*De decur.& Nouell.*
Nouell. 81. *Conſt. quæ dignit.* 70.*vt ordin.præfect.vrban.* cùm tamen anteà ſola Patriciatus dignitas ex eiuſdē
Iuſtiniani lege tolleret patriam poteſtatem vt ipſe in hoc §. *refert*, quippe quæ
ſumma eſſet non quidem gradu (erat enim maior Conſulatus) ſed duratione,
Nouell. 38. *De decur. Et Nou.* 70. *vt ordin. præf. vrb.* quia perpetua, vt bene Contius explicauit *l.vlt.C.de Conſulib.lib.*12.*tit.*3. Ratio
autem Iuſtiniani quam in hoc §. adfert illa eſt, quod ferendum non ſit, vt pater
poſſit per emancipationem poteſtatis ſuæ nexibus filium liberare, imperato-
ria autem celſitudo non valeat eum quem ſibi patrem elegerit ab aliena exi-
mere poteſtate. Supponit enim Iuſtinianus quod & verum eſt ius patrię pote-
ſtatis eſſe ex legibus, Imperatoriam verò maieſtatem, ſicuti ſupra populum eſt
cuius ſolius fuit olim legem facere, ita & ſuprà leges eſſe.

ILLATIO I.

De filiifamilias militis inteſtati bonis ex heredi-tate teſtati.

EX hoc Principio fit vt ſi filiusfamilias quantumuis miles deceſſerit inteſta-
tus, bona eius non quaſi hereditas, ſed quaſi peculium ad patrem perti-
l.2. D. de caſtr. pecul. neant, aut potiùs patri deferantur, vt loquitur Vlpian. in *l.2. D. de caſtrenſ. pe-cul.* quamuis ſi teſtamentum factum eſſet, peculium caſtrenſe pro hereditate
haberetur, vt eadem lex ſubiungit. Nempe quia filiusfamilias decedere cū le-
gitimo herede nūquā poteſt, nec hoc priuilegium militibus filiisfamilias datū
eſt, ſed illud tantùm, vt de caſtrenſi peculio teſtari poſſint ſi velint. Quam ob
cauſam ſi teſtati fuerint, ſicuti teſtamentum ex priuilegio militari valet, ita &
ne-

necesse earundem constitutionũ quæ priuilegium dederunt potestate induci, vt hereditatem testamentariam habere existimetur, cùm neque possit fieri, vt valeat testamentũm sine herede, neque vt heres quisquã sit sine hereditate. Sed priuilegium quod ad causam testati coarctatum fuit, non perinde ad causam intestati protrahip otest, Nec proinde mirum videri debet, licèt sit valde singulare, vt eiusdem hominis hereditas, & aliqua sit ex testamento & nulla ab intestato. Neque est contrarium, quod suprà diximus filiumfamilias militem, in eo quod castrensis peculij est patrẽfamilias censeri *d.l.2. D. de SC. Maced.* Id enim eò pertinet, vt nonobstante iure patriæ potestatis de peculio illo disponere pro arbitrio possit etiam inuito patre, nec tantùm inter viuos, sed etiam in testamento, Non etiam vt eius ab intestato defuncti hereditas aliqua per legem constituatur, quæ non nisi patrisfamilias vlla constitui solet à lege, cuius nimirum verba illa fuerunt *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto* : fieri porrò nequit, vt familiam habeat is qui ipse filiusfamilias est, Et ob id non potest fieri, vt quod patrimonium viuo milite, nec familia fuit, nec familiæ appellatione contineri potuit, eodem mortuo dicatur hereditas. Quid ergo? Peculium, quomodo & viuo adhuc filiofamilias milite dicebatur, quod *peculy* nomen, iuris nomen est ad exprimendum patrimonium aut potiùs id quod sit veluti patrimoniũ eius qui in alterius est potestate, siue filiusfamilias ille sit, siue seruus *l.1. l. quoties* 47. *§. vlt & tot. ti.* D. *de pec. Ex quo §. vlt.* apparet, nec propriè patrimonium dici, nisi eius hominis qui sit liber & sui iuris, Tantùm abest, vt cuius viuentis peculium dicitur eiusdem defuncti hereditas dici possit. Quod vsque adeò verum est, vt ne tum quidem cùm filiusfamilias miles testamentum fecit, hereditatem tamen propriè ac verè habere dicendus sit, sed quasi hereditatem, vt illa Vlpiani verba probant *hic pro hereditate habetur castrense peculium.* Nam nec Imperatores fecerunt, aut facere potuerunt, vt filiusfamilias miles in castrensi peculio reuera paterfamilias esset, quod implicaret contradictionem, sed vt in eo peculio patrisfamilias vice fungitur, quomodo loquitur idem Vlp. in *d l.2. D. de SC. Maced* Iunge text. elegantem *l. proponebatur 9. D. de Castr. pecul. & l. vlt. in prin. D. ad SC. Tertyll. & l. pen. C de castrens. pecul mil. præf. lib. 12. titu. 37. l. si quis filio 6. §. vltim. De inoff. rupt. & irrit. fact. testam.* & quæ in hanc rem pluribus scribemus ad Princip. 9. illat. 5.

L. 2. D. *de* SC. *Maced.*

Peculiũ nomen iuris. l. 1. l. quoties 47 *§. vl. D. de pecul.*

ILLATIO II.

De patre qui retinuit peculium castrense filij intestati.

SEcundò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l.* 1. *eod. tit. De castr. pecul.* Si filiifamilias militis peculiũ penes patrem remanserit defuncto filio intestato, patrem quidẽ ipsi heredẽ nõ fieri, sed tamẽ fieri iis quibus filius fuit, id est quorum hereditates filius agnouit sibique viuus acquisiit ex causa castrensis peculij, putà, institutus fortassis heres à commilitonibus suis, vt in *l. si fortè* 8. *l. castrense* 11. D. *eod.* Nam cùm peculium sit nomen iuris non minùs quàm hereditas, perinde complecti facile potest ius successionis vniuersalis, vt quemadmodum si pater esset heres filiifamilias hoc ipso fieret heres iis omnibus quibus ipse filius heres fuisset, Eo nimirum iure quo dicimus quemlibet heredem heredis esse primi defuncti heredem *l. vlt. C. de her. instit.*

L. 1. l. si fortè 8. l. castrense 11 D. de cast. pecul.

Digitized by Google

l.qui liberis 8.§.vlt.D.de vulg.& pupill.substit. Ita & cùm filiifamilias peculium occupauit si in eo peculio reperiat hereditates filio viuo acquisitas, heres quoque ipse fiat, non filij, sed eorum quibus heres filius fuit, cùm heres nihil aliud significet quàm dominum *§.vlt.Inst.de her.quals.& differ.* dominiũ autẽ bonorum omniũ quæ fuerant in illis hereditatibus fuerit iam viuo filio acquisitum transfusumque in proprium filij patrimonium, & consequenter in causam peculij castrensis quo vno nomine quicquid hic filiusfamilias habuit, & significatur & continetur.

ILLATIO III.

De rebus acquisitis & pecunia donata filiofamilias militi.

TErtiò ex eodem Principio fit vt si mulier filio virì sui militi reliquerit pecuniam ad aliquas res comparandas, & quæratur, cui pecunia illa, aut res ex ea comparatæ acquiri debeant filióne, an patri, distinguendum sit an relicta sit pecunia ad comparandas res castrenses & militares an simpliciter. Priore casu acquiruntur filio tanquam bona castrensia, Posteriore verò patri per filiũ iure scilicet patriæ potestatis *l.3.eo.tit.* De *castr.pec.* Nõ enim omnia quæ filiofam. militi relinquuntur protinus transeunt in causam castrensis peculij, sed ea tantùm quæ filiusfamilias si non militasset non fuerat acquisiturus, vt definit Iurisc. in *l.castrense 11.eod.tit.* vbi addit ea quæ fuerat ille acquisiturus etiãsi non militasset ad castrense peculium non pertinere, tametsi à parentibus, vel cognatis donata fuerint filio in militia agenti. Quò etiam spectat, quod Vlpscribit in *l.si fortè 8.eo.tit.* Si vxor, vel cognatus, vel quis alius nõ ex castris notus filiofamilias aliquid donauerit, vel legauerit, etiamsi expresserit nominatim, vt in peculio castrensi id habeatur, non eo magis tamen castrensi peculio adgregari oportere, Veritatem enim spectãdam esse, id est an verè (quomodo legẽdum est non *verò*, vt vulgo) castrensis notitia, vel adfectio fuerit, non quid quis dixerit, vel finxerit. Hoc ipsum verò cur ita? Nisi quia esset alioquin positum in alterius arbitrio & potestate, vt læderet ius patriæ potestatis quod habet pater iure publico, id est ex legibus populi romani: quod tamen iniquum esset ac nec militibus ipsis, aut permissum, aut permittendum, vt suprà diximus ex *d.l.impuberi 41. De admin.tutor. d.l.cùm filiusfamilias 28. D.de testam.milit.*

V. D. de castr.pecul.

L. castrense 11.eod.tit.

L.si fortè 8. eod.

d.l.impuberi 41.D. de admin. tut. l.cùm filiusfamilias 28. D. de testa. milit.

ILLATIO IV.

De matris hereditate delata filiofamilias militi.

QVartò ex eodem Principio fit, vt matris hereditas delata filiofamilias quamuis in militia agenti non eo minùs acquiratur patri per filium, Sicut & alia hereditas quælibet, ita vt ne momento quidem temporis in filiifamilias persona constitisse acquisitio videatur *l.placet 79. D. de acquir.hered. l.1.in princip. D. si à parente quis manu.* Nempe quoniam huiusmodi hereditas materna ad causam castrensis peculij non pertinet, vt habet *l.1. C. de castr. pecul. milit. præfectianor. lib.12.tit.37.* Itaque locus est iuri communi quo cauetur, vt matris hereditas ab intestato pertineat ad liberos, tametsi in aliena sint potestate *l.pen. D. ad SC. Tertyll.* id est vt per liberos patri acquiratur. Sic enim lex illa accipienda est, sicut & quod Paulus ait in *l.filij 6. eod.tit.* filij matrem ex se natus con-

L.1. C. de castr. pecul. L pen D. ad SC. Tertyll. l.filij 6. eod. tit.

natusconsulto Tertylliano etiamsi in aliena potestate sit ad hereditatem admitti. Non autem ita vt etiam viuo patre filiusfamilias sit capax acquirendorum sibi bonorum maternorum, aut filiafamilias eadémque mater bonorum filij. Primus enim Constantinus fuit qui ius vetus corrigens hoc induxit patrémque ex proprietario qualis antea erat fructuarium fecit in *l. 1. C. de bon. matern.* Sed non potest ius vetus ex noua constitutione suam recipere interpretationem. *L. 1. C de bon. matern.*

ILLATIO V.

De filiofamilias milite qui decessit intestatus superstite matre.

QVintò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. vlt. eod. tit. D. ad SC. Tertyll.* si filiusfamilias miles non sit testatus de his quæ in castris adquisierit, non tamen ad matrem ea ideirco pertinere. Magis enim iudicio militum, inquit, hoc concessum est, quàm vt omnimodo in ea re quasi patresfamilias sint. Vt intelligamus, nihil aliud hîc obstare matri quominùs in castrensibus rebus succedat, quàm quòd militia non fecerit, quominùs filiusfamilias ille remanserit. Quod tamen lex simpliciter dicit iudicio militis filiifamilias hoc concessum esse, cauendum est ne ita intelligatur, quasi quælibet vltima voluntas eius qui & filiusfamilias, & miles sit priuilegium hoc habere debeat. Hoc enim solùm ei permittitur vt de peculio castrensi testari possit. Quamquam ad id fortasse lex respicit quod voluntas quæque iudicis testamentum est vt scriptum aut saltem legendum est in *l. eius militis 34. in fin. D. de testam. milit.* Sed finge militem hunc non testamentum sed codicillos facere voluisse. Non valebit suprema ista voluntas, iure testamenti quia miles noluit, *l. quare batur 19. eod.* Sed valebit iure codicillorum, quia filiusfam. miles habet priuilegium vt possit facere codicillos ab intestato, adcóque quod magis est fideicommissum à patre relinquere de restituenda hereditate *l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid.* vt & de peculio castrensi potest testari si velit. Nec simile est, quod de pupillo scripsimus *lib. 15. Coniect. cap. 14.* posse illum decedere cum testamento si pater ei fecerit, sed non similiter cum codicillis ab intestato factis. At difficilius illud est apud Pomponium in *d. l. vlt.* cur non obstet matri pater, cùm certi iuris sit in causa Senatusconsulti Tertylliani solere matri obstare patrem *l. 2. §. obiicitur eod. tit.* & peculium castrense de quo agimus filio intestato mortuo deferri patri *d. l. 2. D. de castrens. pecul.* vt proinde nullus videatur fieri posse locus quæstioni de bonis filij castrensibus in persona matris, quę nec in aliis bonis succedere possit, Et tamen videtur Pomponius tractare eum casum in quo deferatur matri legitima hereditas filij quod ad alia bona omnia pertinet præterquàm quod ad castrensia, ita vt à patre quamuis viuo non excludatur. Alioqui si per patrem excluderetur, quid attineret obsecro de bonis castrensibus tractare? Sed dicendum est non illam esse Pomponij sententiam, vt excludatur mater à bonis castrensibus filii militis eo casu quo possit succedere in cæteris, At contrà vt non minùs obsit ei pater in bonis castrensibus quàm in cæteris. Videbatur enim pater etiam obstare in castrensibus, cùm in iis filiusfamilias pro patrefam. habeatur. Sed decidendum tamen est quòd in ò manear filiusfamilias nec pro patrefamilias haberi possit nisi eo demum casu quo testetur. Obseruandum tamen est in *d. §. obijcitur*, errat. m esse in verbis *Vnde-*

L. eius militis 34. in fin. D. de testam. milit.
L. quare batur 19. eod.
L. filiusfamilias 18. ad leg. Falcid.
d. l. vlt. ad SC. Tertyll.
§. obijcitur l. 2. D ad SC. Tertyll. emendatus.

Digitized by Google

cunque autẽ bonorum poſſeſſionem acceperit pater naturalis, ſiue legitimus, ſiue contra tabulas, legendũq; *legitumam* nõ *legitimus* vt referatur ad bonorũ poſſeſſionem quæ & legitima eſſe poteſt, & teſtamentaria, non ad patrem qui ſcilicet ſi legitimus tantùm ſit, hoc eſt adoptiuus numquam poteſt accipere bonorum poſſeſſionem filij, Nec durante adoptione, quippe quæ faciat vt diximus ne filii bona vlla eſſe poſſint, neque poſt ſublatam adoptionem cùm eo tempore is qui fuerat pater adoptiuus omnino pater eſſe deſierit.

ILLATIO VI.

De filiofamilias, milite diuidente cum fratribus bona patris defuncti.

L. *miles* 4. D *de caſtr. pecul.* L. *certum* 3. iunct. *l.* 4. C. *famil. erciſc.*

SExtò ex eodem Principio fit vt filius familias miles in diuidenda poſt patris mortem inter fratres hereditate non alia præcipua habere debeat, quã quæ tulit ſecum in caſtra conſentiente patre *l. miles* 4. *D. de caſtrenſ. pecul.* Certum enim eſt liberorum qui in patris poteſtate fuerunt, peculia omnia ſolo caſtrenſi excepto poſt mortem patris in hereditatem diuidendam ad cõmunionem eſſe reuocanda *l. certum eſt* 13. iunct. *l. ſi filiusfamilias* 4. *C. famil. erciſc.* Nempe quia quod fuit peculium viuo patre deſinit eo mortuo peculium eſſe & fit hereditas, ſicut & filiusfamilias qui viuo patre talis fuerat talis eſſe deſinit patre moriente fitque paterfamilias, atque ita deſinit peculium habere quod nihil aliud eſt quàm filiifamilias aut ſerui pupillum veluti patrimonium aut qua ſi patrimonium, vt loquuntur Iureconſulti in *l. peculium & ex eo* 39. *l. quoties* 47. *§. vlt. D. de pecul.* Itaque ex eo maximè intelligimus, per militiam non ſolui ius patriæ poteſtatis, quoniam alioquin neque de peculio, quod filius miles viuo patre habuiſſet, neque de illius confundendi neceſſitate poſt patris mortem quæri oporteret.

ILLATIO VII.

De perſecutione bonorum caſtrenſium filio danda etiam patre inuito.

d. l. miles 4. §. 1. *D. de caſtr. pecul. emendata.*

SEptimò ex hoc ipſo Principio petenda eſt ratio dubitandi ad id quod ſubiungit Tertyll. in *d. l. miles* 4. §. 1. *De caſtrenſ. pecul.* actionem perſecutionémque caſtrenſium rerum habere filium etiam inuito patre. Sic enim locus ille legendus eſt vt pro *ſemper* reponamus *habet*. Ratio autem dubitandi illa erat propter quam videretur non eſſe permittendum militi filiofamilias vt nullam actionem perſecutionémque ne quidem caſtrenſium rerum exercere poſſet inuito patre, quod non eo minùs ſit mancátque filiusfamilias, abſurdum autem videatur filiumfamilias in iudicio ſtare ſine conſenſu & autoritate patris *l. vltim. §. 1. verſic. neceſſitate Cod. de bon. quæ liber.* Sed reſpondendum eſt non habere id locum quoties de rebus caſtrenſibus agitur, in quibus ſcilicet filius quantumuis filiusfamilias manens patrisfamilias loco & iure cenſetur quod ad hoc vt de iis pro arbitrio diſponat, nec tantùm inter viuos, ſed etiam quod magis eſt in teſtamento *d. l.* 2. D. *de SC. Maced. dict. l. vltim.* D. *ad SC. Tertyll.* Notandum verò eſt quod Tertyll. ita loquitur *actionem perſecutionémque* vt intelligamus actionem propriè ac ſpecialiter ſumptam id eſt pro actione in perſonam differre à perſecutione, propterea quòd actiones omnes expediuntur iure ordinario, id eſt per iudices à magiſtratu datos & conſequenter in

Differentia actionis, & perſecutionis.

rer in iudicio vt ipsa definitio actionis demonstrat *l.nihil aliud* 51. *De obligat. & action.* Persecutiones verò iure extraordinario id est coram prætore alióve magistratu in iis causis de quibus non poterat olim magistratus dare iudicem sed cognoscere ipse cogebatur *l.pecunia* 178. §. *actionis De verb.signific.l.actionis* 28. *De oblig.& act.l.procurator* 23. D. *rat.rem haber.*

L. *nihil aliud* 51. *De oblig.& act.* L. *pecunia* 178. §. *actionis De ver. signific.* L. *actionis* 28. *De oblig.& act.l procurator* 23. D. *rat.rem haber.*

ILLATIO VIII.

De *milite qui post acquisitum castrense peculium dedit se adrogandum.*

OCtauò ad hoc idem Principium referendum est quod sequitur apud Tertyll.in *d.l.miles* si paterfamilias militiæ tempore vel post missionem adroganduin se præbuerit,magis esse vt huic quoque permissa intelligatur earum rerum administratio quas ante adrogationem in castris adquisierat, Quamuis enim constitutiones de iis loquantur qui cùm ab initio essent filijfamilias,militauerunt,tamen cùm secuta adrogatio nihil noui adferat nisi vt qui paterfamilias erat filiusfamilias fiat,nihil autem prohibeat, quominùs idē & miles sit & filiusfamilias & castrense peculium habens, quid vetat quominùs ad hunc quoque casum constitutiones Imperatoriæ extendantur, quæ priuilegium hoc militibus dederunt, vt quamuis reuera filiifamilias sint, tamen in peculio castrensi patresfamilias esse videantur? Cæterùm notandus sanè est casus hic valde singularis in quo non omnia adrogati bona in adrogatoris familiam, & potestatem transferantur, quod vtique à vulgaribus iuris regulis abhorret,vt scripsimus ad *Princip.*1.*illat.* 8. *sup. tit. prox.* Sed intellige non transferri pleno iure,id est ita vt adrogator eorum bonorum administrationem habeat quæ adrogatus in castris quæsiuerat ante adrogationem. Nec enim negari potest quin simul cum adrogati capite in adrogatoris familiam ista transferantur,sed cum sua qualitate, id est retento iure patrimonii castrensis,hoc solo immutato quod quæ ante adrogationem patrimonium dicebantur, post adrogationem fiunt peculium, & quidem castrense. Ex quo fit vt quemadmodum adrogatus quandiu viuit liberam habet huius peculij administrationem quasi retinens pristinum ius & nomen patrisfamilias quantū ad ea attinet quod habuerat antea in omnibus bonis suis, ita mortuo eo intestato adrogator ius habeat omnia ista occupandi iure peculij. Non alia ratione quàm quod adrogator simul cum capite adrogati transtulerit illud in familiam suam.

An peculiū castrense adrogati transeat in familiam adrogatoris.

ILLATIO IX.

De *filiofamilias milite instituto à commilitone.*

NOnò ex eodem Principio fit quod Vlp.scribit in *l. miles filiusfamilias* 5. *eod.tit.De castrens. pecul.* militem filiumfamilias à commilitone vel ab eo,quem per militiam cognouit heredem institutum etiam citra iussum patris suo arbitrio rectè gerere pro herede. Dubitationem enim illud faciebat, quòd cùm hic perinde filiusfamilias sit acsi miles non esset, certi iuris est filiumfamilias non posse delatam sibi hereditatem adire sine iussu patris, adeò vt iussum illum præcedere sit necesse, *l. si quis mihi* 25. §. *iussum.* D. *de*

L. *miles filiusfamilias* 5. D. *de castr.pecul.* L. *si quis mihi* 25. §. *iussum* D. *de acquir. hered.*

Digitized by Google

*acquir.hered.*Sed ratio decidendi eſt,quia in hac hereditate quæ vbi erit acquiſita in caſtrenſi peculio futura ſit, filius inſtitutus patrisfamilias iure cenſetur, eámque pleno iure ſibi poteſt acquirere ita vt non ſit verendum ne ex ea cauſa pater obligetur,quippe qui nihil omnino iuris in ea hereditate viuo filio habere vnquam poſſit *l.imperator* 50.*verſ.poſt decreti D.ad SC.Trebell.*At quod placuit,non poſſe filiumfamilias hereditatem ſibi delatam adire niſi præcedente iuſſu patris in cuius eſt poteſtate non aliam rationem habet, quàm ne aliquiſiat vt inuitus pater æri alieno hereditario per filium obligetur vt ſcriptum eſt in *l.qui in aliena* 6.*D.de acquir.hered.*cuius ſcilicet æris alieni diſſoluendi obligatio contrahitur per aditionem hereditatis, & aliam ſpeciem quamlibet vniuerſalis ſucceſſionis *l.more* 8.*eod.tit.l.qua dotis* 33.*D.ſolut.matrim.l.non enim* 38.*D.ad SC.Trebell.*Nihil ergo cauſæ eſt cur hic filiusfamilias de quo agimus expectare debeat iuſſum patris ad hereditatem acquirendam quæ ſibi in militia vel ex cauſa militiæ fuerit delata. Nec ad rem pertinet quod ſi contingat eum poſtea mori viuo patre futurum eſt vt pater ſit heres eius ipſius cui filius viuens heres fuerit vt ſcripſimus *illat.*2.*ſup.eod.ex l.*1.*De caſtrenſ.pecul.*Id enim non aliter futurum eſt quàm ſi pater vltro & ſponte peculium defuncti filij occupare velit: quæ occupatio ſpecies quædam eſt ſucceſſionis vniuerſalis vt diximus,ſed voluntariæ.Propter quam cauſam ſic Vlp.loquitur in *d.l.*1.*ſi peculium apud patrem remanſit* & in *l.*2.*eod.bona eius non quaſi hereditas ſed quaſi peculium patri deferuntur.*Vt ſignificet in arbitrio patris eſſe vt peculium ſibi retineat ſi velit,non etiam cogi eum vt omnimodo retineat tametſi nolit.Alioqui non tam deferri peculium patri quàm acquiri dicendum eſſet ſi quemadmodum filiusfamilias ſuus & neceſſarius patri heres eſt,ita & viciſſim pater filio neceſſarius heres vel ſucceſſor eſſe intelligeretur. Delatum ſiquidem illud dicitur quòd quis ſi velit poſſit conſequi vel repudiare *l.delata* 151.*De verb.ſignific.*Acquiſitum verò quod repudiari amplius nequeat *l.*1.§.*decretalis* D.*de ſucceſſ.edict.*Itaque ea quæ patri per filiumfamilias ſic acquiruntur vt ne momento quidem temporis in perſona filijconſtitiſſe acquiſitio intelligatur *l.placet* 79.*De acquir.hered.l.*1.*D.ſi à parent.quis manum.* filio quidem delata dicimus,acquiſita nunquam:at patri è contrario acquiſita ipſo iure, non etiam delata.

L.1. D.de caſtr.pecul.

L.2.eod.

Quid ſit delatum.quid acquiſitum.

*L.placet 79. De acquir. hered.l.*1. *D.ſi à pare. quis manu. ſit.*

ILLATIO X.

De filiofamilias milite qui ſeruum ſibi ab vxore donatum,inſcio patre manumiſit.

L.ſi militi 6. D. de caſtr. pecul.

DEcimò ex eodem Principio pendet quæſtio quam Vlp.tractat in *l.ſi militi* 6.*eod.tit.De caſtrenſ.pecul.*ſi filiofamilias militi vxor ſeruum manumittendi cauſa donauerit,& is inſcio patre manumiſerit, an ſuum libertum fecerit,Quæſtio in eo eſt an valeat manumiſſio necne.Nam ſi non valeret, manumiſſus qui ſeruus maneret libertus eſſe non poſſet.At ſi valeat, non eſt dubitandum quin ſit ille libertus militis filiifamilias à quo manumiſſus fuit,cùm peculiares & ſeruos & libertos id eſt ad peculij caſtrenſis cauſam pertinentes habere filiusfamilias miles poſſit,poſtquam Adriano placuit vt filiusfamilias miles ſeruum à ſe manumiſſum, cuius nimirum manumittendi ex peculij caſtren-

castrensis causa ius habuerit, libertũ suũ faciat non patris *l. seruum* 8. D. *de iur. patron. l.* 3. *§. si quis filiusfamilias* D. *de bon. libert.* improbata Iuliani sententia quæ in contrarium extat in *l. si filiusfamilias* 22. *eod.* facit *l.* 3. *§. an autem D. de adsign. libert. l.* 3. *§. miles D. de suis & legit. l. sed si hac lege* 30. *§. sed si castrensem D. qui & à quib. manum.* Itaque post rescriptum illud Hadriani non potest ita concipi quæstio, An filiifamilias militis seruus castrensis à filiofamilias manumissus, ipsius filij libertus sit an patris, an potiùs vtriusque, sed ita tamen vt filij viuentis causa in eo potior esse debeat, quemadmodum Iulianus existimabat, Sed de illo tantùm quærere possumus an manumissio valeat necne. Respondet verò Vlpianus magis esse vt hic scilicet seruus de quo agimus (ita enim legendum est non *hoc* vt vulgo) castrensi peculio non adnumeretur, & consequenter vt ad patrem militis pertineat, tanquam ei quæsitus per filium: quo admisso illud etiam apparet à filio manumitti eum inscio patre non potuisse, nec proinde filij libertum dici debere, sed seruum patris. Cur verò castrensi peculio adnumerandus non sit, rationem Vlpianus reddit, quia ei vxor non propter militiam sed tanquam vxor nota esset. At id scilicet alludens, quod supra diximus, non quicquid donatur filiofamilias militanti ad castrense peculium pertinere, sed id duntaxat quod ab eo acceperit quem per militiam, id est per militiæ occasionem cognouerit *d. l.* 5. *l. si forte* 8. *l. castrense* 11. *eod. tit.* Planè, inquit Vlpianus, si mihi proponas ad castra eunti marito vxorem seruos donasse vt eos manumitteret, liberósque effectos habiles ad militiam haberet, potest dici posse illum sua voluntate, id est sine patris consensu eos manumittendo perducere ad libertatem, cùm appareat non aliud quàm militiam huic liberalitati causam dedisse.

L. seruum 8. D. de iur. patron. l. 3. §. si quis filiusfamilias D. de bon. libert. L. si filiusfamilias 22. eod.

L. § l. si forte 8. l. castrense 11. D. de castr. pecul.

ILLATIO XI.

De lite inter patrem & filiumfamilias ex causa castrensis peculij.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ab ea iuris regula quæ habet inter patrem & filiumfamilias litem nullam esse posse, *l. lis nulla* 4. *l. si à me* 11. D. *de iudic. l. actiones* 7. D. *de oblig. & act.* excipiatur causa castrensis peculij *dict. l. lis nulla*, quæ exceptio inepta esset si filiusfamilias militans hoc ipso eximeretur patria potestate, cùm non alius peculium castrense habere possit quàm qui & filiusfamilias & miles est. Ex causa verò peculij castrensis habet filiusfamilias miles hoc priuilegium vt non minùs contra patrem quàm contra quẽlibet alium agere possit, viciſſimque à patre non minùs quàm ab alio quolibet conueniri: Sed cum hac differentia, quòd agere ipse nisi ex ea causa quæ castrensis peculij sit, non potest, conueniri verò in rebus castrensibus potest, non à castrensibus duntaxat creditoribus, sed etiam ab aliis quibuscumque, quoniam ex peculio castrensi omnibus creditoribus suis satisfacere & respondere cogitur *l. si castrense* 7. *D. de castrens. pecul.* nimirum in quantum facere potest vt eadem lex ait iunct. *l. miles* 6. *l. item miles* 18. *D. de re iudicat.* Ratio autem huius iuris non alia est, quàm eorum ferè omnium quæ ad hoc Principium diximus, quòd filiusfamilias in peculio castrensi quandiu viuit patrisfamilias iure censeatur.

L. lis nulla 4. l. si à me 11. D. de iud. l. actiones 7. D. de oblig. & action.

L. si castrense 7. D. de castr. pecul. L. miles 6. l. item miles 18. D. de re iudic.

Digitized by Google

ILLATIO XII.

De filiofamilias milite qui poſt inſtitutum extraneum deceßit ſuperſtite patre.

L. proponebatur 9. D. de caſtr. pecul.

DVodecimò ex eodem hoc Principio pendet quæſtio ab Vlp. tractata in *l. proponebatur* 9. *D. eod. tit. De caſtrenſ. pecul.* de filiofamilias milite qui teſtamento extraneum heredem ſcripſerat, deinde ſuperſtite patre deceſſerat. Nam cùm pater deliberante herede inſtituto & ipſe diem functus eſſet poſtea heres inſtitutus repudiaſſet, quærebatur ad quem peculium pertineret. Ad quam quæſtionem priuſquàm reſpondeat Vlpianus præfatur, Caſtrenſe peculium filiifamilias ſiquidem teſtatus ille deceſſerit quaſi hereditatem deferri heredi ſcripto, ſiue extraneum filius heredem ſcripſerit ſiue patrem. Sed ſi nihil de peculio filius decernat, non tam intelligi peculium nunc obueniſſe patri id eſt eo tempore quo filius reperitur inteſtatus, quàm à patre ipſo numquam abſceſſiſſe, profectúmque fuiſſe, cui ſcilicet etiam viuo adhærere ſemper credebatur iure poteſtatis: quod conuenit iis quæ ſuprà diximus *illat. 1. ex l. 2. hoc eod. tit. De caſtr. pecul.* Hinc verò infert Vlp. ſi ſeruo filij caſtrenſi libertatẽ pater adſcripſerit, móxque filius viuo patre defunctus ſit, non impediri libertatem, quæ tamen ſi filius ſuperuixiſſet impediretur. Quod ipſum ſicut pluribus verbis, ita multò ſubtiliùs & elegantiùs tractat Thryphoninus in

L. de heredi tate 19. §. pater eod. tit.

l. de hereditate 19. §. pater eod. tit. Pater, inquit, peculij caſtrenſis filii ſeruum teſtamento liberum eſſe iuſſit, inteſtato defuncto filiofamilias, mox patre, quæritur an libertas ſeruo competat: Occurrebat enim, non poſſe dominium apud duos pro ſolido fuiſſe, id eſt apud patrem & filium. Atqui negari non poteſt quin huius ſerui dominium fuerit penes filium, vſque adeò vt eum quoque manumittere potuerit ex Hadriani conſtitutione. Quomodo ergo potuit etiam eſſe penes patrem? Quòd ſi non fuit penes patrem, quo iure obſecro potuit pater huic ſeruo dare teſtamento libertatem? ſiquidem vt teſtamento manumiſſi liberi ſint, facit ſola lex duodecim tabularum quæ confirmat, quod datum legatúmve eſt vt Vlp. ſcribit in *fragment. tit. De libert.* §. 4. At lex duodecim tabularum de illo tantùm patrefamilias locuta eſt qui rei ſuæ non qui alienæ legem dixerit *l. verbis legis* 120. *De verb. ſignif.* Ergo alieno ſeruo non potuit pater dare libertatem in teſtamento *l. ſeruo tuo* 9. C. *de teſtam. manum.* Non magis quàm vindicta, qui tamen caſus multò minorem aut potiùs nullam recipit dubitationem, vt idem Thryphoninus ſubiungit in *verſ. non tamen*, vbi ait, ſi pater vt heres, id eſt vt dominus (ſic enim iam antè nos rectiſſimè Iacob. Cuiac. interpretatus eſt ex §. *vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.*) viuo filio vindictam ſeruo impoſuit id eſt eum vindicta manumiſerit, non poſſe dici ſeruum hunc poſt mortem inteſtati filij ex illa manumiſſione liberum factum fuiſſe. Nempe quia multò difficilius eſt, vt poteſtas & effectus manumiſſionis quæ per vindictam fit ſuſpendatur in tempus vſque mortis filii cùm ſit actus inter viuos, quàm manumiſſio quæ fit per vltimam voluntatem quæ ipſa ſui natura eſt ambulatoria in tempus vſque mortis teſtatoris, nec priùs effectum vllum habere poteſt. Itaque neceſſe eſt vt ex manumiſſione inter viuos facta vel ſtatim libertas directa competat, vel numquam. Etſi autem hæc ratio oſtẽdit ius iſtud eſſe longè apertius in ſeruo filij caſtrenſi quem pater vindicta manumittere voluerit, tamen in eo quoque qui teſtamento manumiſſus ſit idem obti-

L. ſeruo tuo 9. C. de teſt. manum. Verſ. non tamen d. §. pater.

Vlp. in frag. tit. De liber. §. 4.

nere

nere videtur cùm directa libertas testamento data quodammodo per vindicationem legata dici debeat,quæ scilicet nullum heredis factum exigit, at ne quidem consensum. In quo tamen genere legatorum constat ita ius fuisse vt non aliter valerent,quàm si testator & testamenti & mortis tempore dominium iure Quiritium habuisset vt idem Vlp.refert *tit.De legat.§.per vindicationem.* Addit Thryphoninus vt augeat dubitationem quantum ad libertatem istã àpatre datam seruo castrensis peculij,quòd si testamento tam patris quàm filij idẽ seruus accepisset libertatem,& vtrique pariter,id est simul decessissent, ita vt nesciri posset vter prior diem functus esset, non dubitaretur ex testamento filij liberum eum fore non ex testamento patris cùm ex duorũ testamentis libertatem consecutus videri non posset. Sed quamquam hæc omnia non minùs verè quàm subtiliter disputantur,concludit tamen Thryphoninus pro libertate à patre data, Non negans solum filium quandiu viuit, & iure suo vti potest serui huius dominum intelligi,sicut & totius reliqui peculij castrensis, idcóque interim & eo vsque ius patris quod habet tanquam pater & iure testatis in quolibet peculio filij,non tam extinctum esse,quàm cessare,id est vires suas non exerere, quomodo dicere aliquando solemus de obligatione quæ si extincta esset,numquam reuiuiscceret, cessare illam potiùs quàm extinctam esse vt in iis casibus de quibus in *l.qui res 98.§.aream* D.*de solut.* Sed intestato postea defuncto filio,placet Thryphonino postliminij cuiusdam similitudine patrem antiquo iurehabere peculium,id est eo iure quod obtinebat antequàm constitutiones induxissent vt filiusfamilias miles in castrensi peculio patrisfamilias vice fungeretur:retróque videri habuisse dominia rerum omnium peculiarium:Cui consequens est vt libertas patris testamento data non possit dici absolutè data seruo alieno, id est ab eo, qui testamenti tempore non fuerit dominus iure Quiritium ac proinde inutiliter,sed quemadmodum in suspenso fuit ius & dominium patris, & non apparens potiùs quàm extinctum & nullum quandiu filius vixit,& beneficio constitutionum vti potuit, quousque certum esse cœperit filium suo illo iure neque vsum fuisse, neque vti amplius posse,quod contingit eo demum mortuo intestato, ita fatendum est in suspenso manere hanc libertatem patris testamento datam, vt si filius de hoc seruo aliquid decernat, hoc ipso appareat, inutiliter datam esse à patre libertatem,id est alieno seruo, qui & in filii dominio fuerit, & in duorum dominio esse non potuerit,si verò filius intestatus decedat,& hic idem seruus mortis filij tẽpore in castrensi peculio reperiatur,valeat datio libertatis tãquã ab eo data libertate qui eo dationis tempore dominus iure Quiritium fuisse retrofingatur:Et quidẽ solus,quia cõstitutiones,quæ hac in re filiofamilias militi fauerũt non sustulerũt ius illud patris antiquũ quod bonorũ omniũ cuiuscũque peculij dominium patri acquirebat aut conseruabat,nisi sub ea veluti condicione,si filius miles de castrensi suo peculio decernere aliquid vellet. Quod si non fecerit aliud nihil est quod dici possit,præter id quod dicimus,antiquum illud ius patris saluũ ei atque integrum supereſſe. Cuius iuris potestas non in alio consistit quàm vt post mortem filii dominium rerum omnium peculij patri non tam acquisitum quàm continuatum videatur,vt ea ostendũt quæ sequũtur apud Thryph.Haud aliter ferè ac dici solet de bonorũ paternorũ dominio post patris mortem in filium continuando *l.in suis* 11.D.*de liber. & posthu.* Nã & suitatis ius quod vocant in persona filij,& peculij occupandi ius in persona patris proficiscitur vtrumque ex patria potestate,quæ facit,vt quicquid est filij

Vlp.in§.per vindicationem Tit.de legat.

d.§. pater l. de hereditate.

L.qui res 98.§.aream D. de solut.

L. in suis 11. D. de liber. & posthu.

censeatur esse patris,& contrà quicquid patris est, censeatur esse filij, quamuis neque ius dominij quod habet filius in bonis patris etiam viuentis appareat viuo patre, nec similiter ius patris quod habet ille in filij bonis, viuo filio. Hæc tantùm differentia obseruanda est, quod tum quoque cùm pater testamentum fecit in quo filium heredem instituit non eo minùs filius suus heres est ex testamento,& quidem statim vt ait *l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* id est ita vt dominium bonorum paternorum in eum continuetur ex testamento perinde atque continuatum fuisset ab intestato si testamentum nullum factum esset quia absurdum esset ob id minùs videri suum heredem filium quòd à patre fuerit institutus. At cùm filiusfamilias testamentum de castrensi peculio fecit, nullum omnino superest ius patris quantum ad peculium castrense nec si pater in eo testamento scriptus proponatur, quia hic casus pertinet ad constitutiones quæ licèt non filium ipsum qui miles est aut fuit, castrense tamen ipsius peculium à patriæ potestatis iure immune reddiderunt. Nec proinde patiuntur, vt in bonis illis castrensibus pater succedat iure patris, sed eodem prorsus iure & modo quo succederet alius quilibet à filio heres institutus, Ergo iure successionis,& nouæ acquisitionis dominij non iure continuationis veræ: Quam dictionem addimus, quia & cùm extraneus heres succedit, continuatio fit dominij rerum defuncti à defuncto in heredem ita vt nullo penitus instanti aut hereditas aut dominium iacuisse intelligatur. Sed ea continuatio fictitia est non vera, cùm inducatur, per retrofictionem illam iuris, quæ facit vt heres quandocumque adeundo iam inde ex die mortis adiisse retrofingatur *l. heres quandocumque* 54. D. *de acquir. hered. l. omnia ferè* 193. D. *de regul. iur.* At nec aliud facit ea retrofictio nisi vt nullum fuisse dici possit instans medium quo dominium bonorum neque defuncti fuerit, neque heredis, Ne alioqui si vel vnum tale instans reperiretur, hoc ipso inducere tur medium inhabile quod impediret secundum philosophos coniunctionem extremorum, id est, quod faceret ne dominium quod fuisset defuncti transferri posset in heredem, & ita per eiusmodi translationem continuari. At non facit huiusmodi retrofictio, quin semper verum sit acquiri heredi nouum dominium id est quod antea non habuerat, licèt faciat vt ea acquisitio fiat statim, ita vt dominium heredis cum dominio defuncti immediatè continuetur. Longéque aliud est tractare de continuatione dominii nunc primùm acquisiti, Aliud verò de continuatione dominij iam antè acquisiti, quamuis vtraque continuatio dicatur, sed alio & alio sensu. Idque est quod subinde Thryphoninus tractat in hæc verba, Quid autem, inquit, si testamentum fecerit filius,& non sit adita eius hereditas? Non tam facile est dicere continuatum patri post mortem filij rerum peculij dominium, cùm medium tempus quo deliberant instituti heredes imaginem successioni præstiterit, hoc est fecerit ne possit negari quin aliqua filij successio fuerit, & quidem alij delata quàm patri, Vt proinde illud quoque fatendum sit, interruptam esse continuationem illam dominij quæ alioqui futura erat in persona patris, cùm fieri nequeat vt dominium rerum castrensium peculiarium quod patris semper fuisse intelligatur alij medio tempore delatum fuerit à filio inuito patre, immo etiam à lege testamentum filij adprobante. Alioquin si poneres aditam esse eb intestato hereditatem filij, dicendum esset earum rerum castrensium proprie-

L. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. test.

L. heres quandocumque 54. D. de acquir. hered. l. omnia ferè 193. de reg. iur.

Dominij continuatio duplicis generis, Scilicet Dominium primùm acquisiti, & dominij iam ante quæsiti d. §. pater l. de hereditate D. de cast. pecul.

proprietatem transiisse à patre ad filij heredem, quod tamen absurdum esset, quia dominium quod semel patris esse cœpisset postmodum ab eo inuito abscedere non potuisset *l. si ego 9. §. 1. D. de iur. dot.* Sed tamen magis est, vt hoc quoque casu, sicut in aliis, habeamus in pendenti dominia, id est vtrumque dominium tàm patris quàm filij, vt ex postfacto seruum hunc retro patris, aut filij fuisse, vel non fuisse credamus. Filij si de illo filius aliquid decreuerit, siue inter viuos, siue in vltima voluntate quæ habuerit effectum. Patris verò, si vel de eo nihil filius viuus decreuerit, vel decreuerit quidem, sed ita, vt ipsius testamentum destitutum sit herede non adeũte, atque ita pro eo habeatur acsi nũquam factum esset. Hicque sensus est, illius verticuli *nisi in pendenti, vt in aliis & in hac specie habeamus dominia, vt ex facto retro fuisse, aut non fuisse patris credamus.* Sic enim legendum est *nisi in pendenti*, vt vulgo non vt in Florent. *Si in pendenti.* Etsi autem dubitanter magis quàm affirmatiuè loqui Tryphoninus videtur, hoc ipsum tamen pro affirmatione omnimodo accipiendũ est, modo loquendi iureconsultis nostris familiari, cùm de re dubia sententiam suã modestè, vt decet, exponunt. Idque apparet euidenter ex illis sequentibus *secundũ quod* quorum sensus non alius est, quàm si sic scriptum esset, *Quo admisso & præsupposito pro constanti.* Ergo cùm eam speciem tractemus in qua filius quidem testamentum fecerit, sed quod pro nõ facto habeatur, quia fuerit destitutum, concludendum est, non eo minùs valere ipso iure libertatem à patre datam, vtpote quam verum sit à vero domino datam esse. Nam quemadmodum viuo filio dominium peculij castrensis de quo nondum filius disposuit in pẽdenti est, ita vt nõ possit verè & absolutè dici seruum hũc, aut filij esse, aut patris, ita & mortuo filio quamuis testato duntaxat patre adhuc superstite, nihil prohibet idem dominium perinde adhuc in suspenso manere, quandiu in pendenti est, an testamentum quod reuera factum est pro infecto haberi debeat necne, Nisi quod hoc paullò difficilius est propter illam successionis imaginem, quam inducit causa testamenti quandiu aliquis ex eo testamẽto heres speratur. Sed tamen sublato tandem postea testamento, quod herede non adeunte destituitur & fit irritum, imaginem quoque illam successionis, quæ non nisi ex testamento inducta erat sublatam esse necesse est, nec vlla prorsus vestigia eius superesse. Quod si ita est, non potest illa facere quominùs perinde videri debeat peculium semper fuisse in dominio patris acsi filius ab initio intestatus decessisset. Quid enim refert, an ab initio, an ex postfacto intestatus decesserit? cùm vtroque casu locum æquè habeat causa intestati, verúmque sit in totum decessisse filium intestatum, id est non solùm pro toto patrimonio, sed etiam pro toto illo tempore, quod secutum est mortem: in quo vtique nemo negauerit, illud etiam tempus comprehendi, quod medium fuit inter filij mortem, & instans destituti testamenti. Alioqui eueniret, vt filius hic pro parte temporis testatus & pro alia parte intestatus decessisse intelligeretur, quod in filiofamilias pagano non minùs absurdum est, quàm vt pro parte bonorum decedat ille testatus, pro parte intestatus, vt in hac eadem lege *§. filiusfamilias*, Thryphoninus scribit. Subiicit verò Thryphoninus, Secundum hanc sententiam verissimam quæ habet dominium tam patris quàm filij in rebus castrensibus esse in pendenti non solùm quandiu filius viuit, sed eo quoque mortuo, quandiu testamentum in eo est, vt destitui possit, faceréque intestati exitum filius potest, difficile esse expedire, si dum deliberant heredes à filiofa-

Dominium in pendenti.

§ filiusfamilias dict. l. de hereditate.

milias inſtituti dies ceſſerit legati dati ſeruo iſtius peculij in teſtamento eius ex quo pater nihil capere potuiſſet,an id ad ipsũ patrẽ pertineat,cùm vtiq;,id eſt ſine dubio ad heredem filij qui incapax nõ eſſet legatum illud pertineret. Nec aperit Thryphoninus quid putet ille reſpondendum ad hanc quęſtionem.Sed tamen non eſt difficilis reſponſio ex prædictis. Nam ſi deſtituto quandocumque teſtamento res ad eam cauſam deducitur, vt nullum vnquam teſtamentum factum videatur,nec proinde dominium quod iure poteſtatis habuit pater in bonis filij caſtrenſibus ab eo vnquam abſceſſiſſe, vt loquitur Vlp. in *d.l.proponebatur*.Conſequens eſt,vt ſicuti in hac poſtrema ſpecie verum eſt dominium ſerui retrofingi fuiſſe ſemper patris, Ita fatendum ſit numquam ceſſiſſe vtiliter diem legati relicti ſeruo incapacis,tametſi ceſſurus fuerat vtiliter ſi teſtamentum filiifamilias deſtitutum non fuiſſet,quoniam eo caſu heredes à filiofam. inſtituti quandocumque adeuntes retrofingerentur adiiſſe ex die mortis filij *d.l.heres* 49. *De acquir.hered.*atque ita nihil prohiberet ceſſiſſe vtiliter diẽ legati relicti ſeruo eorũ quos ponimus fuiſſe capaces,quomodo cõtingit in aliis omnibus legatis ſeruo hereditario iacẽte hereditate relictis. Facilior tamẽ,inquit Thrypho,de libertate ſerui deliberatio eſt,in priore illa ſpecie in qua filius inteſtatus deceſſiſſe proponitur.Etſi enim vtroque caſu idẽ ius eſt,vt hæc ipſa verba oſtendunt,hoc eſt,vt valeat ipſo iure libertas à patre data tãquã àvero domino propter eas rationes quas attulimus,minus tamẽ difficultatis habet prior ſpecies illa de filio qui ab initio inteſtatus deceſſit, id eſt, qui nũquã fecit teſtamentũ:proptererà quòd nulla tunc fuerit imago ſucceſſionis quę videri poſſit interrupiſſe continuationẽ illã dominij paterni,quę nõ niſi aliquo filiifamilias iudicio interrũpi potuit,ſi is de peculio caſtrenſi,vel inter vivos,vel in teſtamento aliquid decreuiſſet.Quod cùm ita ſit apparet,non poſſe defendi quæ apud Thryphoninum ſequuntur in hæc verba *nõ eſt ergo ratio reſpondendi competere libertatem eo tempore datam quo nõ fuit in dominio patris*.Etenim quãuis verũ ſit directã libertatem ab eo qui dominus non ſit dari nõ poſſe,tamẽ ad rẽ noſtram id nõ pertinet cùm in ſuprafcriptis ſpeciebus omnibus verum ſit quod probauimus ſerui de quo tractamus dominium ſolius patris non etiã filiifamilias fuiſſe ex poſtfacto non tam retrofingi,quàm apparere,vt Paulus ait in *l.qui res* 98. *§.rem autem* D.*de ſolut.* vbi quamquam initio ſcribit quoties caſtrẽſis peculij res à patre ſoluitur,perinde id accipi debere acſi alienã dediſſet,id tamẽ duntaxat pertinet,vt hac ratione impediatur liberatio,ne per huiuſmodi ſolutionẽ liberetur ſtatim & ipſo iure pater,quomodo liberaretur ſi ſuãnõ alienã rẽ ſoluiſſet.Cęterùm nõ negat Paul⁹,immo apertè ſubiicit poſſe rẽ hãc caſtrẽſem reſidere apud eũ,cui ſoluta eſt,tãquã bene & à domino ſolutã,ſcilicet ſi filius prior deceſſerit inteſtatus:Sed tũc acquiſita intelligitur,ait ille,cùm filius deceſſerit,Et vtique cuius hæc res fuerit patriſneam filij euentus declarabit. Eſt enim hoc ex iis in quibus quid antea & in pręteritum fuerit, poſtfacta declarãt,Vt & in ſpecie de qua in *l.huic ſcripturæ* 15.*§.*1.*D.ad leg.Aq.* Eſt igitur illud etiã ridiculum quod ſequitur apud Thryphoninũ *Fauorabilem tamen ſententiam contrariam in vtroque caſu eſſe non negamus.* Quid enim attinet ad fauorẽ libertatis recurrere, vbi mera ipſa iuris ratio facit pro libertate? An ergò locum hunc à Triboniano tantoperè corruptum eſſe dicemus? Ego ſi quis affirmare velit, non valde repugnabo, cùm tot aliis locis videam eum non minore iuris imperitia lapſum,idem facinus attentaſſe,præſertim verò in

d.l.proponebatur 9. ee. tit. D. caſtr. pecul.

Rmildanio d. §. pater.

l.qui res 98. §.rem autẽ D. de ſolut.

l.huic ſcripturæ 15. §.1. D. ad leg. Aquil.

l.vlt.

l.vlt.huius tit. de qua mox dicemus. Sed tamen fieri facilè potest, vt imperiti alicuius interpretis audacia hunc errorem inuexerit, decepti fortasse ex præcedẽtium verborum corrupta lectione, illo loco quem Pand. Floren. sic legũt *quod absurdum est, si pendenti, vt in aliis & in hac specie habeamus dominia, vt ex facto retro fuisse, aut non fuisse patris credamus.* Nam si hoc verè dici posset, absurdum esse in pendenti manere dominia patris & filij, fatendum esset non potuisse à patre dari libertatem huic seruo, quem planè certum est interim, id est quandiu filius viuit, & de eo disponere potest magis filij esse quàm patris. Sed iã docuimus viciosam esse lectionem Florẽtinam, legendúmque esse, vt vulgaris, & Haloandrina editio habet *nisi in pendenti*, vt sit hoc initium nouæ clausulæ, & præcedentia illa *quod absurdum est* puncto concluſa non nisi ad præcedentem clausulam referantur. At pone filiumfamilias hunc fecisse testamentum de rebus castrensibus in quo instituerit heredem patrem, qui iam antea testamento suo dederat huic seruo filij castrensi directam libertatem. Defuncto postmodum filio superstite patre qui & ipse postea decesserit. An dicemus competere libertatem ex eo patris testamento? Hæc quæstio est quæ ex Paulo tractatur in *d.l.vlt.eod.tit.* ad quam sic Paulus respondet *videndum est*, inquit, *nũquid ei comparari* hic seruus *debeat qui eum manumitteretur alienus erat, deinde postea adquisitus est.* Quibus verbis significat non obscurè libertatem huic seruo competere non posse. Nam quoties seruo alieno libertas non consentiente domino data est, siue inter viuos, siue in testamento data sit, cõstat vsque adeò iuris auctoritate impediri libertatem, vt quamuis postea manumissor domino heres extiterit, non eo magis libertas confirmetur, nec si cognationis iure legitimus heres quis fuisse proponatur *l.si seruo 20.D.qui & à quib.manu.* iunct. *d.l.seruo 9.C.de test.manu.l.Seruius 35.D.eod.§. pen.Instit.de singul.reb.per fideic. relict.* quibus posterioribus locis apertè scriptũ est, nõ aliter directam libertatẽ testamẽto dari posse quàm si is qui dat dominus sit serui vtroque tempore & testamẽti & mortis, Excepto singulari illo casu quẽ Vlpianꝰ tractat in *l.si seruus 30.D.de test.manu.* si serui qui apud hostes sunt, testamẽto liberi esse iussi sint. Hos enim placet ad libertatẽ peruenire, id est liberos ipso iure fieri, dũmodo ab hostibus aliquando redeãt, quãuis neque testamenti, neq; mortis tẽpore testantis fuerint, sed hostiũ, tãquã qui ex domini persona ius postliminij habere debeãt in sui cõmodũ propter libertatẽ quã à domino medio tẽpore acceperunt. Apparet etiã ex supradictis locis, Si is qui testamẽto suo directã libertatẽ dedit non fuerit dominus, vtroque tempore & mortis & testamẽti vsque adeò inutilẽ esse dationem libertatis, vt non solùm iure libertas non competat, sed neque ex æquitate & fauorabiliter defendatur, Nec si mortis tempore dominus reperiatur is qui nõ fuerat tempore testamenti. Alioqui dicẽdum esset falsas esse leges omnes supradictas & alias similes pene innumeras, quæ denegãt libertatem. Parum siquidem foret dicere libertatem non competere ipso iure quæ ex æquitate & sui fauore tuenda esset. Et tamen in ea specie quam Paulus tractat in *d.l.vltim.* longè aliud concluditur his verbis, *sed fauorabile est libertatem à patre relictam admittere.* Sed quod magis miror illud est, quod statim sequitur, *& ab initio patris esse eum videri ex hoc quod postea contigit, ostenditur.* Nam si hæc ratio vera est, probat manifestè rationem ipsam iuris facere non fauorem libertatis, vt hæc libertas ipso iure valeat quæ à patre data fuit. Quid enim excogitari potest, quod impedire debeat, quominus cõpetat libertas huic seruo à patre data si iam inde à testamenti tempore in patris do-

L. vlt. D de castr. pecul.

L.si seruo 20. D. qui & à quib. manu. l. seruo 9. C. de testam. manum. l. Seruius 35. D. eod. L.si seruus 30. eod.tit.

Digitized by Google

minio fuisse intelligitur, cùm si mortis tempus inspiciatur dubitatio nulla sit quin dominus fuerit pater qui filij sui testamentarius heres fuit ? Sed euidenter falsa ratio est, si ratio dici potest quæ est falsa. Cùm enim tractemus eum casum, quo filiusfamilias de castrensi peculio testamentum fecerit, fatendum necessariò est, hoc ipso apparere ex posttacto dominium huius serui non fuisse patris tempore testamenti, sed solius filij, *l. ferui* 17. D. *de manu.* posteà verò patri obuenisse ex filij testamento, quod etsi appareret euidentius si filius alium quàm patrem heredem scripsisse proponeretur, tamen non ob id minùs certum & verum est, quod pater ipse fuerit institutus. Vtitur enim hoc casu pater iure alterius cuiuslibet etiam extranei heredis, ita vt bona filij castrē sia pertinere ad eum incipiant non tāquam peculium, sed tanquam hereditas, id est non tanquam ad patrem, sed tanquam ad alium quemlibet heredem *d. l.* 2. *d. l. proponebatur* 9. *eod. tit.* Igitur hæc quoque adiectio cùm Paulo adscribi nō possit, quia falsa est, consequens fit, vt eidem nostro Triboniano adscribenda sit, quem illud sanè fefellit, quod absurdum putauit patrem à filio heredem scriptum ob id solùm quòd scriptus fuerit minus iuris habere in hoc seruo, quàm habiturus erat si filius intestatus decessisset. Videtur enim id παράδοξον vt testamēto, quo quis heres sit institutus, deterior fiat cōdicio ipsius instituti. At debuit animaduertere hoc casu nocere patri, non quod institutus fuerit à filio, sed quod filius testamentum fecerit, quem intestatum mori oportebat, vt serui cæterarúmque rerum castrensium dominium numquam à patre profectum fuisse ex posttacto intelligeretur. Sublato autem per testamentum filij iure omni patris, non solùm quod habebat, sed etiam quod sperare vnquā vel per retrofictionē poterat in castrēsi peculio filij, prodest ei proculdubio, quòd fuerit à filio institutus. Siquidem facto testamēto, si ipse non fuisset institutus, necesse esset alium reperiri institutum, cùm sine institutione nullum sit testamentum, atque ita non potuisset peculium illud castrense filij ad patrē vnquā peruenire, neque tanquam peculium, quia peculium esse desiisset facto confirmatóque per hereditatis additionem testamento, neque tanquā hereditas, quia nō pater, sed alius heres institutus fuisset. Et verò parū elegās planè) noua est ea locutio, *sed fauorabile est libertatē à patre relictā admittere* pro eo quod Tribon. dicere voluit, fauorē libertatum defendēdā libertatem hāc quā pater dedit. Sed & in sequentibus illis *& ab initio patris eum esse* scribendum erat *fuisse*, non *esse*, vt in *l. præced. locatus fuerat Thrypho. in vers. nisi in pendenti*, quæ omnia Triboniani manum minus elegantem tanto apertiùs produnt. Verùm redeamus iam ad Vlpianum nostrū in *d. l. proponebatur*. Pergit ille priusquàm ad quæstionem à se propositam respondeat præmittere alia nonnulla ex quibus probet, verum esse quod iam dixit castrense peculium si de eo nihil filius aut inter viuos, aut in testamento decreuerit retro videri fuisse patris, nec tam ei per mortem filij obuenisse, quàm ab eo profectum numquā esse. Tale illud est quod ex Marcello subiungit seruum hunc filij peculiarem patri quoque necessariū heredē existere posse, Nimirū si filio pater superuixerit. Quod tamen verum esse admittiue nullomodo posset, nisi pater qui testamento heredē illū scripserat viuo adhuc filio (sic enim Marcellus haud dubiè intelligendus est ne videatur de indubitabili re tractasse si ponas factū à patre post filij mortē testamētum) solus domini seruus retro fuisse crederetur. Necessariū enim heredē facit solum ius dominicę potestatis, & quidem quod penes testatorem fuerit eo po-

l. ferui 17. D. *de manum.*

d. l. vlt. D. *de castr. pec.*

d. l. proponebatur 9. eo. ti. De castr. pecul.

eo potissimùm tẽpore, quo testabatur. §. 1. *Instit. De hered. qualit. & differ.* Addit Vlp. etsi rem peculij castrensis pater legauerit, idem esse, hoc est eodem casu quo libertatem à patre datam, vel competere, vel impedire diximus legatũ quoque, vel deberi, vel impediri. Quod apertius idem Vlp. in *l. seruum filij 44. De legat. 1.* sic exprimit, vt dicat patrem posse seruum filij sui castrensis peculij legare; & si viuo patre mortuus sit filius, & apud patrem peculium remanserit, id est neque à filio viuente fuerit alienatum, neque à patre post filij mortem reiectum, perinde consistere legatum ac si pater eam rem relegasset, quæ ab initio sua pleno iure fuisset: Ratione illa, quòd tùm filius iure suo non vtitur, retro credatur pater dominium in seruo peculiari habuisse. Quibus ita præmissis respondent Vlp. ad propositam quæstionem ait, Cùm heres quem diximus à filiofamilias in peculio castrensi institutum fuisse, repudiauerit hereditatem, quamuis mortuo iam patre retro bonis patris peculiũ accessisse, ideóque posse dici etiam aucta fuisse patris bona per hanc repudiationem. Nec est nouum, inquit, vt ex postfacto aliquis eum successorem habuisse videatur, quem mortis tempore habere non potuerit. Nam etsi filius eius, qui ab hostibus captus est decesserit patre captiuo viuo, siquidem pater regrederetur, quasi filiusfamilias peculium haberet hic filius, non hereditatem. Enimuerò si ibidem pater decesserit, quasi paterfamilias legitimum habebit filius successorem. Immo quod magis est retro habuisse creditur eius successor, ea quoque quæ medio tempore filius iste quæsiit, nec heredi patris, si fortè alij, vel in totum, exheredato hoc filio in testamento, vel in partem instituti sint heredes, sed ipsi filio quæsita videbuntur, quod & à Papiniano scriptum est in *l. penult. D. de suis & legit.* & à Thryphon. in *l. in bello 12. §. 1. D. de captiu. & postlim.* Omnium autem aptissimus ad confirmanda ea quæ diximus & accommodatissimus textus est apud Mæcianum in *l. ex castrensi 18. D. castrens. pecul.* vbi postquàm scripsit, Ex castrensi peculio seruum à patre heredem instituì posse, & filium necessarium heredem patri facere., Nimirum si filius hic post patrem & intestatus & non alienato seruo decesserit (alioqui siue testatus sit, siue seruũ alienauerit ius patris peremit, atque ita fecit vt alienum non proprium seruum instituisse pater dicendus sit, inauditum verò est, vt per eum seruum qui numquam testatoris fuerit possit quis fieri necessarius heres testatori, quãdoquidem per eum quis necessarius heres existere non potest, qui ipse non esset extaturus *l. qui in aliena 6. §. penult. D. de acquir. hered.*) Subiicit generaliter in hæc verba, *Et in summa ea res, hi actus patris, qui ad præsens alienationem alicuius iuris de castrensi peculio præstant, impediuntur, hi verò qui non statim, sed postea quidem efficere solent: eo tempore animaduertuntur, quo effectum habere consueuerunt, vt si eo tempore sit filius cui auferatur, nihil agatur, sin ante decesserit, actus patris non impediatur.* Ex quo statim idẽ Mæcianus infert, si pater hic viuo filio agat cõmuni diuidũdo aduersus condiuisores (Ex qua causa solẽt plerumque fieri ab arbitro adiudicationes per quas alienatus ea pars quæ socio adiudicatur, *l. si quis putãs 6. §. si fũdus cõmunis 8. & seq. D. cõmun. diuid. l. 1. & 3. C. eod.*) nihil tamẽ quod ad castrẽsis peculij causam pertineat, patrem alienaturum. Exemplo, inquit, dotalis prædij, quod in iudiciis familiæ erciscundæ & communi diuidundo, neque in diuisionem, neque in adiudicationem vnquam venit, Non ob id solùm, quòd æquum sit præcipuum illud remanere apud maritum qui onera matrimonij solus sustinet *l. si filia 20. §. hoc amplius D. famil. erciscund.* sed etiam propter adne-

§. 1. *Inst. de hered. qual. & differ.* *L. seruũ filij 44. de leg. 1.*

L. pen. D. de suis & legit. l. in bello 12. §. 1. de capt. & postlim. *L. ex castrẽsi 18. D. de castrens. pecul.*

L. si filia 20. §. hoc amplius famil. erciscund.

Digitized by Google

xum ius vxoris cuius dos esse intelligitur *l. quamuis* 72. *D. de iur. dot.* & cui dos vt soluto matrimonio reddi debeat fieri potest. Nã si eo tẽpore quo cõmunio & societas bonorũ diuideretur in ea causa esset dos, vt certũ esset eã, vel partẽ eius reddi numquam oportere, diuidere illa illiúsve partem quæ nũquam restituenda esset inter socios iudex deberet *l. quod si eo tempore* 66. iunct. *§. vlt. l. præced. D. pro socio.* Similiter igitur dicendum est bona filij castrensia patre agente communi diuidundo in diuisionem venire non debere, cùm fieri possit non solùm vt ad filium pertineant, sed etiam ita pertineant, vt numquam patris fuisse dici possint, nempe si de iis aliquid filius, siue inter viuos, siue in testamento decernat. Sed nec si socius vltro cum eo aget, inquit Mæcianus, id est cum patre ad diuidendas res peculij castrensis sicut & cæteras quæ sunt propriæ patris, quicquam agetur, id est nihil ideò ex castrensibus socius consequetur, non magis quàm si cum eo ageret cui bonis interdictum esset. Nam & huic patri interdictum est, ne quid ex filij sui peculio castrensi alienare possit, quippe quod à patris patrimonio quandiu filius viuit & in eo est, vt de illo possit disponere, sit ex constitutionibus separatũ. Si tamẽ seruos ex eo peculio in quibus habeat alius vsumfructum, velit pater eo vsufructu liberare, itémque prædia tã vsufructu quàm cæteris seruitutibus, quæ à solis prædiis non etiam ab hominibus deberi possunt, vnde & prædiorum appellãtur, dubitandum non est quin id liceat patri, quod liceret etiam prodigo cui bonis esset interdictum. Nam & ei permittitur condicionem suam meliorem facere non etiam deteriorem. At è contrario, neque seruis ex eo peculio vsumfructũ, neque prædiis, vel vsumfructum, vel seruitutem imponere pater poterit, quoniam fieret ea ratione deterior condicio peculij quod non ab alio fieri potest, quàm ab eo qui in præsens dominus sit pleno iure. Quæ sententia & ratio est eorum de quibus idem Mæcianus tractat in *§. seruos eod. leg.* subinde quærit ille in *§. si quando*, Si ex peculio filius rem alienam bona fide tenebit, an pater eius actionem in rem, vel ad exhibendum pati debeat, vt cæterorum filiorum nomine pati solet, id est eorum qui castrense peculium non habent. Sed verius est, inquit, cùm peculium hoc à bonis patris separetur, scilicet ex cõstitutionibus quæ filiumfamilias in eo peculio patrisfamilias iure censeri voluerunt, non esse imponendam patri defensionis necessitatem. Dixi separari peculium hoc à bonis patris ex constitutionibus, vt excludã separationẽ illam quæ interdum fit ex prætoris edicto De separationibus, de qua in *l. 1. §. si filiusfamilias 11. ili. tit. De separ.* Non enim separatio illa est bonorum filij castrensium à bonis patris quæ iam sunt ex constitutionibus & ipso iure separata (edictum autem illud prætoris nõ alia bona separat, quàm quæ sint ipso iure confusa) sed creditorum castrensium à cæteris, vt ibidem Vlp. apertè scribit. Quamquam de illius loci sententia videnda sunt, quæ à nobis alio loco fusiùs sunt explicata. Sequitur apud Mæcianum, Sed nec cogendum esse patrem ob æs alienum, quod filius nomine peculij castrensis fecisse dicetur, de peculio pati actionem, tanquam qui in eo filij peculio nec paterfamilias esse, nec præsens ius vllũ quandiu filiusfamilias viuit, habere intelligatur. Cui consequenter dicendum est, Si sponte pater eius peculij nomine actionem de peculio pari velit, cogendum eum satisdare, & quidem de filio in solidum non peculio tenus defendendo, quia non tanquam pater, sed tanquam alius quilibet ad eam defensionem accedat. Nam & alius defensor quilibet, idipsum

facere

l. quòd si eo tempore 66. & §. vlt. l. præced. D. pro socio.

d. l. ex castrẽsi 18. D. de castr. pecul.

§. seruos eiusd. leg. §. si quando ibi.

l. 1. §. si filiusfamilias De separat.

d. l. ex castrens.

Digitized by Google

facere cogeretur *l. sed & hæ personæ 35. §. defendere D. de procurat.* Sed & huius filij nomine qui castrense peculium habet, nō aliter mouere actiones pater potest, ad illud scilicet peculium pertinentes, quàm si satisfederit filium ratam rem habiturum: Siquidem & in alio quolibet qui alieno nomine ageret idem obseruaretur *tot. tit. D. rat. rem haber.* His iungenda sunt quæ infra scribemus illat. 17.

ILLATIO XIII.

Ex castrensibus filij bonis nihil patribus deberi.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit quod iuxta notam Marcelli Pomponius tradit in *l. ex nota* 10. D. *de castrens. pecul.* ex castrēsibus filij bonis nihil patribus deberi. Sensus enim est, quamuis pater ius potestatis suæ retineat non minùs in filium qui castrense peculium habet quàm in cæteros, non tamen inde fieri, vt quicquam iuris habere debeat in eo peculio quamdiu filius viuit *l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Sed nec mortuo filio debetur patri vlla portio ex castrensibus rebus, cui tamen ex bonis filij emancipati tam antiquo, quàm prætorio iure aliqua deberetur, id est tanquam patri, & tanquā manumissori *l. 1. in princip. & §. vlt. D. si à paren. quis ina. sit.* Nempe quia quòd emancipatus bona aliqua habere potest, cōcessum est ex beneficio patris, cui alioquin omnia iure potestatis erat acquisituras, vt Vlp. præfatur in princ. *d. l. 1.* At quod filiusfamilias castrense peculium sibi proprium habere possit, in eóque patrisfamilias iure censeatur non habet à patre, sed illo etiam inuito ex constitutionibus in præmium militiæ suæ laborumque à se pro republica toleratorum. Aliò pertinet quod dici solet de militis testamento inofficioso nec patrem, nec alium vllum etiam militem dicere posse *l. si instituta* 27. §. *de inofficioso* 1. *D. de inoff. testam.* Aliud enim & separatum militis priuilegium illud est, vt eius testamentum, siue paterfamilias, siue filiusfamilias sit per querelam inofficiosi testamenti numquā subuerti possit, siue militari, siue cōmuni iure testamentū factō proponatur *l. de inofficioso* 9. *C. eo.* At nos tractamus de priuilegio non militis, sed peculij castrensis quod habeat filiusfamilias etiā paganus, & dicimus ex eo peculio neq; legitimā vllā portionē, neque aliud quicquā deberi patri, propter quod permittendum ei sit, vt siue per querelam inofficiosi, siue alio modo filij iudicia impugnet. Immo & si pater à filio in eo castrensi peculio heres scriptus sit, & grauatus legatis, vel fideicommisso falcidiam deducere nullam potest, quamuis hactenus ei parcatur, vti ne supra vires patrimonij quicquam præstare teneatur *l. 1. §. denique D. ad SC. Trebell. l. pater qui castrense 17. §. 1. D. de castrens. pecul.* Ex quibus tamen locis apparet, ita demum falcidiam ex peculio castrensi detrahi non posse, si filius testatus sit eo tempore quo militabat, vel intra annum quàm militare desierat, non item si post annum. Quò etiam pertinet quod scriptum est in *l. si miles 92. D. ad leg. falcid.* Vsque adeo autem nec patribus aliquid ex castrēsibus filij bonis debetur, vt si quis à fratre suo, eodémque commilitone in eisdem castris heres institutus sit placeat successionē defuncti in castrensi peculio superstitis potiùs quàm patri cōmuni in cuius potestate vterque fuit per superstitē quæsitā videri *l. cùm allegas* 4. *C. de castr. pec. milit. præfect. lib.* 12. *tit.* 37. vbi rationem Imp. Gordianus reddit, quòd peregrinationis labor sociatus, commilitij

L. ex nota 10. eo tit. De castr. pecul.

l. imperator 50. D. ad SC. Trebell.

Plus iuris habet pater in bonis defuncti filij emancipati quàm in castrensi peculio filij militis.

L. si instituta 27. §. de inofficioso 1. D. de inoff. testam.

L. de inofficioso 9. C. eod.

L. 1. §. denique D. ad SC. Treb. l. pater 17. §. 1. D. de castr. pec. l. si miles 92. ad leg. falci.

L. cùm allegas 4. C. de castr. pec. milit. præf.

Digitized by Google

ius(sic enim lego non *eius*)& obeundorum munerum consortium adfectioni fraternę nõnihil addidisse,quinimo vice mutua charioresinuicem sibi eos reddidisse credendum sit.Dubitandi enim ratio illa erat quod frater fratrem potius tanquam fratrem quàm quasi commilitonem instituisse videretur, Quod si ita esset dubitari non oporteret quin ad càstrensis peculij causam fraterna illa hereditas pertinere non posset,vt suprà diximus ex *l.*5.6.8.*&* 11.*D.eod.*Vt euenit facto ante commilitium testamento,vt loquitur & distinguit Tryphon. in *l.de hereditate*,19.*in prin.eod.tit.* qui locus in hac quæstione notatu dignissimus est.

ILLATIO XIIII.

De filiofamilias milite in adoptionem dato.

L.pater qui dat 12.*eo.ti. l.in adoptionibus* 5. D. *de adopt.*

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt pater filium militẽ alij in adoptionem dare possit *l.pater qui dat* 12.D.*eod.tit.*De *castrens.pecul.* quod ius constat proprium esse eorum patrum qui liberos habent in potestate *l.*2.*l. in adoptionibus* 5.D.*de adopt.* Non tamen consequens est,vt pater qui filium militem dat alij in adoptionem, possit etiam ei auferre peculium quod semel militiæ iure filius tenuerit,id est peculium castrense,vt Papin.monet in *d.l.pater.*Vbi ex eo infert, Multò maiori ratione dicendum esse, nec emancipando filium posse patrem hunc ei aufferre peculiũ,quod nec in familia retento auferre potest. Cur enim plus iuris habeat pater in peculium filij castrẽse filium emancipando,quàm ipsum in potestate sua retinendo? Nec est cõtrariũ quod

*L.*4.*§. vlt.* D. *de doli mal.except.*

scriptum est in *l.*4.*§.vlt.*D.*de dol.except.* patri licere in rebus peculiariis deteriorem facere condicionem liberorum.Id enim ad peculium profectitiũ pertinet,quod licèt filij quodammodo esse dicatur, magis tamen est patris, cùm non nisi vno casu ad filium pleno iure spectare possit,Nimirum si patris bona à fisco propter debitum occupata sint, quo casu peculium ex Claudij con-

*L.*3.*§. sed vtrum l.patri* 27.*D.de minor.*

stitutione filio separatur *l.*3.*§.sed vtrum in fin.l.patri* 27.*in princip. D. de minor.* Sed peculij castrensis alia ratio est,in quo scilicet nihil iuris pater habet quandiu filius viuit,& de peculio illo decernere aliquid potest, cùm vt sæpius diximus. filiusfamilias in eo patrisfamilias loco & iure censeatur *d.l.*2. *D. de SC. Maced.l.vlt.D.ad SC.Tertyll.*

ILLATIO XV.

De dote filiofamilias militi data,vel promissa.

*L.dotem.*16. D.*de castr. pecul.*

DEcimoquintò ex eodem Principio fit quod Papin.respondit in *l. dotem* 16.De *castr.pec.*dotẽ filiofamilias datã vel promissam in peculio castrẽsi nõ esse.Nec ea res,inquit,cõtraria videbitur ei quod Diui Hadriani tẽporibus placuit filiũfamilias militẽ vxori à quâ scriptus fuerat heredẽ extitisse & hereditatem in castrẽse peculium habuisse,ob idque seruos hereditarios ab eo manumissos proprios eius libertos factos esse,vt idem Papi. addit in *l.Diuus Hadrianus* 13.*eod.tit.*& Modestinus in *l.seruum* 8.D.*de iur. patron.*Nam differentia inter dotem & hereditatem non inelegans illa est,quòd hereditas,inquit Papinianus,aduẽtitio iure quæritur.Dos autem matrimonio cohærens oneribus

L. Diuus Hadrianus 13.*eo l.seruũ* 8.*D.de iur. patron.*

eius

eius ac liberis communibus, qui sunt in aui familia confertur. Quibus verbis ostendit Papinianus non modò filium familias militem in familia & potestate patris sui remanere, sed etiam quod est omnino consequens, liberos ex eo susceptos in eadem esse familia & potestate, ob idque æquum esse dotem retineri ab auo, cuius oneri sint liberi ex illo matrimonio suscepti, sicut & cætera omnia onera matrimonij propter ius patriæ potestatis *l. penulti. D. de agnosc. & alend. liber.* Perpetuum namque est vt ibi dos esse debeat vbi sunt onera matrimonij *l. si is qui* 56. *§. ibi dos D. de iur. dot. l. quamuis* 75. *eod. l. si filia* 20. *§. hoc amplius D. famul. ercisc. l. actione* 65. *§. vlt. D. pro socio.* Ex eo autem Hadriani rescripto per Papinianum relato, intelligimus, quod supradictum est ex Vlpiano in *l. si forte* 8. *De castr. pecul.* si fortè vxor marito suo filiofamilias aliquid donauerit, aut legauerit, quamuis expresserit nominatim vt in castrensi peculio id haberet, non ideo tamen castrensi peculio adgregari debere, ita accipiendum esse si donatum sit filiofamilias à militia reuerso nec amplius in castris agenti. Alioqui si eo tempore filiusfam. militabat dicendum est saltem post rescriptũ Hadriani quicquid vxor aut cognatus aliquisve ex parentibus ei dederit siue hereditatis, siue legati, siue donationis alióve quolibet titulo (nihil enim refert) in castrensi peculio id adnumerandum non solùm si expressim id cautum sit sed etiamsi nihil de eo dictum fuerit *l. castrense* 11. illis verbis *quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est eod. tit.* Nam quæ postea in eadem lege adhibetur distinctio, An perinde filiusfamilias extra castra fuerit ista acquisiturus, ad ea pertinet quæ aliunde ille acquisierit non ad ea quæ à parentibus aut à cognatis aut ab vxore. Hæc enim filiofamilias militanti delata vsque adeo peculij castrensis esse constat, vt dubitatum sit, An quæ pater filio militi à castris reuerso donauit eodem iure censeri debeant, Etsi placet eidem Papiniano nõ debere, id est non castrensis peculij id fieri, sed alterius peculij perinde acsi filius ille numquam militasset. *l. pater milite* 15. *eod.* Atqui suprà diximus *illat.* 4. maternam hereditatem filiofamilias etiam in castris delatam ad castrense peculium non pertinere ex *d. l. 1. C. de castrens. pecul. milit. præfect. lib.* 12. *tit.* 37. Sed non sunt ista contraria. Hereditas enim quam lex sola defert non potest videri delata filio militi tanquam militi, sed tanquam filio *l. tutelas* 7. *D. de capit. min.* At si mater condito testamento filium militantem heredem instituat, credẽda est non tantùm naturæ & sanguinis ratione, sed potissimum iusta erga rem publicam adfectione filium tanquam de repub. bene merentem instituisse, cũ disciplina castrorum antiquior fuerit parentibus romanis, quàm charitas liberorum, vt non minùs grauiter quàm eleganter Paulus scribit in *l. postliminium* 19. *§. filius quoque De captiu. & postlim.* Nempe quod parentum ipsorum votum si ij sint quos esse decet, tale esse debeat, vt ipsi quoque de patria & republica priùs quàm de proprijs liberis bene meriti videri possint, quod ita demum consequuntur si liberos susceperint quos videant reipublicæ quàm ipsis parentibus vtiliores. Alia ergo hac parte erit condicio cognatorum, ad quos aut nihil aut parum pertinet, an cognatus miles ab aliquo eorum institutus reipublicæ operam nauet necne, cùm non eo magis futurum sit vt ipsi quoque de republica bene meriti videantur, Vt ex illo apparet, quod non idcirco præmia vlla sperare possunt, quæ sperant & consequuntur parentes qui liberos susceperunt, sicut & e contrario pœnas ex legibus sentiunt qui vel cœlibes vel orbi vel solitarij sunt. vt Vlp. tractat in *fragment. tit. De cœlib. orb. & solitar.*

L. pen. D. de agnosc. & alend. liber.

L. si forte 8. *D. de castr. pecul.*

L. castrense 11. *eod.*

L. pater milite 15. *eod.*

l. 1. C. de cast. pec. milit.

L. postliminium 19. *§. filius quoque De capt. & postlim.*

Vlp. in frag. Tit. De cœlib. orb. & solit.

Digitized by Google

d.l. dotem 16.§.hereditatem.

Indéque est fortasse quod Papinian. respondit in *d.l.dotem 16. §. hereditatem.* Non videri castrensi peculio quæsitam hereditatem quam frater patruelis in alia prouincia stipendia merens fratri patrueli cum quo numquam militauerat, reliquerit: Propterea quòd sanguinis ratio, inquit, non militiæ causa meritum accipiendæ hereditatis præbuisse videatur. Nam de hereditate testamentaria non de legitima loqui Papinianum constat ex verbo illo *reliquit* quo vtitur. Nec pugnat quod in *d.l.castrense*, eadem prorsus ratio videtur constitui parentum & cognatorum, iis verbis *quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est.* Potest enim hac parte separari institutio heredis à donatione, quod ad cognatos pertinet, in hoc nimirum vt donatio non etiam hereditas testamentaria à cognato relicta militanti, acquiratur castrensi peculio: ideò fortasse, quòd hereditas tum etiam cùm agnato proximo relinquitur, qui ab intestato eam perinde habiturus erat, sanguinis potiùs quàm adfectionis ratione relicta videri debet: Quod in donatione non similiter tractari potest, quia sanguinis iure nemo succedere potest ex donatione nisi concurrat adfectio & liberalitas donantis. Cùm tamen etiam tacente cognato hereditas ipsius ad cognatum proximum iure successionis & sanguinis pertineat. Vxor verò cui hac in re còmparabitur? parentine an cognato? Parenti, propter maximam illam & indiuiduam inter coniuges coniunctionem, quæ cùm si non maior saltem non minor sit quàm inter parentes & liberos, facit proculdubio, vt quod vxor marito militanti relinquit titulo institutionis & hereditatis potiùs tanquam militi, quàm quasi marito reliquisse videatur. Præsertim cùm alioqui non potuisset vxoris hereditas iure sanguinis ad maritū vnquam peruenire. *l.1. C. vnde vir & vxor.* Quamquam si quis velit accipere generaliter quod scriptum est in *d.l.castrense*, id est eandem prorsus hac in re constituere rationem & parentum & cognatorum & hereditatis & donationis, facilè poterit respondere ad Papin. in *d.§.hereditatem*, nec loqui eum nec debere intelligi de hereditate quam patruelis frater militans dederit patrueli militanti, sed quam reliquerit patrueli, qui aliquando quidem militauerat ob idque peculium castrense habebat sed eo tempore iam desierat militare quo demum casu locum habet quòd scriptum est in *d.l.si fortè* 8. non etiam quod in *dict. l. castrense* 11. *& in d.l. Diuus.* Et hoc mihi probabilius videtur, ex illis verbis *d.l.castrense in militia agenti & d.l. Diuus quem militantem, & d.l.dotem filiumfamilias militem.* Filiusfamilias enim miles non ille dicitur qui aliquando militauit, sed qui militat etiam nunc, vt loquitur Tryphoninus in *l.penult. §. filiusfamilias eod. tit.* iunct. *l.pater milite* 15. *in princip.* qui locus Papiniani quoque est *eod. tit.*

ILLATIO XVI.

De filiofamilias milite ab hostibus capto & apud eos defuncto.

L. filiusfamilias 14. D eod. de castr. pecul.

DEcimosextò ex eodem Principio fit quod idem Papin. scribit in *l. filiusfamilias* 14. *in princip. eod. tit. De castrens. pecul.* filiofamilias milite ab hostibus capto & apud hostes vita defuncto, quamuis lex Cornelia subueniat heredibus institutis, tamen iis cessantibus, id est si heredes esse vel nolint vel non possint iure pristino peculium patrē habere, id est eo iure antiquo quod obtinuit ante constitutiones quæ filiumfamilias in peculio castrensi patremfamilias fecerunt, peculium castrense retinere. Nimirum iure patriæ potestatis, quod

quod etiam poſt conſtitutiones illas ſupereſt, quamuis quod ad peculij caſtrē ſis dominium pertinet, valde fuerit imminutum, data ſcilicet poteſtate filiofamilias non obſtante iure patriæ poteſtatis de eo diſponendi vt in ſuperioribus explicauimus. Notandum autem eſt, quod ſupradicto loco Papin. ſcribit legem Corneliam de captiuis apud hoſtes defunctis hoc caſu ad filiifamilias quamuis pagani teſtamentum pertinere. Id enim abhorret à iuris regulis, quia ſicut regulariter filiusfamilias nulla bona habet, nec habere poteſt, ita nec per legem Corneliam fieri poteſt, vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit *l. lex Cornelia 28. verſ. quia non efficitur D. de vulg. & pupill. ſubſt.* De quo in ſequentibus latiùs dicemus. Quid tamen ſi huius militis pater in ciuitate priùs deceſſerit, relicto nepote ex filio? An ſimiliter teſtamentum patris rumpetur, in quo præteritus fuerat filius captiuus? Hanc enim quæſtionem ad illam Papiniani addit Paulus in *l. ſi filiusfamilias 39. D. de teſtam. milit.* Dubitandi autem ratio propter quam videbatur rumpi patris teſtamentum, illa erat, quia cùm per legem Corneliam filius hic in ciuitate deceſſiſſe retrofingatur ad hoc vt valeat ipſius teſtamentum, conſequenter dicendum eſt non haberi eum pro mortuo apud hoſtes ſed potiùs pro reuerſo in ciuitatem: quod ſi re vera factum eſſet vtique non poſſet fieri quin rumperetur patris teſtamentum in quo eum pater præteriiſſet, quamuis ab initio valuiſſet, tanquam præterito eo qui cùm reuera hoſtium ſeruus eſſet, non poterat dici ſuus heres, id eſt in ipſius patris poteſtate *l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium De liber. & poſt.* ſecundum eam illius loci interpretationem & emendationem quam nos tradidimus *lib. 10. Coniect. cap. 12.* Sed tamen reſpondet Paulus non rumpi teſtamentum patris, Quia, inquit, ex eo tempore quo captus eſt hic filius videtur deceſſiſſe, ac proinde non in ciuitatem reuerſus fuiſſe, ſed è ciuitate numquam exiiſſe, quia fictio legis Cornelię iungit inſtans mortis cum inſtanti captiuitatis *l. iuſto errore 44. §. vlt. D. de vſucap.* Atque ita creditur ille prior, id eſt ante patrem deceſſiſſe, quo admiſſo deſinit locus eſſe quæſtioni an rumpat teſtamentum patris, ante quod conſcriptum filius ipſe deceſſerit.

L. ſi filiusfamilias 39. D. de teſtam. milit.

L. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium D. de caſtr. pec.

L. iuſto error 44. §. vlt. D. de vſuc.

ILLATIO XVII.

De ſeruo caſtrenſi ſtipulante dum heredes à filiofamilias inſtituti deliberant.

DEcimoſeptimò ad hoc Principium pertinet quæſtio illa ab eodem Papiniano tractata in *dict. l. filiusfamilias 14. §. 1. eod.* ſi deliberantibus heredibus à filiofamilias in caſtrenſi peculio inſtitutis ſeruus hic caſtrenſis peculij interim aliquid ſtipulatus ſit, vel ab alio ſibi traditum acceperit, cui acquirat. Reſpondet verò Papinianus, quod quidē ad patris perſonā attinet, ſi fortè apud cū reſederit peculium, nullius momenti videri ſtipulationem & traditionem, cùm in illo tempore inquit, non fuerit ſeruus patris. Quod autē ad ſcriptos heredes, in ſuſpenſo fuiſſe traditionem aut ſtipulationem intelligi. Vt enim hereditas fuiſſe credatur poſt aditam fieri hereditatem, cùm ſi quandocūque poſteà teſtamentum filij deſtituatur, ſicuti teſtamentum nullum ita nec hereditas vlla teſtamentaria vnquā fuiſſe videri poſſit. Ergo nulla penitus, quando quidē legitimam hereditatem filiusfamilias inteſtatus non magis in caſtrenſi quàm in alio peculio habere vllam poteſt. Atque ita Papinianus ratiocinatur. Sed

d l. filiusfamilias 14. §. 1.

L in eo 33. D. de acq. rer. domin.

longè aliter & melius meo iudicio quod ad personam patris, Vlp. post Marcellum & Scæuolam in *l. in eo* 33. *De acquir. rer. domin.* vbi eadem proposita quæstione, De eo quod seruo castrensi ante aditam hereditatem filijfamilias militis legatur, vel quod seruus ille stipulatur, Ex cuius scilicet persona vel stipulatio vires habeat vel legatum, Concludit ille verius vbi videri quod & Scæuolæ & Marcello placuit, siquidem adeatur quandoque filijfamilias hereditas, omnia vt in hereditario seruo, si adita non sit vt in proprio patris esse spectanda: Itémque si vsusfructus fuerit huic seruo relictus, modò patri delatum videri, modò heredi, nec à persona in personam credi transisse. Eadémque distinctione vtendum esse etiamsi res fuerit subtracta, Nempe aut cessare furti actionem (sic enim legendum est sublatis medijs illis monosyllabis *aut non* cùm alia pars distinctionis postea sequatur) si ex testamento adierit heres scriptus hereditatem quoniam hereditati furtum non fit *l. 1. §. Scæuola* D. *si is qui testam. lib. esse iuss.* Aut si non adierit, patri, inquit Vlp. dabitur furti actio, cui & furtiua condictio danda esset, quam tamen non nisi domino dari constat *l. 1. D. de condict. furt.* Pugnat ergo in hac quæstione Vlpianus ex diametro cum Papiniano, ob idque nimirum tot ille congerit autoritates Marcelli scilicet & Scæuolæ vt Papiniani autoritatem quæ tum præcipua erat, eleuaret. Nec leue dissensionis argumentum etiam illud præbet quod Vlp. ita scribit *& puto verius.* Solent enim ita scribere Iureconsulti cùm de re valde dubia tractant & in qua conflictus opinionum aliquis sit vel probabiliter esse possit. Immo, inquies, consentit Papinianus cum cæteris, cùm post ea verba quæ nos supra retulimus sequatur apud eundem Papinianum *sed paterna verecundia nos mouet quatenus & in illa specie vbi iure pristino apud patrem peculium remanet etiam acquisito stipulationis vel rei traditæ per seruum fiat.* Ego verò respondeo totam hanc clausulam Triboniani esse non Papiniani, siue sensum, siue verba consideres, quæ sunt parum elegantia præsertim dictio illa *quatenus* qua in hoc sensu nunquam Papinianum aut alium Iureconsultum vsum reperias, itémque quod paternam verecundiam dicit Tribonianus pro fauore qui debeatur patri etiam post filij mortem, quo tamen tempore obsecro quænam verecundia esse potest filij iam defuncti? Aut si verecundiam pro reuerentia accipias quæ patri debeatur vt in *l. penultim.* D. *de furt.* quænam reuerentia patri potest deberi à filio iam defuncto? Sed vtsi clausula illa pro Papinianea retineatur, non eo minùs tamen verum erit Papinianum à cæteris dissentire. Cæteri enim pro patre respondent eo casu quo filij hereditas testamentaria non fuerit adita, non fauore vllo patris sed ex mera veráque iuris ratione. Quasi in suspenso fuerit & esse potuerit dominium rei quam seruus hic castrensis iacente hereditate stipulatus sit vel per traditionem acceperit in id vsque tempus quo ex postfacto, tandem constiterit, an aliqua filiifamilias hereditas an nullafuisse intelligatur, Vt à nobis supra *illat.* 12. disputatum est apertiùs ex Thryphonino in *l. penult. §. penultim. versicul. Nisi in pendenti hoc eod. tit.* At Papinianus contrà, etiamsi paterna verecundia motus pro patre responderet, hoc ipsò tamen ostenderet se putare non aliqua iuris ratione, sed solo patris fauore niti eam sententiam quæ fauet patri. Ne tamen de Papiniani mente locus aliquis dubitandi relictus videri possit, illud omnino facit, quod sequitur de legato quod relictum sit huic ipsi seruo de quo nunc disputamus. Sic enim ille scribit, Legatum quod huic seruo relictum est, quamuis tunc propter incertum nulli sit acquisitum

Vlpiani à Papiniano dissensio.

Tribonianus mus apud Papinianū.

L. pen. § pe. eod. tit.

d. l. filiusfamilias §. fin.

id est

neque patri propter ſuſpenſum ius heredum,neque heredibus cùm ante aditam hereditatem incertum eſſet an ſeruus ille hereditarius vnquam fuiſſe videretur,tamen omiſſo poſtea teſtamento id eſt per heredum inſtitutorum repudiationem deſtituto,tunc primum & ex eo demum inſtanti extinctæ ſucceſſionis teſtamenta:iæ patri adquiri per ſeruum,ſcilicèt ſi eo inſtanti reperiatur pater capax,non etiam ſi incapax factus proponatur,quamuis tempore cedentis legati capax fuiſſet,*cùm*,inquit,*ſi fuiſſet exemplo hereditatis peculio adquiſitum ius patris hodie non conſideraretur*.Senſus eſt,ſi quemadmodum dicimus adita quandocumque ex filiiſam.teſtamento hereditate ſeruum hunc fuiſſe ali quando hereditarium,& conſequenter per eum fuiſſe acquiſitum legatum hereditati ac per hereditatem heredi,ſimiliter dici poſſet in caſu contrario id eſt non adita filiifamilias hereditate acquiſitum fuiſſe legatum peculio & per peculium patri,futurum vt ius patris non eſſet æſtimandum nec ipſius capacitas attendenda ex eo inſtanti duntaxat quo teſtamentum fuiſſet deſtitutum, ſed ex die cedentis legati,quandoquidem ex eo tempore legatum peculio acquiſitum eſſe retrofingeretur.Hanc igitur differentiam inter peculium & hereditatem Papinianus conſtituit,quod ad acquirendum hereditati dominium legati ex eo tempore quo dies legati ceſſit, patitur ille & admittit auxilium retrofictionis, non etiam ad hoc vt idem dominium legati peculio ante omiſſam teſtamenti cauſam acquiſitum eſſe intelligatur. Vnde verò hanc differentiam induxit?Ex alia illa,quod non putauit dominium legati peculio acquirendum in ſuſpenſo manere poſſe quantum ad perſonam patris,ſed tantùm quantũ ad perſonas & ius heredum inſtitutorum: vt præcedentia illa demonſtrant *cùm illo tempore non fuerit ſeruus patris*, *Quod autem ad ſcriptos heredes*, *in ſuſpenſo fuiſſe traditio* &c. At hoc ipſum cur ita?Nec enim Papinianum iuris ignoratione aliqua lapſum eſſe credibile eſt,ſed probabili potiùs ratione deceptum.Puto autem non aliam Papin.rationem eſſe potuiſſe,quàm quæ à Thryphonino diſputata eſt in *d.l.penult.§.penult eod.* quòd cùm filiusfamilias teſtamentum de caſtrenſi peculio fecit,etſi non ſit adita eius hereditas,difficile tamen eſt dicere continuatum patri poſt mortem filij rerum peculij dominium,Cùm medium tempus quo deliberant inſtituti heredes,imaginem ſucceſſioni præſtiterit:atque ita feciſſe videatur ne vnquam poſſint extrema coniungi ne quidem per retrofictionem tanquam medio inhabili interpoſito,quod extremorũ cõiunctionem & retrofictionis poteſtatem impedire ſolet *l.penult.D.rationem haber*.Nam inter duo illa inſtantia quæ hîc coniungenda ſunt ad inducendam in perſona patris continuationem dominii, quorum primum inſtans illud fuit, quod præceſſit filij teſtamentum, alterum verò illud quod proximè ſecutum eſt teſtamenti deſtitutionem,medium illud proculdubio inhabile eſt quo fuit aliqua filij hereditas,aut imago etiam ſi voles hereditatis, ſiquidem fieri nequit vt eodem tempore peculium caſtrenſe & peculij & hereditatis iure poſt filij mortem cenſeatur.Nec ſanè eſſet,quod reſponderi poſſet,ſi imago illa ſucceſſionis totúmque illud medium tempus quod fuit heredibus deliberantibus non pro eo haberetur deſtituto quandoque poſtea teſtamento,acſi nũquã fuiſſet.Quomodo enim poteſt impediri coniunctio extremorum tanquã per medium inhabile,ſi nullum medium fuiſſe creditur? Vt autem ea fictio inducatur per quã fiat,vt mediũ quod aliquãdo re vera fuit pro eo habeatur, quaſi nũquam fuerit,facilè in propoſito fieri poteſt,quia mediũ illud tale fuit vt ſo-

Differentia peculij & hereditatis.

d.l.pen §. pen.D.de caſtr.pec.

lo iuris intellectu subſtiterit, quoniam ſola iuris poteſtate inducitur fictio & ius hereditatis *l.hereditas* 50.D.*de petit.hered.* Neque video qua ratione id Papinianus negare poſſit cùm fateatur,quod & verum eſt,ſeruum hunc non aliter poſſe videri vnquam fuiſſe hereditarium, quàm ſi hereditas filijfamilias poſtmodum adita fuerit.Conſequens enim eſt vt ea numquam adita,& omiſſo quandocumque teſtamento ſeruus hic qui numquam hereditarius fuerit ſemper manſerit peculiaris,ac proinde in priſtino iure ac dominio patris, nõ aliter quàm ſi de caſtrẽſi peculio filiusfamilias nullomodo teſtatus fuiſſet, qui tamen caſus nullam vtique haberet dubitationem. Quid enim referre poteſt an teſtamentum nullum à filio factum ſit,an quod factum eſt fuerit deſtitũtũ atque ita pro numquam facto habeatur?Multò minus ergo poſſit quis pro Papiniano rationẽ vllam adferre propter quam dicendum ſit pendente ac incerto eo an heredem aliquem ex teſtamento filiusfamilias habituros ſit,in ſuſpenſo etiam non manere dominium huius ſerũ,ſicut & cæterarum rerum omniũ peculiarium,vt concludit Thryphon.in *d.l.pen.§.penult. verſicul. Niſi in pendenti.* Quo tamen admiſſo, quid obſecro impedit quominus deſtituto teſtamento quicquid hic ſeruus vel ſtipulatus eſt vel per traditionem accepit vel ex legato meruit,patri interim priſtino iure retro quæſitum eſſe intelligatur? Itaque non dubito quin verior ſit ſententia Vlpiani quæ non ſolùm tot tantóſque habeat aſſertores,Scæuolam,Marcellum, Thryphoninum, ſed etiam meliore nitatur ratione quam nec Papinianus negare poſſit. Cùm verò ex *d. §.vlt.l.filiusfamilias*,appareat quid Papinianus ſenſerit in legato quod huic ſeruo relictum eſt, ſcilicet non retrofingi illud acquiſitum patri ex eo tempore quo dies legati ceſſat,ſed tunc demum cœpiſſe acquiſitum eſſe quo reuera deſtitutum fuit teſtamentum,Intelligimus tanto manifeſtius non poſſe Papiniano adſcribi clauſulam illam quam nos Triboniani eſſe diximus *ſed paterna verecundia nos monet quatenus & in illa ſpecie vbi iure priſtino apud patrem peculium remanet,etiam adquiſitio ſtipulationis,vel rei tradite per ſeruum fiat.* Alioquin ratio quærenda erit quæ numquam reperietur.Cur non eadem adiectio idémque temperamentum placuerit Papiniano tractanti de legato,& quænam hoc caſu ratio differentiæ conſtitui poſſit inter ſtipulationem & legatum, quam nec vllam agnoſcit Vlpianus in *d.l.in eo*,vbi promiſcuè tractat de ſtipulatione ac legato,& in vtroque idem vult eſſe ius patris in iure ſiue actionis ſiue dominij per ſeruum peculiarem patri acquirendo ſi poſtea quandocumque contingat,deſtitui teſtamentum.Illud non poſſum prætermittere Vlpiani textum in *d.l.in eo 33.§.vl.* corruptum eſſe in illis verbis *ex perſona defuncti vires conſumit.* Legendum enim eſt *contractus ſumit* nato errore ex eo,quod paucioribus literis vt fieri ſolebat,ſcriptum eſſet *con.* pro contractus ſub iuncto puncto. Senſus enim eſt,quoties ſeruus hereditarius ſtipulatur vel per condicionem accipit,ex defuncti perſona contractum ſumere vires,quia vt ſubiicitur in *l.ſeq.* hereditas non heredis ſed defuncti perſonam repræſentat.

L hereditas 50.D.depet. hered.

§. vlt.d.l.in eo 33. de acquir.rer.domin. emendatus.

ILLATIO XVIII.

De *eo quod pater filiofamilias militi à caſtris reuerſo donauit.*

L.pater militi 15. D.de caſtr.pecul.

DEcimooctauò ex hoc eodem Principio fit,quod idem Papin.ſcribit in *l. pater militi 15.in princip.eod.tit.* De *caſtrenſ.pecul.* Si pater militi filio à caſtris reuerſo aliquid donauerit,non facere id caſtrenſis peculij, ſed alterius peculij

culij id eſt profectitij acſi filius numquam militaſſet : Nempe quia quod filius militauit non fecit quominus manſerit ille in patris poteſtate acſi numquam miles fuiſſet. Ac quamuis militia faciat vt etiam à caſtris reuerſus peculium caſtrenſe habere adeóque per occaſionem præteritæ militiæ ſibi acquirere illud poſſit, in eo tamen genere poni non poteſt quod pater filio reuerſo nec amplius militanti donauerit, quia id demum caſtrenſis peculij eſſe videri debet, quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum eſt *d. l. caſtrenſe* 11. *eod.* non quod reuerſo, Idque mirificè conuenit cum ijs quæ diximus *illat.* 15. *in fin.* Mirum tamen illud videri poteſt cur non ea potiùs capiatur interpretatio, quæ faciat vt donatio à patre in filium collata valeat, cùm certi iuris ſit donationem à patre collatam in filiumfamilias ex cauſa vel vt dicam meliùs in cauſam alterius quàm caſtrenſis peculij nullomodo valere propter vinculum patriæ poteſtatis *l. ſiue emancipatus* 17. *ad fin. C. de donat. l. donatione* 13. *C. de collat. l.* 2. C. *de inoff. donat.* ob idque neceſſariam fuiſſe etiam ante conſtitutionem Iuſtiniani in *l. donationes quas parentes* 25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* ad hoc vt donationes huiuſmodi ſaltem morte patris, eiuſdémque donatoris confirmarentur. Sed reſpondendum eſt inutilem quidem eſſe donationem quod ad hoc vt ex ea pater obligetur filio ne rem à ſe donatam quaſi alienatam reuocare poſſit, quia vinculum patriæ poteſtatis facilius patitur vt dominium rei alicuius etiam inuito patre filiofamilias acquiratur, quàm vt filio pater vlla ratione obligetur *l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Sed tamen non vſque adeo inutilem eſſe quin proſit ad faciendum vt quod filiofamilias à patre donatum eſt ei aliquomodo acquiratur, ſcilicet iure peculij profectitij. Adeo vt eodem filio poſtea emancipato ſi peculium ei ademptum non ſit, quod adimi poteſt quando cumque volente patre dummodò non poſt perfectam emancipationem, hoc ipſo donationem ex poſtfacto confirmaſſe pater videatur vt idem Papin. reſpondit in *l. donationes* 31. *§. pater* D. *de donat.* Quod ergo peculij profectitij fieri poteſt, nihil neceſſe eſt vt caſtrenſi adſcribatur. Ceſſante ſcilicet fauore militiæ in perſona eius qui militare deſiit, niſi cũ adquiſitio proficiſcitur ex eius liberalitate quem verè caſtrenſis notitia vel adfectio impulerit ad donandum. *d. l. ſi forte* 8. *De caſtr. pecul.*

L. caſtrenſe 11. eod.

L. ſiue emãcipatis 17. ad fin. C. de donat. l. donatione 13. C. de collat. l. 2. C. de inoff. donat. l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxo. L. imperator 50. D. ad SC. Treb.

ILLATIO XIX.

De filiofamilias ſtipulante à patre ex cauſa peculij caſtrenſis.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt ſi ſtipulanti filiofamilias qui miles vel adhuc ſit, vel aliquando fuerit; pater ſpondeat, ſiquidem ex cauſa peculij caſtrenſis, ſtipulatio teneat. Ex qualibet verò alia cauſa non teneat, eadémque diſtinctio ſeruanda ſit ſi è contrario pater à filio ſtipuletur, vt idem Papin. ſcribit in *d. l. pater* §. 1. Nimirum quia non militia, ſed ſolum caſtrenſe peculium facit, vt filius in eo peculio pater familias exiſtimetur quemadmodũ toties diximus. Extra cauſam igitur caſtrenſis peculij cùm filius non ſolùm filiusfamilias reuera ſit qualis ſemper eſt, ſed etiam pro tali habeatur, conſequẽs eſt vt neque ipſe à patre neque ab ipſo pater ſtipulari poſſit, quoniam ius patriæ poteſtatis facit vt patris & filij vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur *l. eum qui ita* 56. *§. qui ſibi D. de verb. obligat. l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt. d. l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.*

d. l. pater militi 15. §. 1.

L. eum qui ita 56. §. *qui ſibi De ver. oblig. l. ne cũ filiofamilias* 16. *D. de furt.*

by Google

ILLATIO XX.

De ſeruo caſtrenſis peculij ſtipulante aut per traditionem accipiente ab extraneo.

d.l pater 15. *§. ſeruus De caſtr. pecul.*

VIceſimò ex hoc eodem Principio pendet ratio dubitandi in quæſtione ab eodem Papin. tractata in *d.l. pater §. ſeruus*, vbi ſcribit, ſi ſeruus peculij quod ad filium ſpectat ab extero ſtipuletur, aut per traditionem accipiat, ſine diſtinctione cauſarum rem ad filium pertinere. Non enim, inquit, vt filius duplex ius ſuſtinet patrisfamilias & filijfamilias in peculio iſto caſtrenſi, Patrisfamilias, quia ex conſtitutionibus pro patrefamilias habetur, filijfamilias quia verè filiusfamilias eſt. Ita dici poteſt ſeruum aliquid patri acquirere ſimpliciter ſtipulando vel accipiendo poſſe quaſi duorum ſeruus ſit patris ſcilicet ac filij eo ſaltem reſpectu quo filiusfamilias caſtrenſe peculium habens filiusfamilias & eſt & habetur: Nempe quia ſeruus hic qui peculij caſtrenſis eſt, nullo iure patri ſubiectus eſt quandiu filius viuit, ſicut nec vllo vnquam vel caſu vel tempore filiusfamilias in peculio caſtrenſi pro filiofamilias habetur, ſed pro patre familias ſemper. Quod enim duplex ius ac veluti duplicem quodammodo perſonam ſuſtinere ille dicitur, non ad eandem rem referendum eſt, ſed pro rerũ & peculiorum diuerſitate accipiendum, vt in peculio caſtrenſi ſemper & in omnibus pro patrefamilias habeatur, extra cauſam verò peculij caſtrenſis, numquam. Inde verò illud quoque Papinianus infert, ſi ab ipſo patre ſeruus qui ad filium pertinet ſtipuletur ex quacumque cauſa, id eſt, non ſolùm ex cauſa peculij caſtrenſis, ſed ex alia etiam qualibet, vel à patre traditum quid accipiat, ſic acquiratur filio res & ſtipulatio, quemadmodum ſi alius extraneus quilibet promiſiſſet: quoniam, inquit, perſona ſtipulantis & accipientis ea eſt vt ſine differentia cauſarum quod rerum agitur, emolumentum ſolius filij ſpectet, Saluo tamẽ iure patris in his etiam quæ à patre ipſo filius hic per ſeruum caſtrenſem acquiſiit, ſi præmortuo poſtea filio inteſtato peculium ipſum caſtrenſe penes patrem iure priſtino reſederit. Cùm enim filius hic non eo minùs mortis tempore filiusfamilias reperiatur, cuinam alij obſecro, quàm patri deferrentur?

Si ſeruus peculij caſtrẽſis filij ſtipuletur ab ipſo patre.

ILLATIO XXI.

De patre amittente vſumfructum quem habebat in ſeruo caſtrenſis peculij.

d.l pater milite 15. *§. vlt.*

VIceſimoprimò ex hoc eodem Principio petenda etiam eſt ratio dubitandi ad id quod idem Papin. reſpondit in *d.l. pater milite* 15. *§. vlt.* Si pater amiſerit vſumfructum ſerui, cuius proprietatem in caſtrenſi peculio filius habebat, plenam proprietatem ex eo tempore filium habere. Vt enim cõtra reſpondendum videretur illud faciebat, quod hoc caſu non niſi nuda proprietas in peculio caſtrenſi erat, vt proinde conſolidatus poſtea vſusfructus non tam ex peculij caſtrenſis cauſa, quàm aduentitio & extrinſeco quodam iure filio acquiſitus videri deberet, & conſequenter per filium patri, quippe cui extra peculij caſtrenſis cauſam per filiumfamilias acquiratur ex omnibus cauſis. Sed Papinianus ad id reſpexit & rectè, quod vſusfructus à patre fructuario amiſſus & ita in conſequentiam neceſſariam proprietati conſolidatus, non facit vt proprietas quæ ad filium pertinet poſt conſolidationem alia ſit quàm

quæ

quæ eiusdem filij erat ante consolidationem. Etsi enim aliud est dicere nudã, aliud plenam proprietatem, eadem tamen res est cuius proprietas & nuda, dicitur cùm ab ea vsusfructus separatus est, & plena non cùm vsusfructus coniunctus est, vt vulgo loquuntur interpretes (vsusfructus enim nullus est, qui cum proprietate coniunctus esse possit, quandoquidem neque constituitur, neque subsistit nisi per separationẽ cùm in iure non in parte consistat *l. Mœuius* 66. *§. fundo de legat. 2. l. si à reo* 70. *§. si reo* D. *de fideiuss.*) sed cùm nullus vsusfructus est, Ob idque cùm fundum simpliciter dicimus proprietatem plenam intelligimus, tum quoque cùm vni fundus, alij vsusfructus legatus fuit, vt in *l. si alij* 19. D. *de vsufr. legat.* Itaque cùm pater amittit vsumfructum fundi cuius nudam proprietatẽ habebat filius in castrensi peculio, nihil filius adquirit, propter quod possit fieri locus quæstioni an acquirat sibi an patri, sed idẽ ius quod antea habebat retinet, hac sola differẽtia quod nullo patris iure immutum illud est, quomodo erat quandiu pater habebat vsumfructum. Deni que consolidatio ista, vt & quælibet alia vsusfructus quoquomodo amissi, nihil nisi nuda amissio est ex parte vsufructuarij, non etiam acquisitio ex parte proprietarij, quamuis incipiat ille plenam habere proprietatem, quam antea non habebat nisi nudam. Nemo autem non videt quàm sint ista differentia si quis dicat Patrem vsumfructum amittere, aut Filium sibi acquirere. Et sanè ita quoque posito iure, vt plena proprietas esset quid distinctum reipsa potiùs quam ratione à nuda proprietate quod falsum est, non tamen dici posset filiũfamilias in ea proprietate nuda iure patrisfamilias censeri si patre vsumfructũ amittente non posset ille plenam habere proprietatem, quasi impediente iure patriæ potestatis, cùm in alio quolibet patrefamilias nudã dũtaxat proprietatẽ, habẽte, ius commune ita comparatum sit, vt amissione & consolidatione vsusfructus plena fiat proprietas quæ erat nuda. Adde quòd si ius patriæ potestatis obstaret huic filio castrense peculium habenti, quominus posset ille plenã habere proprietatem patre vsumfructum amittente, necesse esset vsumfructum quem pater amisisset ad eundem redire per filij personam, quasi ex nouo iurẽ acquisitum patri per filium. Alioquin rogo, ad quem pertineret si non ad patrem? aut quo iure ad patrẽ qui iam illum amiserit, nisi iure potestatis? Atqui non potest fieri, vt in proposita specie per filium patri acquiratur, quia cum eo ipso instanti quo amittitur consolidetur, quandoquidem consolidatio ipsa nihil aliud, quàm vsusfructus amissio est, nec sunt ista sic distincta, vt distinctis instantibus fieri debeant, vel etiam possint, eueniret vt eodem instanti vsusfructus hic & amitteretur, & acquireretur, quoniã ita ius est, vt quotiẽs patri per filium acquiritur, ne vno quidem momento temporis acquisitio in persona filij consistat *l. placet* 79. *D. de acquir. hered. l.* 1. D. *si à parent. quis manum. sit.* Atqui contradictionem implicat, vt vsusfructus amissio & noua acquisitio eodem instanti fiat, siquidem acquisitio præsupponit amissionem præcedentem, sicut & è contrario amissio acquisitionem *l. Titio vsusfructus* 96. *De condic. & demonstr. l. non potest videri* 208. *De regul. iur.* Nihil ergo aliud supereſt quod dici possit, nisi quod vult Papinianus plenam proprietatem ad filium pertinere.

Vsusfructus cum proprietate coniunctus nullus est.

Ratio noua pro Papiniano.

L. placet 79. D. de acq. hered. l. 1. D. si à parent. quis manum. sit.

ILLATIO XXII.

De patre qui castrense peculium intestati filij retinuit oneratum ære alieno.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit vt pater qui castrense peculium intestati filij retinuit, æs alienum intra modum eius & intra annum vtilem iure prætorio soluere cogatur, cùm tamen idem pater si testamento filij heres scriptus esset, & heres existeret perpetuò ciuiliter, vt heres conueniretur, vt idem Papin. inquit in *l. pater qui castrense 17. eod. tit. De castrens. pecul.* Prior pars Definitionis rationem illam habet, quòd cùm filius hic remaneat filius-familias, nec proinde possit in peculio castrensi heredem habere nisi eo casu quo velit vti beneficio sibi ex constitutionibus indulto, vt de eo testari possit, non alio iure peculium hoc ad patrem pertinet mortuo filio intestato, quàm quo aliud quodlibet peculium, id est etiam profectitium ad eundem patrem pertineret. Ac proinde nec alio iure potest pater hic à filij defuncti creditoribus de peculio conueniri, quàm quo conueniretur à creditoribus alterius peculij, id est quod profectitium non castrense fuisset. Ergo iure prætorio duntaxat, & consequenter non nisi intra annum ex edicto prætoris, de quo in *l. 1. D. quand. de pecul. act. est annal.* vbi Vlp. scribit quandiu quidem seruus, vel filius in potestate est de peculio actionē perpetuam esse: post mortem verò eius, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatúsve est, temporariam esse incipere, id est annalem. Et meritò, vt idem Vlp. subiungit in *§. meritò d. l. 1.* quia cùm morte, vel emancipatione peculium extinguatur, sufficere debuit vsque ad annum produci à prætore obligationem, quæ alioquin ipso iure nulla post extinctum peculium deberet superesse. Posterior verò pars supradictæ sententiæ rationem illam habet non obscuram, quòd facto per filiūfamilias testamento de peculio castrensi, & patre instituto, si pater institutionē agnouerit, & filio heres extiterit, non alio iure censetur, quàm quo alius quilibet heres censeretur *d. l. 2. d. l. proponebatur 9. & pass. eod.* Porrò actiones omnes quæ iure ciuili dantur contra heredem cùm sint ciuiles sunt perpetuæ, in eóque differunt à prætoriis quarum aliæ quidem sunt perpetuæ, sed aliæ etiam & pleræque annales *dicta lege 1. §. quand. de pecul. act. est annal. l. in honorariis 35. D. de oblig. & act.*

L. pater qui castrense 17. D de castr. pec.

L. 1. D. quā. act. de pec. est annal. §. meritò d. l. 1.

L. in honorariis 35. D de oblig. & act.

ILLATIO XXIII.

De patre qui omissa causa testamenti retinet peculium filij castrense.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus tractat in *d. l pater qui castrense 9. 1. eod. tit. De castrens. pecul.* Si pater à filio milite, vel qui militauit heres institutus, testamenti causam omiserit, & nihilominùs castrense peculium possideat, cogendum eum legitimi heredis exemplo ad finem vsque peculij, hoc est non suprà quàm in peculio sit legata perpetuò præstare. Cur enim exemplo legitimi heredis? Nempe quia legitimus filij heres non est, cùm filius hic quamuis castrense peculium habens non eo minùs decesserit filiusfamilias, ac proinde talis qui heredem habere non potuerit, nisi eo demū casu quo ei permissum sit ex constitutionibus, id est facto testa-

d. l pater qui castrense §. 1.

Digitized

testamento, aditáque ex eo hereditate. Cùm alioqui nihil possit interesse an nullum testamentum factum sit, an verò quod factum est, fuerit postea repudiante herede destitutum. Cęterùm tametsi pater hic non possit legitimus heres esse filij sui, qui fecit exitum intestati, tamen ad exemplum legitimi heredis conueniri à legatariis potest, non quidem ipso iure, id est ciuili actione ex lega to, quæ nec aduersus legitimũ heredem vetum competere posset, sed iure prætorio ex edicto *si quis omiss. caus. testa. hered. ab intest. possid.* quasi parum referat, quod ad illius edicti æquitatem inducendam pertinet, an pater qui filij testamentarius heres esse potuit, facto filio intestato propter omissam causam testamenti bona filij possideat iure peculij, an iure hereditatis. At cur ergo pater non nisi ad finem peculij tenetur legatariis? id est quatenus sit in peculio. Ratio non est obscura, quia nec legitimus heres supra vires hereditarias legatariis teneretur. Inauditum enim est, vt legatorum nomine cogatur heres, siue testamentarius, siue legitimus præstare plus quàm ex hereditate fuerit consecutus *l. 1. §. si is qui D. ad SC. Treb. l. sed cum ea* 15. D. *de inr. codic. l. l. filiusfamilias* 114. §. *apud Marcellum* De *legat.* 1. Legata enim & fideicommissa omnia ex hereditate delibanda sunt non ex proprio heredis patrimonio *l. legatum est delibatio* 116. *de legat.* 1. iunct. *l. nomen* 34. §. *vni ex heredibus* De *legat.* 3. Itaque non eam illorum verborum *ad finem peculij* sententiam esse existimandum est, vt non in plus teneatur legatariis pater quàm sit in peculio castrensi, sed vt in eo deterioris sit condicionis quàm alius quilibet legitimus heres quod tãtum præstare legatariis cogitur, quantum in peculio est, dum modò nõ minus fuerit legatum, hoc est, vt nullam ex legatis falcidiam detrahere possit, cuius tamen detrahendæ beneficium ex edicto prætoris ei quoque saluũ est qui omissa causa testamẽti quãuis in fraudem legatariorũ ab intestato possidet here litatẽ *l. quia autem* 6. *vers. habere l. si duo* 18. §. 1. *ff. tit. si quis omiss. caus. testam l. vlt.* C. *eod. l.* 1. §. *ad eos l. Nesennius* 22. §. *sed etsi dominus* D. *ad leg. falcid.* Cur verò deterioris condicionis est pater occupans suo iure peculium filij, quàm si legitimus ipsius heres esset? Vtique non propter fraudem quam legatariis facere voluit (eadẽ enim ratio cæteris omnibus obiici posset) at propter priuilegium militis, quod tale est, vt quamuis non plus nomine legatorũ præstare debeat, quisquis heres militis testamẽtarius est quàm quantum est in hereditate deducto ære alieno, nullam tamen quartam, siue legatariis, siue fideicommissariis detrahere possit *l. 1. §. denique D. ad* SC. *Trebell. l. si miles* 92. *D. ad leg. falcid.* Cùm enim aduersus eum qui, vt fraudem legatariis faceret, omisit causam testamenti, prætor det actionem pro legatis eo iuris & æquitatis colore, quod in pœnam fraudatoris habenda sit hereditas veluti adita quæ non nisi fraudis consilio repudiata fuit, æquissimum est eodem prorsus modo præstari legata quo præstanda essent ex testamento. Ergo detracta falcidia si testamentum pagani fuit, Et è contrariò nulla detracta falcidia si militis testamentum proponatur, aut veterani, siue iure militari factum sit, siue etiam iure communi, dũmodo ab eo qui ex constitutionibus priuilegium habuerit quod militibus dũtaxat, aut veteranis datũ fuit. Sic enim accipiendũ est quod scribit Iurisc. in postremis illis verbis *d. l. si miles, quo testator iure militari testari nõ potuit*, vt scilicet cùm quæritur an in testamẽto eius qui miles fuit lex falcidia locũ habere possit, nõ illud inspici oporteat an testat' fuerit iure militari, sed an

Nemo legatorum nomine tenetur supra vires hereditarias.

Deterioris condicionis est pater in peculio castrẽsi quàm heres legitimus.

L. 1. §. denique ad SC. Treb. l. si miles 92. D. ad leg. falcid.

testari potuerit,quomodo potest quisquis vel miles adhuc est, vel intra annum missionis.Idque probat non obscurè quod sequitur apud Papinianum in hoc ipso §.quem explicamus,cùm subiungit,Si filius post annum quàm militare desierat iure communi testamento facto vita decesserit, ratione Falcidiæ quartam retineri. Ita innuens non aliter falcidiam deduci posse, quàm si filius aliúsve qui miles fuit & iure communi testatus sit & post annum missionis, ac proinde si vel in militia,vel intra missionis annum testatus fuerit, quamuis iure communi falcidiam locum nō habere,vt scripsimus illat.13.*sup.eo.*vbi etiam monuimus,quod non valde dissimile est,testamētū militis aliud habere priuilegiū,vt per inofficiosi testamēti querelā subuerti nō possit, nō solùm si iure militari factū sit,sed etsi iure cōmuni dūmodò vel à milite, vel à veterano ex *l.de inofficioso* 9.*C.de inoff.test.* Cur verò addit Papinianus,legatariis perpetuò teneri patrē qui in fraudē legatariorū filij omissa causa testamēti peculium possidet,id est non annalem,sed perpetuam actionem legatorum nomine in eum dari? Quid attinebat de illo tractare an perpetua,an verò annalis esset actio, cùm iam dixisset Papinianus teneri eum exemplo legitimi heredis, quem certum est ea teneri actione quæ licèt prętoria sit, perpetua tamen est non annalis cùm habeat rei persecutionem ex distinctione Pauli in *l.in honorarijs* 35.*De oblig.& action.* Nimirum,quia non potest dici patrem hunc teneri tanquam legitimum heredem filij,cùm verè legitimus heres,nec sit,nec esse possit,sed potius tanquam patrem,quippe qui bona filij castrensia non iure hereditatis possideat,sed iure peculij: Quamquam nec iure peculij quod nunc sit, sed quod aliquando tale fuerit, quia morte filiifam. extingui peculij ius nomēnque certum est,vt proxima illatione dicebamus, Qua de causa placuit non nisi annalem esse debere actionem illam quæ post mortem filij detur in patrem de peculio iam extincto *d.l.1.§.1.& §.merito D.quand.de pecul. act.est annal.* Sed tamen ait Papinianus actionem hanc quæ legatorum nomine in patrem datur perpetuam esse debere, quia scilicet non de peculio actio est, sed ex edicto illo prætoris *si quis omiss.caus.testam.* nec datur contra patrem tanquam patrem, sed exemplo legitimi heredis, id est vt explicauimus perinde ac daretur contra legitimum quemlibet heredem si filius hic talis esset qui vel patrem, vel alium legitimum heredem habere posset. Cur enim faueamus patri ob id solùm quod filij heres legitimus non sit, cùm per eum steterit non equidem ne legitimus heres sit (nam ex iuris ratione illud fit non ex patris voluntate) sed ne plus quàm legitimus fuerit heres, qui potuit esse testamentarius, si iure suo vti potius quàm legatariis fraudem & iniuriam comminisci voluisset.Cæterùm, inquit Papinianus si testamenti causam pater omiserit, cùm peculium creditoribus soluendo non esset, nihil dolo videbitur fecisse, quamuis temporis incurrat compendium, id est non tenebitur legatariis ex illo edicto, *si quis omiss. caus. testam.* quia non tam videtur dolo fecisse, & fraudis consilium iniisse, quàm fraudem excluisse, vt alio loco idem Papinian.loquitur in *l.cùm pater* 77.*§. Titio antepenult.de legat.*2. neque enim interdictum est, vt quis omittat causam testamenti & hereditatem testamentariam, dummodo sine fraude id fiat *l. quia autem* 6.*§.si patronus* D.*si quis omiss.caus.testam.* In proposito autem prudenter facit pater qui testamēti causam omittit,ne creditoribus filij sui supra peculij quantitatem teneatur,quibus vtique tanquā alius quilibet heres teneretur si ex

L. de inofficioso 9.*C.de inoff. testa.*

D.l.1.§.1.& §. merito D. quand. act. de pecul. est annal.

d.l.pater qui castrense 17. *§.1.*

L.cùm pater 77.*§.antep. de legat.*2. *L.quia autē* 6.*§.si patronus D.si quis omiss. caus. testam.*

filij

filij teſtamento heres eſſet. Nec ei nocere debet, quod repudiata cauſa teſtamẽti futurũ eſt, vt lucrum ille ſentiat & commodum temporis, in eo ſcilicet vt nec actione de peculio à creditoribus filij poſſit conueniri, poſt annum, quibus perpetua ciuili actione fuiſſet obligatus ſi teſtamentariam filij hereditatem agnouiſſet. Quamuis enim ex eo commodo temporis euenturum ſit, vt totum peculium impune ac ſine onere retineat pater ſi à creditoribus intra annum conuentus non fuerit, id tamen lucri & commodi non tam ex captata fraude ad eum peruenire intelligitur, quàm per occaſionẽ, & in conſequentiam hereditatis licitè prudentérque repudiatæ, Parum autem ſolent curari ea quæ non fiunt, niſi per occaſionem & conſequentias *l.2.in fin.D.de vinis.l.1.D.de autor.& conſenſ mutu.* Præſertim cùm non tam repudiationi hereditatis accepto ferendum ſit hoc commodum, quàm negligentiæ & ſtultitiæ creditorum qui intra annum non egerunt, qua ex aliorũ negligentia & ſtultitia duriorem fieri patris condicionem ſtultum & iniquum eſſet *l.3.& l.alienus 61.ad fin. D. ad leg.falcid.l.mulier 22.§.ſi heres D.ad SC.Trebell.* Illud enim duntaxat inſpiciendum eſt quid egerit pater cùm filij hereditatem teſtamentariam omiſit. Atqui nihil aliud egit, niſi vt ſibi conſuleret ne ſupra peculij vires creditoribus teneretur, non etiam vt legatariis fraudem faceret, multò minùs vt creditoribus ipſis, quibus nec ſi voluiſſet, fraudem tamen facere potuiſſet. In eo namque diſpar & melior condicio eſt creditorum quàm legatariorum, quod quãuis deſtituatur teſtamentum herede ſcripto recuſante non ideò tamen ſuam actionem amittunt, nec proinde indigent, quomodo legatarij, auxilio prætoris. Quamquam in propoſito caſu patre filij hereditatem omittente hactenus fit deterior creditorum quòd qui agnita per patrem hereditate filij, creditores hereditarij futuri erant, & conſequenter ciuilem perpetuámque actionem cõtra patrem tanquam heredem habituri, remanẽt peculiares, atque ita tales qui mortuo filio nullã niſi de peculio & prętoriam actionem in patrẽ habere poſſint, eámque intra annum omnimodo exercendam. Sed ſi propius inſpicias nõ tam deterior dicenda eſt fieri condicio creditorum facto patris, quàm nõ melior, cùm tales remaneant creditores poſt mortem filij quales fuerant eo viuo id eſt peculiarés, nec probè poſſit obiici patri cur periculo & damno ſuo non illud etiam commodum ius parauerit agnoſcendo filij hereditatem, vt ex peculiaribus faceret hereditarios ſuóſque proprios creditores. Nemo enim alienã cõdicionem facere meliorem vnquam compellitur, multò minùs ſi damnum ipſe aliquod ex eo ſit paſſurus, ſicut è contrario deterior creditorum condicio facto debitoris reddi numquam poteſt, Extra caſum *l.1.§.ex contrario D.de ſeparat.* Damnum autem quod in propoſita ſpecie paſſurus fuit pater ſi damnoſam filij hereditatem teſtamentariam temerè adiiſſet, in eo eſt euidens, quod creditoribus filij peculiaribus etiam ſupra peculij quãtitatẽ ſe obſtrinxiſſet, & quanto minus fuiſſet in peculio de ſuo ſoluere debuiſſet *l.quæ dotis 33.D.ſolut. matr.* Alioqui ſi eadẽ hac in re ratio eſſet creditorum & legatariorũ, vt nõ magis illis quàm iſtis plus quàm in defuncti patrimonio fuiſſet ſoluere heres cogeretur, faceret proculdubio in fraudem legatariorum pater, qui teſtamentariã filij hereditatem omitteret, nec dolum excluſiſſe videri poteſt, ob ídque dicendum eſſet non eo minùs illum teneri debere legatariis, quòd peculium creditoribus ſoluendo non eſſet. Concludendum igitur eſt cum Papiniano patrem hunc, de quo agimus, neque cerditoribus ſupra quantitatem pecu-

Differentia creditorii & legatariorũ in edicto ſi quis omiſſ. cauſ.teſt.

l.1.§.ex contrario D.de ſeparat.

lij intra annum, neque post annum vllomodo, legatariis verò absolutè non teneri.

ILLATIO XXIIII.

De *seruo peculij castrensis instituto herede.*

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, vt si seruus peculij castrensis à quocunque scriptus heres sit, iussu militis adire debeat hereditatem, quæ postea fiet bonorum castrensis peculij *l.de hereditate* 19.§.1.*eod.tit. De castrens.pecul.* Nam & si miles ipse idémque filiusfamilias à commilitone, vel ab eo quem per militiã cognouisset heres institutus esset, posset ille citra iussum patris suo arbitrio rectè pro herede gerere, vt supra diximus illat.9.ex *l.miles* 5. *eod.* Cur non ergo & seruo castrensi heredi instituto iubere, vt adeat non expectato iussu patris? Nempe quia vt sæpius inculcauimus, filiusfamilias miles in huiusmodi peculio pro patrefamilias est. Sed tamen ratio dubitandi propter quam patris iussus expectandus videbatur, tota ex eo proficiscitur, quod hic miles reuera filiusfamilias sit, licèt peculium castrense habeat, quódque vno casu possit pater huic ipsi cui filius per seruum heres erit, etiam heres esse per mediam filij personam, si fortè peculium apud patrem remanserit defuncto filio sine testamento *l.1.eod.*

l.de hereditate 19. §.1. D. de castr. pec. L.miles 5.eod.

ILLATIO XXV.

De *filiofamilias milite alienare volente sine patre.*

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit vt filiusfamilias miles nullius rei alienationem habeat sine voluntate patris, nisi quantum ad castrense peculium pertinet *l.2.C.de castrens.pecul.milit.praf.lib.*12.*ti.*37. nimirum quia extra causam peculij castrensis non solùm filiusfamilias est, quantumuis miles sit, sed etiam pro filiofamilias habetur. Vnus tamen casus notandus est, qui mirabilis videtur, in quo testamentum filiifamilias non dicam militis, sed pagani, qui tamen miles aliquando fuerit, & castrense peculium habeat, bona quoque patris omnia comprehendat, adeóque quod magis est filio ipso nõ solùm ignorante, verùm etiam inuito. Eum casum tractat Thryphoninus in *d.l.de hereditate* 19.*§.filiusfamilias paganus D.eod.tit.* Si filius paganus, inquit, de castrensi peculio fecerit testamentum & dum ignorat patri se suum heredẽ extitisse, decesserit. Non enim potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse: quamuis in eo qui etiam nunc miles est, id rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus & pro parte intestatus potuerat mori, quod ius non habuit iste, qui fuit paganus tempore testamenti, non magis quàm sine obseruatione legum facere testamentum, siquidem ius illud & priuilegium pro arbitrio testandi non aliis datũ est, quàm militibus in ipsa militia, vel intra missionis annum testantibus. Consequens igitur necessariò est, vt castrensis peculij heres scriptus vniuersa bona habeat, perinde, inquit Thrypon. acsi pauperrimus aliquis facto testamento decessisset ignorans se locupletatũ per seruos alio loco agentes. Nõ enim bona per seruos acquisita ob id minùs heredem sequerentur, quod defunctus ea sibi mortis tempore acquisita esse ignorasset. Ex quo apparet maiorem hac parte vtilitatẽ esse testamenti à

L.2. C. *de castr. pec. milit. praf.*

d.l.de hereditate § filiusfamilias paganus D. eod.tit.

Digitized by Google

ti à pagano,quàm à milite facti.Non quia priuilegium maius,aut aliquod paganus habeat,ſed vel ob hoc ipſum,quia nullum habeat,id eſt quoniam nullo iure permiſſum ei eſt,vt decedat pro parte teſtatus,& pro parte inteſtatus.Nã ſi in filiofamilias milite,vel intra miſſionis annum teſtato idem caſus contingeret,ad heredem eius non pertinerent patris bona,ſed ſola caſtrenſia *l.ex militari* 11.*§.vlt.D.de teſtam.milit.* quia vt in *l.ſeq.* Papinianus ait,milites ea duntaxat,quæ habẽt,eo ſcilicet tempore quo teſtantur,ſcriptis heredibus relinquũt, non etiam vt pagani, illa quoque quæ poſt teſtamentum obuentura mortis tempore ſunt habituri.Adeò vt nec aliud ſit,ſi de teſtamento mutando miles cogitauerit : Non quidem ob id quod adimere vellet caſtrenſia bona heredi ſcripto, alioquin hoc ipſo teſtamentum nuda voluntate reuocatum intelligeretur,ſicut & nuda voluntate conſtitui potuit *l.eius militis* 34.*§.1. & vlt.eo.* ſed quia de paternis quoque teſtari volebat,& alium heredem ſcribere, vt ſubiicitur ex Vlpiano in *l.idem eſt* 13.*in princip.eod.tit.* Cur verò tam Thryphoninus in *d.l.de hereditate* 19.*§.filiusfamilias*,quàm Vlp.in *d.l.ex militari* 11.*§.vlt.* iuncta *d.l.idem eſt* 13.*§.1.* loquitur de filiofamilias, qui deceſſerit priuſquàm reſciret patrem ſuum deceſſiſſe? An quia dicendum aliud eſſet ſi reſciuiſſet ? Minimè. Sed quoniam in eo qui ante mortem ſuam ſciuiſſet patri ſuo heredem ſe extitiſſe,minorem dubitationem res haberet, minúſque mirum eſſet ad ipſius hereẽdem,quamuis in caſtrenſibus duntaxat bonis inſtitutum paterna quoque bona pertinere quaſi ex tacita voluntate teſtatoris,qui cùm ſciret alia ſibi bona obueniſſe quàm de quibus teſtatus fuiſſet,nec tamen fieri poſſe, vt decederet pro parte teſtatus,pro parte inteſtatus , attamen cum eodem teſtamento quod mutare fortaſſis potuerat,decedere maluiſſet. At cùm teſtator mortis ſuæ tempore ignorauit heredem ſe patri extitiſſe , is qui ab eo in caſtrenſibus bonis inſtitutus reperitur,licèt non ſuccedat in paganicis contra ipſius voluntatem , non tamen perinde dici poteſt ex ipſius voluntate ſuccedere acſi à patreſamilias fuiſſet inſtitutus,quia paterfamilias quilibet cùm facit teſtamẽtum iure communi de bonis ſuis omnibus quæ habet,habiturúſve vnquam eſt,teſtari intelligitur , quippe qui intelligat nec poſſe ſe decedere pro parte inteſtatum,nec quicquam prohibere quominùs alia ſibi ante mortem obueniant, vel acquirantur bona. At hic filiusfamilias noſter paganus , quamuis non potuerit militis priuilegium ſperare , ſciuit tamen non de aliis bonis eo tempore ſe teſtari poſſe quàm de caſtrenſibus , nec proinde teſtari de aliis voluit. Sed parum defectus ille voluntatis attenditur , cùm potentior ſit ratio iuris quæ non patitur,vt cui bona caſtrenſia non poſſunt adimi paterna denegentur.

L.ex militari 11.§. vlt. D. de teſta. milit.

L. idem eſt 13.in princ. eod.tit.

PRINCIPIVM VII.

De *fictione poſtliminij.*

IVs poſtliminij moribus populi romani ex naturali æquitate introductum facit vt quãuis romanus ciuis qui ab hoſtibus captus eſt , reuera interim ſeruus ſit hoſtium,ius tamen liberorum quos ille habebat in poteſtate ſit in ſuſpenſo,quia hi qui ab hoſtibus capti ſunt,ſi reuerſi ſint in ciuitatem,omnia priſtina iura ſua recipiunt,& conſequenter patriam poteſtatem quæ per captiui-

by Google

§. ſi ab hoſtibus hoc itit. L. in bello 12. §. 1. de capt. & poſtlim.

tatem extincta videbatur. Ita Iuſtinianus in *§. ſi ab hoſtibus hoc itim.* poſt Thryphon. in *l. in bello* 12. §. 1. D. *de captiu. & poſtli.* vbi ait ille, ſi quis ab hoſtibus capiatur, in incerto eſſe an hi quos in poteſtate habuit ſui iuris facti ſint, an adhuc pro filiisfamiliarum computentur, Nam defuncto quandocumque patre apud hoſtes, patresfamiliarum illos fuiſſe intelligi ex quo pater captus fuit, Eo autem reuerſo, numquam nō id eſt ſemper in eius poteſtate fuiſſe, quod & Iulian. ſcribit in *l. bona* 22. §. *quòd ſi filius eo.* In quo notandum eſt ſeparari ſtatum patris à iure liberorum. Statum enim patris certum eſſe, cùm ſit ille interim reuera ſeruus hoſtium à quibus captus fuit, Liberorum verò ius pendêre, cùm neſciatur an ſui iuris ſint an alieni. Quod tamen, vt mirum videri poſſit, illud facit, quod liberorum ſtatus non niſi ex ſtatu patris æſtimandus eſſe videatur, ſed ſeparandus eſt ſtatus cuiuſque à iure. Statum cùm dicimus cōdicionem cuiuſque ſignificamus per quam ſit ille, vel liber, vel ſeruus, vel ingenuus, vel libertinus. Negari autem non poteſt quin verè ſeruus ſit hoſtium quiſquis ab hoſtibus captus eſt, de quo ſcripſimus ad Princ. I. De ſur. perſon. illat. 2. Nec rurſum quin verè liber ſit captiui filius, qui remanſit in ciuitate. Neutrius ergo ſtatus eſt in pendenti. At iura omnia non tantùm filij, ſed etiam patris in pendenti ſunt propter fictionem poſtliminij, quam idcirco elegantes Papinianus noſter ſuſpenſi iuris conſtitutionem vocat in *l. penult. D. de ſuis & legit.* quod per eam fiat, vt captiui iura omnia ſuſpēdantur veriùs quàm abrumpantur, quomodo Caius loquitur in *l. illa inſtitutio* 32. §. 1. D. *de hered. inſtit.* Cur verò ipſe quoque captiui ſtatus in pendenti non ſit, ratio ex eo petenda eſt, quod ſtatus perſonæ nihil aliud quàm perſona ipſa eſt, aut ſaltem tale quid quod perſonæ ita cohæreat, vt non alibi eſſe poſſit quàm vbi perſona ipſa eſt, ac proinde apud hoſtes non in ciuitate quoties de captiui ſtatu tractamus. At iura quę captiuus habuit in ciuitate priuſquàm ab hoſtibus caperetur, ciuitati magis quàm perſonæ cohærent. Siquidē agimus de iuribus ciuitatis, id eſt ciui romano cōpetētibus non tanquā homini, ſed tanquam ciui: Ob ídque nihil vetat ciuilem legiſlatorem de iis pro arbitrio diſponere, omniáque in pēdenti retinere, quamuis perſona ſit apud hoſtes, vt in propoſita ſpecie factū eſt, inducta poſtliminij fictione. Ac proinde cùm inter cętera iura illud etiam ſit de quo nunc agimus, id eſt patriæ poteſtatis, conſequens eſt vt illud quoque ad poſtliminij pertineat fictionem, id eſt maneat in ſuſpenſo quandiu incertum eſt an captiuus aliquādo ab hoſtibus rediturus ſit, necne. Denique ſtatum cùm dicimus, rem præſentem, & quæ reuera ſit ſignificamus, in quā proinde fictio nulla cadere poteſt, quæ non veritati cedere cogatur, præſertim cùm fictio illa ſit tota iuris ciuilis cuius poteſtate certum eſt ius naturale, aut gentium corrumpi & extingui non poſſe, nec proinde fieri, quin reuera ſeruus ſit qui captus eſt ab hoſtibus, quandoquidem ex iure gētium inductæ ſunt captiuitates & ſeruitutes *l. 4. D. de inſtit. & iur.* quas poſtliminij fictio tantū abeſt vt deſtruat, vt è contrario eas confirmet ac ſupponat in neceſſarium antecedens, Adeò vt non alio caſu poſtliminium habere locum poſſit, quàm quo vera captiuitas veráque ſeruitus interceſſerit *l. poſtliminium* 19. §. *à piratis l. ſi quis* 21. §. *vlt. D. de capt. & poſtlim.* At cùm de ciuitatis iuribus tractamus eas res intelligimus quæ non niſi iuris intellectu & poteſtate ſubſiſtant, & conſequenter in quas iuris ciuilis fictio cadere commodè poteſt. Dices, Cur non ergo fictio iuris facit, vt ciuis romanus, quamuis ab hoſtibus captus, ita tamen ciuis

romanus

§. ſi ab hoſtibus hoc itit.

L. in bello 12. §. 1. de capt. & poſtlim.

L. bona 22. §. quòd ſi filius eod.

L. 1. §. 1. D de ſuis & legi.

L. pen. eod.

L. illa inſtitutio 32. §. 1. D. de hered. inſtit.

L. poſtliminium 19. §. à piratis l. ſi quis 21. §. vlt. D. de capt. & poſtlim.

romanus adhuc manere intelligatur? Respondeo, quia id fieri non posset quin hoc ipso tolleretur ius gentium quo introductę sunt captiuitates & seruitutes, quod tamen per ius ciuile tolli non posse iam diximus. Nisi fortè illud quoque inducere ciuilis legislator vellet vt idem & ciuis & seruus hostium esse intelligeretur, quod tamen multò absurdius esset, nec tantùm à reipublicæ dignitate ac maiestate alienum, sed etiá ab ipsius vtilitate, cùm ita posito iure fieri necesse esset ex eodem iure gentium vt iura omnia quæ captiuus in ciuitate habuisset ante captiuitatem, per eum acquirerentur hosti à quo captus esset. Rursum respondeo, sicut in ciuilis legislatoris potestate non est facere vt qui ab hostibus captus est, ab iis vnquam reuertatur, ita nec potuisse illum facere vt omnimodo & absolutè ciuis ille perpetuò remansisse intelligeretur, ne quidem per retrofictionem sed sub ea tantùm veluti condicione, aut vt meliùs dicam, eo tantùm casu quo ab hostibus reuerteretur, Non quòd eo apud hostes defuncto voluerit legislator pati vt ciuis suus hostium seruus decesserit, sed quia potuit in eum casum ciui suo meliùs prospicere, id est adhibito alio remedio per quod neque ius gentium violaretur, neque ciuitatis dignitas læderetur, Inducta nimirum per legem Corneliam alia fictione quæ faceret vt ciuis hic quandocunque apud hostes defunctus iam inde ex ipso captiuitatis instanti ac proinde ciuis romanus decessisse retrofingeretur. Atqui pugnaret secum ius ciuile, id est fictio cum fictione si eo tempore quo captiuus viuit apud hostes, adhuc ciuis esse censeretur. Quomodo enim posset ciuis videri, qui iam multò ante tempore mortuus retrofingatur? Cùm igitur expectandum sit quod in dubio euentu positum est an moriturus sit apud hostes captiuus, an in ciuitatem rediturus, & in vtrumuis casum alia atque alia fictio inducta sit, apparet medio tempore nihil aliud fieri aut dici posse, nisi vt qui captiuus est, quemadmodum reuera seruus est hostium, ita & pro seruo habeatur, non pro ciue: nec eo minùs tamen in suspenso sit ius patriæ potestatis, quia est ex iuribus ciuitatis, quæ in suspenso manent omnia, tanquam quæ iuris fictionem commodissimè admittant, eúmque statum quem lex ciuilis pro arbitrio velit præscribere. Vnde autem postliminium dictum sit explicat hîc Iustinian. atque dictum esse à limine & *post*. Nam limina sicut in domo finem quendam faciunt, sic & imperij finem limen esse, veteres inquit voluerunt, Cúmque hinc & limen dictum sit quasi finis quidam & terminus ab eo postliminium dictum est quia reuertatur quis ad illud ipsum limen quod amiserat. Quamuis non desint qui putẽt in hoc nomine *postliminium* posteriores quatuor syllabas nihil aliud esse nisi verbi productionem ex Seruij sententia relata in Topicis à Cicerone & à Cuiacio *lib. 3. obser. cap. 4.*

ILLATIO I.

De praterito nepote ex filio capto ab hostibus, & apud eos defuncto.

EX hoc Principio illa primùm differentia nascitur quam perelegantem inter nepotem ex filio exheredato & nepotem ex filio captiuo constituit Paulus in *l. si quis posthumos 9. §. si filium De liber. & posth.* vbi scribit, Si filiũ exheredauero nepotémque ex eo præteriero & alium heredem instituero & superuixerit filius post mortem meam licèt ante aditam hereditatem decesserit, dummodò postea fuerit illa adita, non tamen rumpi à nepote testamentum:

Sed diuersum esse si in hostium potestate filius sit & decesserit in eodem statu. Nepotem enim hoc casu rumpere testamentum, propterea quòd morien-te auo, illius id est nepotis ius pependerit, non abscissum vt superiore casu fue-rit. Sic enim locum illum & legendum & intelligendum esse docuimus pluri-bus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 12. vnde & alia pleraque peti possunt ad nostrum hoc Principium pertinentia.

ILLATIO II.

De differentia quæ est inter captiuum & deportatum.

L. si necem 4. §. si deportatus D. de bon. libert.

SEcundò ex eodem Principio fit alia differentia quam inter deportatum & captiuum constituit idem Paulus in *l. si necem 4. §. si deportatus De bon. liber.* vbi ait si deportatus patronus sit, filio eius comperere bonorum possessionē in bonis liberti, nec impedimento ei esse talem patronum qui mortui loco ha-betur: Sed dissimile esse si patronus apud hostes sit. Tunc enim propter spem postliminij obstare illum liberis suis.

ILLATIO III.

De filio in ciuitate defuncto cum pater esset apud hostes.

L. pen. D. de suis & legit.

TErtiò ex eodem Principio fit quod Papinianus respondit in *d. l. penultim. De suis & legit.* Si pater apud hostes moriatur defuncto iam in ciuitate filio, credendum esse filium patremfamilias decessisse, quamuis, inquit, patria potestate quandiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus. Fictio enim legis Corneliæ facit secundo capite, vt mortuus quandocumque pater apud hostes, ex ipso instanti captiuitatis in ciuitate decessisse retrofingatur, ac proinde vt quamuis reuera & naturaliter filius ante patrem decesserit, pro eo tamen qui superstes fuerit habeatur. At è contrario non tam fictio quàm spes postliminij obstitit viuo filio, ne videri potuerit patria potestate in plenum liberatus, cùm si patrem ab hostibus redire contigisset, vtique patriam ille potestatem cum cæteris suis iuribus postliminij iure recepisset. Sed cùm ponamus non redisse illum ab hostibus, nihil est quod eo apud hostes defuncto de postliminij fictio-ne tractari possit, aut cur illius spei quæ post mortē quoque filij durauit, reuer-suri patris ratio vlla habeatur, cùm spes illa interciderit, adeóque ipsius memo-riam necesse sit deletam esse per contrariam legis Corneliæ fictionem, quæ cum postliminij non magis spe, quàm fictione potest concurrere. Cui conse-quens est quod Papin. infert, vt filius hic qui in ciuitate decessit viuo quidem sed numquam ab hostibus reuerso patre legitimum habuerit heredem. Sed si postliminio pater redierit filio iam defuncto, quicquid per filium medio tem-pore quæsitum fuerat, habebit, quoniam hoc casu cessante extinctáque legis Corneliæ fictione illa quæ non ad alios captiuos pertinet, quàm qui in hostiū potestate decesserint, inducitur contraria fictio scilicet postliminij, quæ facit vt pater hic qui re vera captiuus & seruus fuit, nihilominus in ciuitate semper fuis-se, & consequenter filium in potestate sua semper retinuisse existimetur. Et nō est mirum, inquit Papinianus, si peculium quoque pridem defuncti filij patri deferatur, cùm & ex eo filio natus filius potestatis ipsius fiat, id est in huius aui potestate intelligatur esse per suspensi iuris constitutionem: quæ postrema

verba

verba perelegantia ſunt ad ſignificandam poſtlĩminij fictionem, cuius tota vis, quemadmodum diximus, in eo conſiſtit vt captiui iura quæ in ciuitate & propter ciuitatem habuit, ſuſpendat, nec in totum per captiuitatem abrumpi patia tur, quandiu ſpes eſt captiuum ab hoſtibus reuerſurum.

ILLATIO IV.

De *teſtamento facto impuberi filio per patrem poſtea captum ab hoſtibus.*

QVartò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus ſcribit in *l. quòd ſi filius* 11. *D. de captiu. & poſtlim.* ſi pater qui filio impuberi fecerat teſtamẽtum in ciuitate poſtea captus ſit ab hoſtibus, & eo adhuc viuo apud hoſtes filius in ciuitate deceſſerit, nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, id eſt euaneſcere ſine dubio pupillarem ſubſtitutionem, ſiue quoniam, inquit, viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, ſcilicet ſi quandoque etiam poſt filij mortem pater ab hoſtibus reuertatur, ita faciente poſtliminij fictione per quã fingitur ille ſemper manſiſſe in ciuitate: Siue, quoniam non reuerſo eo exinde videatur filius ſui iuris fuiſſe quo pater hoſtium potitus eſt, non per fictionem legis Corneliæ, vt vulgo putant, quaſi fingatur pater primo illo inſtanti captiuitatis deceſſiſſe (potius enim ratio hæc vtilem faceret ſubſtitutionem tanquã defuncto poſt patrem filio, factóque ſui iuris per mortem patris) ſed ex rei veritate quæ nulla indiget fictione, cùm verum ſit captiuitate factum eſſe ſeruũ patrem, atque ita deſiiſſe liberos habere in poteſtate, quandoquidem poſtliminij fictio numquam locum habuit, patre numquam ab hoſtibus reuerſo. Vt proinde negari non poſſit filium hunc qui antè in ciuitate deceſſerit viuo patre ſui iuris deceſſiſſe: quæ res facit irritam ſubſtitutionem. Sed de tota illius loci ſententia videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 6.

L. quòd ſi filius 11. *D. de captiu. & poſtlim.*

ILLATIO V.

De filiofamilias qui vxorem duxit abſente apud hoſtes patre.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias iuſtas nuptias contrahere non poſſit ſine conſenſu patris in cuius eſt poteſtate, ſi tamẽ pater ab hoſtibus captus ſit filius medio tempore vxorem ducere poſſit, Non quod per patris captiuitatem filius hic patria poteſtate in plenum liberatus intelligatur, Sed quia etſi huiuſmodi nuptiis conſentire pater non poteſt, tamen nec etiam diſſentire, quod ſufficere debet cùm non niſi poſtliminij ſpe vinculum patriæ poteſtatis retineatur *l. in bello* 12. *§. medio tempore eod. tit. De captiu. & poſtlim.* de cuius etiam loci ſententia & emendatione ſcripſimus ad *Princip.* 4 *illat.* 5. *ſupr. De nupt.*

L. in bello 12. *§. medio tẽpore De cap. & poſtlim.*

ILLATIO VI.

De *his quæ in ciuitate acquirit filiusfamilias durante patris captiuitate.*

SExtò ex eodẽ Principio fit quod idẽ Thryphoninus ſcribit in *d. l. in bello §.* 1. vbi ex eo, quod priùs dixerat, ſi quis capiatur ab hoſtibus in incerto eſſe an hi quos in poteſtate habuit ſui iuris facti ſint an adhuc filiifamiliarũ cõputẽtur, propterea quòd defũcto illo apud hoſtes, ex quo captus eſt patresfamiliarũ

d. l. in bello §. 1.

Digitized by Google

reuerſo numquam non in poteſtate ipſius fuiſſe credantur, infert Thryphon. de his quæ medio tempore iſti liberi acquiſiuerint, ſtipulatione, traditione, legato, vbi non eſt reuerſus pater, ſi fortè alij vel in totum his exheredatis teſtamento, vel in partem inſtituti ſint heredes, vtrum in hereditate captiui quæ lege Cornelia inducitur, an propria ipſorum ſint: quod poſtremum verius eſſe ait, diuerſúmque eſſe in his quæ per ſeruos adquiruntur. Meritò inquit, quia hi nimirum ſerui bonorum ſemper fuerunt & eſſe perſeuerant, filij verò ſui iuris exinde, ſibíque ideo acquiſiuiſſe intelliguntur, ſiue dicas exinde ſui iuris factos intelligi per fictionem legis Corneliæ quæ fingit patrem prima captiuitatis hora deceſſiſſe, ſiue reuera ſui iuris factos eſſe per captiuitatem, cuius effectus, licèt nullus appareat quandiu reuerſionis & poſtliminij ſpes aliqua ſubeſt, tũc demum tamen apparet, cùm certum eſſe incipit patrem ab hoſtibus, neque reuerſum eſſe, neque reuerti vnquam poſſe, vt eleganter quamuis audenter Scæuola ratiocinatur in *l. Gallus* 29. *§. videndum De liber. & poſthum.*

l. Gallus 29. *§. videndum De liber. & poſthum.*

ILLATIO VII.

De *auo inſtituente nepotem quem habet in ciuitate ex filio captiuo.*

d. §. videndum.

SEptimò ex eodem Principio fit quod idem Scæuola tractat in *d. §. videndum*. Si filium apud hoſtes habens nepotem ex eo heredem inſtituas non tantùm ſi viuo te filius tuus decedat, ſed etiamſi poſt mortem tuam priuſquã ab hoſtibus reuerſus fuerit nepotem ſuccedendo non rumpere teſtamentum, Non ſolùm quia lex Velleia ſecundo illo capite de quo ibi agitur, nihil addidit, quo ſignificaret tempus, ſed etiam quia dici poteſt, quamuis audenter, inquit, viuo patre hunc filium ſuum heredem eſſe deſiiſſe, licèt poſt patris mortem deceſſerit, quia nec ab hoſtibus rediit, nec redire poteſt. Quamquam locus ille difficilis ſanè eſt ac longiorem exigens explicationem, quæ petenda eſt ex iis quæ ſcripſimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 3.

ILLATIO VIII.

De ſententia eorum quæ tractat Scæuola in l. Gallus §. quid ſi qui filium de lib. & poſt.

d. l. Gallus §. quid ſi qui filium cum duob. ſeqq.

OCtauò ex hoc eodem Principio explicanda ſunt quæ ab eodem Scæuola tractantur in *dict. l. Gallus §. quid ſi qui filium & duob. ſeqq.* de quorum etiam locorum ſententia & emendatione totiúſque illius legis interpretatione legenda omnimodo ſunt quæ ſcripſimus *lib.* 9. & 10. *Coniect.* in quibus videmur nobis totam illam legem non ſolùm aliter longè quàm ab alijs interpretibus hucuſque factum ſit, ſed ſi abeſſe verbo inuidia poteſt, paullo feliciùs explicaſſe, & vbi neceſſe fuit, emendaſſe.

ILLATIO IX.

De *hereditate delata filio captiui.*

NOnò ex eodem Principio fit, vt filius eius qui apud hoſtes eſt neque ſibi neque patri hereditatem vllam quamuis ſibi delatam acquirere poſſit, quamuis ex aliis omnibus cauſis puta ex ſtipulatione vel ex traditione, vel ex legato acquirere poſſit vel patri ſi ab hoſtibus ille poſtea quandoque reuerſus ſit,

Digitized by Goo

sit,vel sibi patre numquam reuerso. Hanc enim differentiam inter hereditatem & cæteros acquirendi modos ponit Thryphon.in *d. l. in bello* 12. §. 1. *De capt.& postlim.*ibi *de his quæ medio tempore acquirunt stipulatione,traditione,legato,nam hereditate non possunt.* Vnde verò hæc differentia nascitur? Nempe ex eo quod legati stipulationis & aliarum huiusmodi rerum acquisitio semper lucrosa est,nunquam damnosa *l.si hereditatem* 32.D.*mandat.* At hereditatis acquisitione fieri non potest quin iure ipso ære alieno obligetur is cui hereditas acquiritur etiamsi non sit illa soluendo *l.more* 8.D.*de acquir.hered. l. quæ dotis* 33.D.*solut.matrim.l.vltim.Cod.de iur.delib.* Atqui non esset æquum facto & voluntate filij obligari patrem postea quandocumque ab hostibus reuersum, eique nocere ius patriæ potestatis,quod potissimùm parentum gratia comparatum est.Ob idque placuit iure ciuili non aliter filiumfamilias posse delatam sibi hereditatem adire quàm si præcedat iussus patris,adeò vt nec satis esset sequi ratihabitionem *l.qui in aliena* 6.*l.si quis mihi bona* 25.§.*iussum* D.*de acquir. hered.*quoniam post ius acquisitum creditoribus & legatariis per aditionem hereditatis fieri non posset vt iis inuitis exoneraretur is qui per hereditatis acquisitionem semel obligatus fuisset *l. cùm hereditate* 55.*eod.* Neque rursus in suspenso manere potest vis & potestas aditionis cùm necesse sit vel eo instanti quo aditio fit,hereditatem acquiri vel numquam *l.actus legitimi* 77. *De reg. iur.* Dices,posse filiumfamilias ipsum capacem esse hereditatis sibi acquirendæ si pater nolet eam sibi per filium acquiri aut acquisitam esse, vt constat ex *l.is qui heres* 13.§.*vltim.*De *acquir.hered.l. cogi* 16. §. *si pater* D. *ad SC. Trebell.* Cur non ergo interim liceat ei adire, acquisiturus patri si pater volet, vel sibi si acquisitionem pater recusabit? Sed iam dixi non posse manere in suspenso ius obligationum hereditariarum, quæ creditoribus & legatariis ex ipso aditionis instanti acquiruntur. Præsertim cùm fieri possit vt medio tempore id est priusquàm pater ab hostibus redeat,filius in ciuitate moriatur,atque ita reuerso postea quandocumque patre futurum sit vt contra neminem experiri creditores & legatarij possint, id est neque contra patrem qui heres esse nolit,nec per filium heres fieri inuitus potuerit, neque contra filium ipsum qui iam defunctus sit,neque contra filij heredem,quippe quem nullum habere potuit is qui filiusfamilias decessisse creditur *d.l.penultim.* D. *de suis & legit.* Eadem ratio fa:ere debet,ne huic filio restitui hereditas fideicommissaria possit absente apud hostes patre,Non quia fideicommissaria hereditas sit verè hereditas vt vulgo putant(desinit enim hereditas esse per aditionem, fitque patrimonium heredis *l.1.& tot.tit. D.de separat.*)sed quia restitutio fideicommissi, id est eius vniuersitatis bonorum quæ aliquando fuit hereditas, vt loquitur Vlp.in *l.in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* non tantùm solutio debiti est,sed etiam successio cùm per eam obligetur is, cui fit restitutio *l. non enim* 38.*eod.*quam ob causam dicitur hæc restitutio similis esse acquisitioni hereditatis in *l.seruo* 65.*eod.tit.*vbi & hac ratione probat Mæcianus seruo non rectè restitui hereditatem inuito domino vel ignorante.Quamquam subiicit,quod notatu dignum est,in eo differre acquisitionem hereditatis ab acquisitione fideicommissi vniuersalis,quòd cùm de acquirenda hereditate tractatur iussum domini præcedere oportet,id est priùs interuenire quàm seruus heres institutus hereditatem adire possit, sicut & filiofamilias instituto iam diximus

d. l. in bello 12. §. 1. *D. de capt. & postlim.*

L. *qui in aliena* 6. *l. si quis mihi bona* 25. §. *iussum* D. *de acquir. hered.*

L. *cùm hereditate* 55. *eo.*

L. *is qui heres* 13. §. *vlt. eod. l. cogi* 16. §. *si pater* D. *ad SC. Trebell.*

Nec fideicõmissaria hereditas potest restitui filio absente apud hostes patre.

L. *non enim* 38. D. *ad SC. Trebell.* L. *seruo* 65. *eod.*

Differentia quæ est inter acquisitionem hereditatis & fideicommissi.

patris iussum præcedere debere. Eadem namque filiifamilias & serui hac parte ratio est, itémque domini & patris. At cùm fideicommissi restitutio facta est nullo iussu præcedente, confirmari ea potest interueniente quandocumque postea ratihabitione, quam subsequi satis est, Exemplo 3 inquit, bonorum possessionis, quam vtique constat si à filiofamilias vel seruo sine patris aut domini iussu agnita sit, non eo minùs tamen vtiliter agnitam intelligi eiúsque commodum patri dominóve acquiri secuta postea duntmodo intra constitutum tempus ratihabitione *d.l.qui in aliena* 6. *D.de acquir.hered.l.* 3. *§. adquirere D. de bonor.possess.l.penultim.D.rat.rem haber.l.*1.*Cod.qui admitt.ad bonor. possess. poss.* Neque obscura huius iuris ratio est cùm ex vulgari regula, ratihabitio comparetur mandato *l.licèt* 56.D.*de iudic.l.vero procuratori* 12.*in fin.D.solut. l. semper qui non prohibet* 60. *De regul.iur.l ei qui* 7.*in fin.Cod.quod cum eo l.vltim. C. ad SC.Macedon.* adeóque quod magis est in maleficiis quoque *l.*1.*§ sed etsi* 14.*l.*3. *§.cùm procurator* 10.D.*vnde vi,& de vi armat. l.hoc iure* 152. *§. in maleficio De regul.iur.* Sed illud tantùm obscurum est, Cur non idem obtineat in acquirenda per aditionem hereditate vt ratihabitionem subsequi sufficiat. Sed petenda est ratio dissimilitudinis ex eo, quod iam diximus hereditatis aditionem esse actum legitimum qui proinde in suspenso manere non potest, salua legis dignitate & autoritate *d.l.actus legitimi* 77.*De reg iur.* iunct.*l.eum qui* 51. *§.*1. *& vlt.*D.*de acquir.hered.* At restitutio hereditatis & agnitio bonorum possessionis non sunt actus legitimi, cùm pendeant ex iurisdictione prætoris, illa fideicommissarij, hæc vrbani. Sollenne autem est prætori vt in iis omnibus quæ iuris honorarij sunt, æquitatem & effectum rei potiùs quàm iuris ciuilis exemplum intueatur. An ergo in proposito dicemus, filium cuius pater apud hostes est delatam sibi bonorum possessionem vel fideicommissariam hereditatem posse interim adquirere? Vtique & quidem ita vt statim valeat illa acquisitio, nec pendeat in tempus vsque ratihabitionis per subsecutam postea congruo tempore ratihabitionem confirmari possit. Quid enim refert an pater ideo ignoret quod apud hostes sit, an quòd aliter sit absens? Aut an ideo non iubeat, quia ignorat, an quia etiamsi sciret, iubere tamen non posset? Atqui omnibus illis casibus posset filius delatam sibi bonorum possessionem agnoscere, ita demum postea emolumentum allaturam patri si ratam ipse eam haberet, *d.l.*1.*C.qui admitt.ad bon.poss.* Idem ergo & in hoc casu dicendum est, non autem nullius momenti agnitionem illam esse, vt pote quæ licèt nullum emolumentum possit adferre patri ratum habere aut non volenti aut non valenti, tamen filio ipsi adferre potest siue post siue intra centum dies ratihabitioni præstitutos ipse ante reuersum patrem decesserit cùm sit ille adquisitionis capax, vt suo loco probauimus, nihilque prohibeat conueniri eumà creditoribus & legatariis. Quamuis non sit ea res impeditura quominùs pater quãdocũque reuersus ab hostibus postliminij iure recuperet non solùm filium si adhuc viuat, sed etiam omnia ista quocumque iure per filium medio tempore quæsita, Adeò vt nec aliud futurum sit, quamuis filius in ciuitate prædefunctus proponatur, quia sicuti paterfamilias numquam ille fuisse, sed filiusfamilias decessisse intelligitur, ita necesse est quicquid ille viuus quæsierit, patri reuerso deferri peculij vt iam ex Papiniano scripsimus in *d. l. penult. D. de suis & legit.* Loquimur autem de bonorum possessione filiofamilias delata, non etiam patri

*L.*1.*§.acquisivere D.de bonor.poss.l. pen Rem rat haber. l.*1.*C.qui admitt. ad bonor.poss.*

Cur ad hereditatem adeundam necesse sit iussum præcedere, nec sufficiat sequi ratihabitionem.

nisi

nisi per filium. Alioqui certum est filiofamilias numquam posse acquiri commodum bonorum possessionis quam ille petierit solius patris sui instituti nomine cùm nec si voluisset proprio nomine eam petere potuisset. Alia ratio est serui qui nomine domini vel bonorum possessionem admiserit, vel fideicommissariæ hereditatis restitutionem acceperit. Hic enim cùm omnimodo omnique casu sit incapax acquisitionis, nihil prorsus egisse videri potest, quousque factum ipsius confirmatum sit per subsecutam domini sui ratihabitionem, ob idque fortasse de seruo tantùm non etiam de filiofamilias locutus est Mæcianus in *d.l. seruo*, iunct. *d.i. cogi* 16. §. *si pater eod. d.l.* 1. C. *qui admitt. ad bon. poss.* Planè si ante ratihabitionem seruus decesserit, non eo magis impedietur ratihabitio, quæ modo fiat intra tempus à prætore præstitutum *dict. l. penultim. D. rat. rem haber.* Quamquam neque nouum est, vt post elapsum tempus illud admittenda sit ratihabitio patris vel domini ex aliqua iusta causa beneficio in integrum restitutionis vt in specie *l. Pamonius* 86. D. *de acquir. hered.* de cuius sententia & emendatione scripsimus *lib.* 14. *Coniect. cap.* 1. Sed nos de ratione iuris nunc agimus, non de æquitate restitutionis. Quod autem pater vel dominus ex causa captiuitatis impeditus sit ratum habere factum filij vel serui, non potest iustam præbere causam restitutionis, sed potiùs facere vt iure postliminij recuperatis iuribus omnibus admitti debeat pater vel dominus ad petendam bonorum possessionem, ita vt nec ratihabitio ei necessaria sit, nec restitutio in integrum quandoquidem dies petendæ vel ratæ habendæ petitionis bonorum possessionis vtiles sunt *l.* 2. *l. vlt.* D. *quis ord. in bonor. poss. seruet.* ideó que non possunt ei currere qui est apud hostes, si fortè post delatam sibi bonorum possessionem captus sit antequàm sciret sibi delatam aut ante præteritum tempus intra quod vel petere ipse vel ratum habere debuerat. Nam si ponas fuisse illum captiuum, iam ipso tempore delationis, certum est numquam ei fuisse delatam cùm toto illo tempore quo fuit in captiuitate, fuerit re vera seruus hostium *l.* 3. §. *sed & eius D. de bonor. poss.* Itaque nihil est quod eo casu tractari possit vel de ratihabitione vel de in integrum restitutione (vtraque enim supponit præcedentem iuris acquisitionem) vel denique de lapsu temporis intra quod aut hereditas adiri aut bonorum possessio agnosci debuerit. Quando cumque enim reuersus pater vel dominus adire ipse poterit si ipse fuerit institutus, aut iubere filio vel seruo vt adeat si filius vel seruus scriptus sit *l. illa institutio* 32. §. 1. D. *de hered. instit.* Nempe si tùm filius vel seruus viuat. Alioqui facere ius postliminij nequit, vt hereditas in qua filius vel seruus institutus fuit, acquiratur patri vel domino sine facto serui aut filij, non magis quàm vt filius vel seruus iam defunctus ministerium in eam rem vllum patri dominóve præstare possit. Illud sanè superioribus addendum videtur, Si pater vel dominus cuius nomine vel filius vel seruus bonorum possessionem petierat, postea sit captus ab hostibus, magis probandum esse vt hoc ipso ratum habuisse videri debeat, quemadmodum de illo qui ante ratihabitionem furere cœperit scriptum est in *l. vlt. D. de bonor. poss.* vbi ratio redditur, quia ratihabitio ad prioris postulati confirmationem pertineat, id est quia multò facilius est, vt quod iam factum fuit confirmetur, quàm vt quod nullomodo factum est pro facto habeatur. Quamuis non eandem hac parte in omnibus rationem esse patris furiosi & captiui, cõstet satis ex eo quod scriptũ est

L. Pamonius 86. D. de acquir. hered.

L. 2. l. vlt. D. quis ord in bonor. poss. seruet.

L. 3. §. sed & eius D. de bonor poss.

L. illa institutio 32. §. 1. D de hered. instit.

L. vlt. D. de bonor. poss.

by Google

L. cùm heres 52. D. de acquir. hered.

à Marciano in *l. cùm heres* 52. D. *de acquir. hered.* cùm filius heres institutus esset patrémque haberet furiosum in cuius erat potestate, Diuum Pium rescripsisse interponere se beneuolentiam suam, vt si filius familias adierit perinde habeatur atque si paterfamilias factus adiisset, adeóque liceat ei seruos hereditarios manumittere. Nihil enim vsquam tale scriptum est de filio captiui, quem è contrario Thryphoninus in hoc loco quem explicamus, id est in *d. l. in bello* §. 1. negat præcisè hereditatem sibi delatam adire posse quandiu pater est apud hostes, Siue quòd aliter posito iure fieret iniuria fictioni postliminij quæ in suspenso retinet vt diximus, ius liberorum, siue potiùs (nec enim plus potest patria potestas suspensa quàm ea de qua dubitari nequeat quin salua sit patri, vt contingit in patre furioso) quòd plus spei lex habeat de ciuibus suis ab hoste in cuius manu sunt, per virtutem bellicam recuperandis, quàm de furiosi conualescentia, quæ tota pendet ex futuro incertóque euentu *arg. d. l. in bello in princip.* in iis verbis elegantissimis *quia spem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace Romani esse voluerunt.* iunct. *l. 3. in princip.* & §. 1. D. *de tutel.*

d. l. in bello in princip.

ILLATIO X.

De testamento captiui.

L. eius qui 8. D. qui test. facer. poss. §. vlt. Inst. eo.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt eius qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valeat quamuis is redierit *l. eius qui* 8. *D. qui testam. facer. poss. §. vlt. Inst. eod.* Nempe quoniam qui captus est ab hostibus re vera seruus hostium est, Seruos autem testamentum facere non posse constat. Nec quod postea quandocũque reuersus ille fingatur semper in ciuitate fuisse, ad rẽ facit, quia quod hoc vel illo loco, itẽque hoc vel illo tẽpore factũ sit testamentũ facti est non iuris. Ad ea verò quæ facti sunt, postliminij fictio quæ tota iuris est, non pertinet. *d. l. in bello* 12. §. *facti. l. denique* 19. *D. ex quib. caus. maior.* Alioqui eadẽ fictio faceret, vt nullũ prorsus testamentũ in proposito casu factũ videretur, cũ verũ sit nullũ in ciuitate factũ esse. Nõ enim fictionis potestas in eo est vt quod apud hostes factũ fuit in ciuitate factũ esse intelligatur, sed è contrario vti ne vnquã apud hostes fuisse existimetur is qui rediit in ciuitatem. Ergo cùm de eo testamento tractemus, quod apud hostes factum fuerit, non potest assequi fictio vt habeatur pro facto in ciuitate, sed potiùs vt habeatur pro non facto, ne captiuitatis memoriã retineatur quæ per postliminij fictionem aboletur. Coniungit enim fictio postliminij instans reuersionis cum instanti captiuitatis, sicut lex Cornelia instans mortis cum eodem instanti captiuitatis *l. in-*

d. l. in bello 12. § facti de captiu. & postlim. l. denique 19. D. ex quib. caus. maior.

L. in ſto errore 44 §. vlt. D. de vſuc.

ſto errore 44. *§. vlt. D. de vſucap.* Atque ita necesse esset si per fictionem postliminij induceretur vt testamentum apud hostes factum in ciuitate factum intelligeretur, illud quoque induci vt alio longéque anteriore die quã quo factũ sit, pro facto haberetur, quod omnino impossibile est, implicátque contradictionẽ. Iam enim testamentũ aliud esset non illud ipsum quod fictio postlimi nij confirmare vellet. Ex quo enim dignosci meliùs potest an idẽ an aliud testamentũ sit, quã ex tẽpore, vt quod alio tẽpore factũ est, aliud quoque esse necessariò sit admittendũ? *l. vlt. D. de his quæ in test. delent. l. si quis priore* 29. D. *ad SC. Trebell. l. 1. §. 1. D. de bonor. poss. secund. tabul.* Idque nimirum est quod solemus dicere postliminij fictionem in suspenso retinere, posteáque cõseruare ex euentu iura omnia quæ captiuus habuit & reliquit in ciuitate, vt intelligamus

L. vlt. D. de his quæ in test. delent. l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebel. l. 1. §. 1. De bonor. poss. secund. tab.

non

non pertinere illam ad iura aliqua inducenda tempore ipso captiuitatis, nec proinde ad testamentum quod eo tempore factum sit, confirmandum. Itaque non satis subtiliter meo iudicio faciunt, qui interrogati, Cur non valeat testamentum quod captiuus apud hostes fecit quamuis ab hostibus redierit: Nihil aliud respondent, nisi quòd non aliter valere testamenta possint, quàm si testator vtroque tempore & testamenti, & mortis habeat factionem testamenti *l.2.l.4.l.is cui* 18.& *seq.D.qui testam. facer. poss.* Id enim tum verè & accommodatè dicitur, cùm de eo testatore agitur, qui aliquis sit, hoc est, qui personam aliquam habeat, in quam cadere possit quæstio an capax sit an incapax faciendi testamenti: siquidem esse quem capacem, vel incapacem qualitas est quæ non potest esse sine subiecto, id est sine persona. Atqui quis quis seruus est, vel pro nullo habetur si numquam fuit liber *l.quod attinet* 32. *De regul.iur.* vel pro mortuo si aliquando liber fuit *l.intercidit* 59. *in fin. D.de condic.& demonstr.l seruitutem* 209. *De reg.iur.* & consequenter nullam personam eo tempore habuisse creditur, quæ potuerit esse, vel capax, vel incapax, sed tunc primùm cœpisse habere cùm exiit de seruitute, siue per manumissionem, siue quo alio modo *l.si Pamphilo* 10. *D.de option.legat.* Igitur non nisi ineptè possis dicere ciuem romanum captum ab hostibus toto eo tempore quo reuera seruus fuit, non habuisse factionem testamenti cùm nec in rerum natura fuisse interim, existimetur, nec ob id magis quòd ab hostibus redierit, quinimo tanto minus, quod fictio postliminij delet omnino memoriã captiuitatis, & consequenter incapacitatis quæ ex sola captiuitate inducebatur, Nam & inde fit, vt testamẽtũ quod captiuus in ciuitate fecerat priusquàm ab hostibus caperetur, licèt ex iuris ratione factum esset irritum per captiuitatem & seruitutem, reuersò tamen ab hostibus testatore, nõ tã cõualescat quàm valeat semperque valuisse intelligatur ex postliminij fictione *d.§.vlt.Inst. qui testa.facer. non poss.* (Sicut & mortuo illo apud hostes confirmaretur per legẽ Cornelią, vt ibidem Iustinian. ait) Non quasi specialiter cautum quicquã sit de testamento per postliminij fictionem confirmando, sed in solam consequẽtiam inductæ eiusmodi fictionis, quia sublata per fictionem illam non modò iniuria, & vt ita dicam infamia, sed etiam memoria captiuitatis illud vnum necessariò relinquitur, vt testamentum quod ab initio valuit non magis possit dici factum irritũ per captiuitatẽ quàm si testator manifestè semper in ciuitate. Vsque adeò autẽ nõ valet testamentum apud hostes factum à captiuo, vt ad obsides quoque idem ius tractum sit, ne scilicet testari possint nisi eis permittatur *l.obsides* 11. *eo. tit.qui testam.facer poss.* Non quia obsides sint serui (alioquin si serui essent, testari numquam possent, id est nec si eis permitteretur, cùm testamenti factio sit iuris publici *l.3.eod.* quam proinde nisi à lege habere nemo potest *l. qui in potestate 6.eod.l.tam is* 25.*vbi filiusfamilias D.de mort.cauſ.donat.*) sed quia nec omnino liberi dici possunt, qui si non sunt verè captiui tamen captiuis comparantur *l.Diuus Commodus* 31. *D.de iur.fisc.* vbi refertur Cõmodi Imperatoris rescriptum de obsidum ficut & captiuorum bonis omnimodo in fiscum cogendis. Non idem iuris est in Legato, id est in eo qui apud externos etiam hostes fungitur legatione. Hic enim etiamsi apud hostes sit, non ideo tamen in hostium potestate est, nec ciuis esse desinit ob id solùm quòd neque in ciuitate sit neque intra fines imperij romani *l.qui à latronibus* 13.*§.1. D.qui test.facer.poss.*

Quisquis seruus est vel pro nullo habetur vel pro mortuo. L.quod attinet 32. de regul. iur. l.intercidit 59. in fin. D. de cond. & demonst. l. seruitutẽ 209. De reg. iur.

L.si Pamphilo 10. D. de opt. legat.

d.§.vl. infr. qui testam. facer. poss.

l. obsides 11. D. eo. tit. qui testam. facer. poss.

l. Diuus Cõmodus 31. D. de iur. fisc. l. qui à latronibus 13.§.1. D. qui test. facer. poss.

ILLATIO XI.

De filio in captiuitate susceptо postea in ciuitatem reuerso.

l. apud hostes 9. D. de capt. & postlim.

VNdecimò ex eodem Principio fit quod Vlp. scribit in *l. apud hostes 9. D. de captiu. & postlim.* apud hostes susceptum filium si postliminio redierit iura filij habere post rescriptum Seueri & Antonini ad Ouinium Tertullum quo placuit vt filius apud hostes susceptus quamuis ex propria persona ius postliminij habere non possit, quia numquam fuit in ciuitate, habeat tamen ex persona parentum, Nempe si cum parentibus redierit nō etiam si solus. Quòd si defuncto iam apud hostes patre redierit cum sola matre, habebit quidem ius postliminij at non ex persona patris quem nullum habuisse vnquam creditur, sed ex persona matris vt eleganter nec obscurè probatur ex eiusdem rescripti verbis, quæ extant in *l. 1. C. eod.* Quænam verò sunt iura filij cùm de patre tractamus nisi iura sui heredis? Vnde verò ius sui heredis, nisi ex iure patriæ potestatis? vt docuimus suo loco. Ex eo igitur apparet ius patriæ potestatis per postliminij fictionem restitui tam patri quàm filio, vt vterque eodem iure censeatur, quo esset si apud hostes numquam fuisset, Quò etiam pertinet quod scriptum est in *l. Diui 25. D. eod. tit.*

l. 1. C. eod.

l. Diui 25. D. eod. tit.

ILLATIO XII.

De reuerso ab hostibus nepote ex filio qui interim dederat se adrogandum tum fuerat emancipatus.

l. si me tibi 13. eod.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod traditur ex Paulo in *l. si me tibi 13. eod. tit.* Si me tibi adrogandum dedissem emancipato me reuersum ab hostibus filium meum loco nepotis tibi futurum, quia cum ponamus fuisse illum conceptum in ciuitate priusquàm me emancipasses, futurus erat ille tibi nepotis loco etiam post meam emancipationem si perpetuò mansisset in ciuitate qualis erat priusquàm ab hostibus caperetur. Cùm autem dicimus futurum illum tibi nepotis loco, intelligimus futurum tibi suum heredem, cùm iam non aduertatur in familia tua à me qui per emancipationem factus sum extraneus *§ sui autem Instit. de hered. qualit. & differ.* iunct. *l. quæsitum 55. §. vlt. D. de rit. nupt.*

ILLATIO XIII.

De duplici specie & fictione postliminij in vna eademque persona.

l. cùm duæ 14. eod. tit.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l. cùm duæ 14. eod. tit. De captiu. & postli.* cùm duæ species postliminij sint, vt nos, aut reuertamur, aut aliquid recipiamus, cùm filius ab hostibus reuertitur duplicem in eo causam esse oportere postliminij, vnam ex persona patris qui filium iusque pristinum patriæ in eum potestatis recuperat, Alteram ex persona filij, qui ipse recipit etiam ius suum, id est iura filij & sui heredis.

ILLA-

ILLATIO XIIII.

De filio post patris redempti & ante luitionem defuncti mortem offerente redemptionis quantitatem.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, quod Vlp. scribit in *l. si patre redẽpto* 15. D. *eod. tit.* Si patre redempto & ante luitionem defuncto filius post mortem eius quantitatem redemptionis offerat, dicendum esse suum patri heredem posse filium existere, Quia scilicet tunc demum incipit omnino liber defunctus videri pater, qui ante luitionem non omnino à captiuitate liberatus videbatur *l. liber captus* 17. C. *eod.* Quamquam subiicit idem Vlp. posse etiam dici subtilius nec sine ratione patrem hunc dum moritur quasi iure pignoris finito nactum esse postliminium & sine obligatione debiti obiisse, vt potuerit suum heredem habere, quod tamen quam rationem habeat, quoniam satis obscura illa est, si quis scire voler, legenda sunt, quæ scripsimus ad Princip. 4. *De iur. person. post illat.* 3. *versic. obseruandum.*

L. si patre redẽpto 15. *eod. tit. l. liber captus* 17. *eod.*

ILLAT. XV.

De testamento eius qui vxorem habens prægnantem captus fuit ab hostibus.

DEcimoquintò ex eodẽ Principio fit, vt si quis cùm prægnãtem vxorẽ haberet in hostium potestatem peruenerit facto prius in ciuitate testamento, deinde nato filio & iam mortuo redierit ille ab hostibus, testamentum eius ruptum & consequenter postquàm ruptum est nullum sit, quia & eorum qui in ciuitate manserunt, testamenta hoc casu rumpuntur *l. bona* 22. *§. vlt. eod. tit. De captiu. & postlim.* Etsi enim Iulianus eo loco ponit testatorem apud hostes decessisse, ratio tamen quam adfert ad hunc quoque casum optimè adeóque accõmodatiùs pertinet, quo testator ab hostibus reuersus sit. Nec alia inter hos casus differẽtia est, nisi quod cùm pater apud hostes decessit filio posthumo iam defuncto in ciuitate maiorem dubitationem res habet, Quasi non potuerit agnatione posthumi rumpi testamentum quod irritum iam factum fuerat per captiuitatem. Morientè verò postea testatore, nihil obstet quominus per legem Corneliam cõfirmari possit sublata iniuria captiuitatis, cùm eo tempore posthumus qui fuerat præteritus iam defunctus reperiatur *arg. l. §. vers. post defectũ. & l. posthumus* 12. *D. de iniust. rupt.* Sed bene Iulianus animadnertit. Immo verò nullũ esse omnimodo hoc testamentũ nec per legẽ Corneliam confirmari posse, quia absurdum fuerit meliorem esse condicionem huius patris capti ab hostibus & apud eos defuncti, quàm futura erat si mansisset in ciuitate: quo tamen casu res non haberet dubitationem quin posthumi agnatione testamentum ruptum esset. Nam & cùm lex Cornelia fingeret hunc ipsum patrem ab hostibus numquam captum fuisse, sed quod omnino consequẽs esset in ipso captiuitatis instanti atque ita ciuem romanũ decessisse, inde necessariò fieret, vt testamentum de quo agimus non tam per captiuitatem irritum dici posset, quàm præteriti posthumi agnatione ruptum: præsertim cùm ea legis Corneliæ fictio induci non possit quin posthumus tale post patris mortem & natus & defunctus esse retrofingatur. *l. lex Cornelia* 28. *vers. quapropter De vulg. & pupill. substit.* Ob idque nimirum dicim.

L. bona 22. *§. vlt. D. de captiu. & postlim.*

L. lex Cornelia 28. *sipater* 9. *& seq. De iniust. rupt.*

minorem fore dubitationem si pater ab hostibus postliminio rediisse proponeretur, quia cùm postliminij fictio efficiat, vt semper in ciuitate fuisse pater existimetur, apertius est non aliam huius testamenti condicionem esse posse, quàm futura fuerit si pater in ciuitate semper mansisset. Eodémque pertinet quod Paulus scribit in *l. si pater 9. & seq. D. de iniust. rupt.* Si pater ab hostibus captus filio manente in ciuitate, testamentum non rumpi reuerso patre. Sed nec filium ab hostibus redeunte rumpere patris testamentū. Quia quamuis vtroque casu videatur nouus suus heres induci in familiam patris qui desierat filium habere in potestate (quæ dubitandi erat ratio ad vtrumque casum) neutro tamen casu ruptum fuisset testamentum patris, si neutrius captiuitas intercessisset: Ponimus enim satisfactum sollennitati legis & eo testamento filium institutum, vel exheredatum. Alioqui non de rupto, aut rumpendo, sed de iniusto & nullo testamento tractari oporteret. His tamen quæ nunc ad Iulianum scripsimus iungi volumus ea quæ pluribus in eandem rem scribemus ad Prin. 9. *illat. 4. infr. eod.*

ILLATIO XVI.

De nepote susceptо & nato in ciuitate ante reuersum ab hostibus auum.

X. siquis pregnate 23. D. de capt. & postlim.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, quod ex eodē Iuliano subiungitur in *l. si quis pregnante 23. eod. tit.* Si quis prægnante vxore relicta in hostium potestatem peruenerit, mox natus filius eius postea vxore legitimè ducta filiū vel filiam procreauerit, ac deinde postliminio auus reuersus sit, omnia iura neporis nomine perinde capturum auum acsi filius natus ei in ciuitate fuisset. Sic enim lego addita dictione *ei* sine qua nō potest lectio bonum habere sensum, quandoquidē verū est in ciuitate natum esse filium, nec captiuitas patris eiusdémque aui potest obstare quominus in ciuitate natus sit filius, sed tantum ne fuerit ei natus, quia nō potuit nasci ei qui cùm eo tēpore seruus reuera esset pro mortuo habebatur. Nepos verò ex eodē filio multis pòst annis susceptus, multò minùs potest videri natus fuisse nepos huic auo cùm neq; natus, neque cōceptus fuerit eo tempore quo auus adhuc viuere credebatur, vt dici solet de illo qui post alterius mortē conceptus est eū neque agnatū, neq; cognatū dici posse *l. Titius 6. iunct. l. seq. & l. 1. § fœcundum D. de suis & legit. l. 1. § si quis proximior D. vnd. cogn. l. vlt. D. de vent. in poss. mitt.* Sed omnes istas dubitationes tollit potestas postliminij quę fictæ illius mortis quā captiuitatis ratio inducebat memoriam delendo, facit è contrario, vt auus hic semper non solùm viuisse, sed etiam quod magis est in ciuitate mansisse existimetur.

ILLATIO XVII.

De filiofamilias transfuga qui rediit viuo patre.

X. postliminium 19. § filius quoque eo. ti.

DEcimoseptimò ex eodem Principio pendet ratio dubitandi ad id quod Paulus scribit in *l. postliminiū 19. § filius quoque eo. ti. De castr. pec.* filiūfamilias trāsfugā nō posse postliminio reuerti, ne quidē viuo patre. Nā cùm in huius filij persona duplex induci possit causa postliminij vna ex parte patris vt filiū suū recipiat, altera ex parte ipsius filij, vt ipse quoq; ius suū recuperet, quā-

uis in

nis indignus sit filius cui succurratur ea fictione, quæ nõ sit inducta, nisi ad vtilitatẽ reipublicæ, à qua ille pessimo & impiissimo exemplo transfugit ad hostes, iniquum tamẽ videtur eam rem nocere patri cui delictum filij, nec potest, nec debet imputari. Potiúsque admittendum videretur denegãdum filio postliminium ex persona propria, sed tamen concedendum ex persona patris, vt dici solet de filio qui apud hostes conceptus natúsque est *l.1. C. de postli. reuer.* Sed in contrarium mouetur Paulus elegantissima ratione, quia transfugã hunc non solùm patria amiserit, sed etiam pater, & quidem eodem prorsus modo quo & patria, hoc est sine vlla spe illius per postliminium recuperandi. Hic enim sensus est illorum verborum, *quia pater sic illum amisit quemadmodum patria.* Cur verò iacturam patris ex iactura reipublicæ hoc casu æstimamus? Nimirum quia, vt præclarè grauitérque Paulus subiicit, disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis, id est anterior pondere & autoritate, quàm charitas liberorum, quia & prius est, vt patriæ quàm vt parentibus nostris nascamur *l. 1. §. & generaliter* 15. *De ventr. in poss. mitt. l. honor* 14. *§. plebeij D. de muner. & honor.*

L. 1. C. de postli. reuer.

Patria priùs quàm parentibus nostris nascimur.

ILLATIO XVIII.

De seruo herede scripto à domino qui apud hostes decessit.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt seruus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, licèt liber & heres sit, seu velit, seu nolit, non tamẽ satis propriè necessarius heres dici possit, vt Iulianus scribit in *l. lege Cornelia* 12. D. *qui testam. facer. poss.* Nempe quia non potest dici fuisse in potestate domini sui morientis, cùm ille ipse à quo fuit institutus decesserit re vera seruus hostium & in eorum potestate. Nec enim fieri potest, vt alium in sua potestate habeat is qui non sit suæ potestatis *l. sic euenier* 21. D. *ad leg. Iul. de adulter.* sicut nec illud rursum, vt necessarius heres videri debeat, qui non fuerit in morientis domini potestate *§. 1. Instit. de hered. qualit. & differ.* Eadẽ ratio facit quod Iulianus ibidem subiungit, vt filius eius qui in hostium potestate decessit, nec suus heres dici propriè possit quamuis inuitus hereditati obligetur, quia scilicet non fuit in potestate patris morientis qui ipse reuera mortis suæ tempore in hostium potestate ac eorum seruus fuit. Nam vt suus heres quis sit illud potissimùm requiritur, vt in potestate morientis patris *l. vlt.* D. *de collat.* quamquam nec hoc sufficit, nisi etiam illud concurrat, vt primum in causa gradúque succedendi locum obtineat *l. si quis filio* 6. *De iniust. rupt. l. scripto* 7. D. *vnd. liber. §. sui autem* De *hered. qualit. & differ.* Cur ergo filius hic sui heredis, seruus verò necessarij iure censetur, vt vterque inuitus hereditati obligetur? Quia nimirum fictio legis Corneliæ pugnat hic cum veritate, facítque vt & ciuis & ante captiuitatem decessisse intelligatur is qui re vera & apud hostes & seruus decessit. Veritas impedit ius sui & necessarij heredis. Fictio verò inducit, eáque præualet veritati in iis quæ sunt iuris ciuilis, qualia sunt iura suorum & necessariorum heredum, cùm sit ipsa etiam tota iuris ciuilis, Nec aliud iure prætorio obtinet, siue agatur de bonorum possessione contra tabulas danda filio qui ab hostibus rediit *l. 1. §. sed etsi* De *bon. poss. cont. tab.* siue de bonorum collatione per eum facienda *l. 1. §. qui ab hostibus* 17. *D. de collat.*

L. lege Cornelia 12. *D. qui testam facer. poss.*

L. vlt. D. de collat.

L. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber.

L. 1. §. sed etsi De bon. poss. contr. tab. l. 1. §. qui ab hostibus 17. D. de collat.

Digitized by Google

ILLATIO XIX.

De capto ab hostibus filio reuerso post mortuum in ciuitate patrem.

DEcimononò ex eodem Principio fit,vt captum ab hostibus filium patre interim medióque tempore mortuo lex Cornelia reuersum si in potesta te patris fuit eo tempore quo captus est,suum faciat heredem, siue testatus eo filio instituto,siue intestatus pater decessisse proponatur *l.captum* 9.*C.de postlim.reuers.*vbi tamen quod de lege Cornelia scribunt Impp. mihi iampridem suspectum est, cùm ea fictio quæ hunc filium reuersum patri suum heredem facit non ad legem Corneliam referri possit,sed ad ius postliminij,quod tamẽ non lege Cornelia,aut vlla alìa introductum fuit,sed moribus magis constitutum & quidem ex naturali æquitate,vt Paulus scribit in *l.postliminium* 19.D.*de captiu.& postlim.* Itaque facilè retineò coniecturam illam quam probaui *li.* 9. *Coniect.cap.*6.*& lib.*10.*cap.*3.vt in *d.l.captum* dictio *Cornelia* sit irreptitia,conflatáque ex similitudine dictionis *postea* quæ in eius locum videtur substituenda,vt bene omnia quadrẽt.Plenior enim est fictio postliminij quàm legis Corneliæ cùm illa pertineat ad iura defuncti omnia,hæc verò ad captiuorum duntaxat hereditates, vt disputauimus supradictis locis. Passimque videas in toto iure nostro fictionem postliminij à fictione legis Corneliæ separari. Quãquã non ignoro plerosque doctissimos Iureconsultos in ea esse heresi,vt putẽt legis Corneliæ duo fuisse capita, quorum priore ius postliminij inductum sit, posteriore verò prospectum hereditatibus captiuorũ. Sed vnde id hauriant ignoro.Nam quod ius postliminij lex appellatur in *d.l.captum*,& suspensi iuris constitutio à Pap.in *d.l.pen.*De *suis & legit.*ad rem non facit cùm mores quoque populi romani nihil aliud sint quàm leges non scriptæ *l.de quibus* 32.*De legib.*Vnde & duo illa *moribus legibus* cõiunguntur in *d.l.postliminiũ*. Quod verò æquitas naturalis illa sit quæ postliminium moribus introduxit docet Paulus in *d.l postliminium*,Vt qui per iniuriam,inquit,ab hostibus detinebantur ij vbi in fines suos rediissent,pristinum ius suum reciperent, In quo tamen illud mirum videri potest,quod ait per iniuriam detineri eos qui ab hostibus in bello capti sunt, Cùm toties dixerimus quod & verissimum est ex iure gentium esse non solùm bella,sed etiam quod consequens fuit,captiuitates & seruitutes ac proinde ex ratione & æquitate naturali ex qua ius omne gentium æstimatur.Nimirum ex hypothesi & suppositione,id est supposita hominum malitia quæ non passa est diutius consistere cognationem illam, quam inter omnes homines natura constituerat *l.*4.*&* 5.*D.de instit.& iur.*Sed ad id Paulus respicit,quod cùm ex populi romani dignitate sit vti ne bellum vllum,vel intulisse, vel susceperisse credatur nisi quod sit iustum, ne addam & necessariũ (quod addebat ille qui putabat nullum posse iustum esse bellum,nisi quod necessarium esset)conueniens est,vt quisquis ex romanis ciuibus in bello capitur,nõ nisi per iniuriam ab hostibus detineatur. Qua ratione dicendum esset eos populos, qui cum romana republica bellum gerunt, idem ius & priuilegium postliminij habere ex naturali æquitate non debere, cùm fieri nequeat, vt bellum iustum sit ex vtraque parte at alterutrum ex hostibus necesse sit arma iniustius induisse. Verùm non facit ea res quominùs sit commune ius postliminij,quia ex tot populis qui bellum gessierunt nullus vnquam fuit, qui bellum ex parte sua iustum esse non crediderit, aut credere se non præ se tulerit,

L.captum 9. C. de postli.

L. postliminium 19.D. eod.

Emendatio d.l.captum.

Vnde inducta sit fictio postliminij.

L.pen.D.de suis & legi. d.l postliminium.

Qui ab hostibus capti sunt an per iniuria detineantur.

L 4.& 5.D. de iusti.& iur.

Itaque

Itaque hîc euenit,quod & aliàs in iure noſtro plerumque ſolet,vt non in æquitate ipſa naturali peccetur,ſed in æquitatis iſtius naturalis, iuriſve applicatione.Eſt autem non inelegans hoc exemplum eius, quod alibi docuimus non omnem æquitatem,aut rationem naturalem ſufficere ad inducendum ius naturale. Nemo enim niſi ineptè dixerit poſtliminium quod ex æquitate naturali inductum eſſe,Paulus ait,inductum etiam fuiſſe iure naturali, cùm pẽdeat ex captiuitatibus & ſeruitutibus quæ ſunt contra naturam,id eſt contra ius naturale,vt apparet ex ſeruitutis definitione poſita in *l.4.§.1.De ſtat.homin.* iunct. *l.quod attinet* 32. *De regul.iur.* Cur verò æquitas illa naturalis non eſt ſufficiens ad inducendum ius naturale? Nẽpe quia contraria ratione & æquitate naturali labefactatur: Nec illa ſolùm quæ cognationem à natura ipſa inter homines conſtitutam viõlari nõ patitur, ſed etiam illa, quod naturali rationi repugnet, præſuppoſita dominiorum diſtinctione,quam ius gentium introduxit, vt qui in alterius poteſtate ac dominio eſſe cœpit,inuito ei ſubtrahere ſe poſſit nedũ ignoranti quantumuis in fines ſuos redierit *l.id quod noſtrum* 11. *De regul iur.* Quæ ratio eadem facit, vt nec iuris gentium magis quàm iuris naturalis dici poſtliminium poſſit,quamuis gens vix vlla ſit quæ hodie non eo vtatur, ſicut & ſtipulationibus,& acceptilationibus,& teſtamentis,quæ tamen omnia iuris ciuilis non gentium eſſe ſuo loco probauimus.Eſt ergo poſtliminium iuris ciuilis,ſed non ſcripti,quia propter ſolam vtilitatem ciuium & reipublicę introductum fuit, ne alioqui metu damnorum quæ incidens captiuitas eſſet allatura euenret,vt minùs alacriter ciues romani ad bellũ accigerentur:quos multò magis decebat etiamſi ab hoſtibus capti eſſent, dummodo poſteà redniſſent,pro iis haberi qui ſemper in ciuitate manſiſſent,ex qua ſcilicet non exierant,niſi vt vitam & libertatem pro reipublicæ ſalute profunderent. Fuiſſe autem ius hoc multò antiquius lege Cornelia cõſtat etiam ex eo quod Modeſt. ſcribit in *l.4.De capt.* in illis verbis *antiquitus placuit.* Nõ enim ſic loquitur de iis quæ certa lege inducta fuerũt.Quamquam lege Cornelia cui & occaſionẽ, aut potiùs exemplum dediſſe videtur confirmatum illud fuiſſe nihil prohibet ſatiſque probabile eſt,& ad id reſpexiſſe Impp.in *d.l.captum*,ſi vulgatę lectionem retinere malis,quàm emendationem noſtrã probare.Sanè quod Papin. in *l.penult.in fin.de ſuis & legit.* vocat poſtliminium ſuſpenſi iuris conſtitutionem non facit,vt referri debeat ad legem Corneliam. Nam & eo nomine donantur illa etiam quæ prudentum ſola autoritate citra legem vllam conſtituta ſunt,vt in *l.ſi ſeruum* 91.*§.ſequitur & ſeqq.* De *verb.oblig.l.*1.D.*de priuat.delict.l. in bello* 12.*§.ſi quis ſeruum* D.*de capt.& poſtlim.*

Non omnis æquitas naturalis inducit ius naturale.

Poſtliminij cõſtitutio iuris naturalis non eſt nec iuris gentiũ ſed ciuilis, non ſcripti.

PRINCIPIVM VIII.

De captiuo qui reuerſus ſemper in ciuitate fuiſſe creditur.

POſtliminij fictio efficit vt retro in ciuitate fuiſſe credatur quiſquis ab hoſtibus aduenerit.l.retro creditur 16.*D.de capt.& poſtlim.* Vnde verò ius hoc poſtliminij fluxerit,& qua ratione inductum ſit, ſatis ſupérque diximus ad Princip. præcedens,maximè verò illat.vlt. Illud tantùm addendum eſt,quod Põponius monet in *l.poſtliminij* 5.*eod.tit.* poſtliminij ius cõpetere,aut in bello, aut in pace.In bello cùm hi qui nobis hoſtes ſunt,aliquem ex noſtris cœperunt, & in-

l.4. D. de cap & poſtl. L.retro creditur 16. D. *de capt. & poſtlim. L.5. eod.tit.*

Digitized by Google

tra præsidia sua perduxerunt. Nam si eodem bello is reuersus fuerit postliminium habet, id est, perinde omnia ei restituuntur iura acsi captus ab hostibus non esset. An ergo si ab hostibus quidem reuersus fuerit, sed nõ in eodem bello, postliminium non habebit? Immo habebit, sed non illud de quo nunc agimus, id est postliminium belli, sed postliminium in pace de quo statim dicemus, Antequam verò ciuis noster ab hostibus captus in præsidia hostium perducatur, manet ciuis, quia nec priùs videtur in hostium esse potestate, non tam ob id quod per fallaciam possit faciliùs interim euadere, quàm quòd bellica virtute militum nostrorum interim recipi posse speretur. Spem enim reuertẽdi ciuibus in virtute bellica magis quàm vel in pace, vel in dolo esse romani voluerunt *l. in bello* 12. *in princip. eod. tit.* Vnde illud etiam est quod ab Imperatoribus rescribitur in *l. ab hostibus* 14. *C. eod.* ab hostibus captos & non cõmercio redemptos, sed virtute militum nostrorum liberatos, ac proinde quamuis iam in castra & præsidia hostium perductos illico statum eum recipere quem captiuitatis casu amiserant, quinimò etiam seruos romanorum ab hostibus ita recuperatos dominis suis statim restitui. Receptos enim eos non captos videri debere, & militem nostrum defensorem eorum oportet esse non dominũ. Quamquam quod ad ius postliminij attinet, nihil interest quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus, vel receptus, an vi, aut fallacia potestatem hostium euaserit, dummodò ea mente venerit, vt non illò reuertatur *l. nihil interest* 26. *D. eod. tit.* Itaque non absurdè lex Cornelia de captiuis apud hostes defunctis finxit ciuem romanum ab hostibus captum & apud eosdem postea defunctũ primo captiuitatis instanti decessisse. Hoc ipso enim fecit, vt ciuis romanus decessisse videatur, cùm fieri nequeat, vt primo illo instanti reperiatur in hostium præsidia iam perductus is qui ab hostibus captus est, neque rursus vt ante videatur seruus factus quàm in præsidia perductus sit. Vt taceã primũ illud instans captiuitatis non seruituti, sed libertati omnino adscribendum esse, quia non is qui iam seruus sit capitur, & fit seruus, sed is demum qui adhuc sit ciuis. Exẽplo eius, quod sæpius monuimus, Instãs mortis non morti adscribi, sed vitæ *l. qui duos* 18. *§.* 1. *D. de man. testam. l. vlt. D. de condic. insti.* quia nec fieri potest, vt moriaturis qui iam mortuus sit, sed ille demum qui adhuc viuit. Porrò tunc ad nos reuersus esse intelligitur is, qui captiuus fuit, cùm aut ad amicos nostros peruenit, aut intra præsidia nostra esse cœpit, Contraria superiori ratione, quia nec priùs hostium potestatem effugisse intelligitur, à quibus facilè possit adprehendi. Subiungit Pomponius in pace quoque postliminium datũ esse: Nam si cum gente aliqua, inquit, neque hospitium, neque amicitiam, neque fœdus amicitiæ causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt (hostes enim sunt, quibus populus romanus bellum publicè decreuit, vel qui populo romano *l. hostes sunt* 24. *eod. tit. l. hostes* 118. *De verb. signific.*) sed tamen quod ex nostro ad eos peruenit illorũ fit, & liber homo noster ab eis captus seruus fit & eorum. Idémque est si ab illis ad nos aliquid perueniat. Hoc igitur quoquo casu postliminium datum est, darique conueniens fuit. Eleganter autem tractat idem Pomponius, si quis hostium à Romanis captus, in ciuitate manumissus fuerit, & postea peruenerit ad suos an postliminij ius habere possit. Dubitandi causa est, quia postliminium delet quidem memoriam captiuitatis, sed vt deleat memoriam libertatis, quæ medio tempore data fuit difficilius sanè videtur. Non solùm quòd libertas sit fauorabilis, sed etiam quòd habeat quid positi-

L. in bello 12. in prin. eod. tit.

L. ab hostibus 14. C. eod.

L. nihil interest 26. D. eod.

Instans captiuitatis libertati adscribendum est nõ seruituti, vt instans mortis vitæ non morti.

Postliminiũ in pace.

L. 5. eod. tit.

positiuum,cuius nihil nisi priuatio quædam est, id quod nos captiuitatem & seruitutem appellamus. Sed tamen magis probat Pomponius vt ita demum hic quoque postliminio reuersus intelligatur,si malit suos sequi, quàm in ciuitate nostra manere, Et rectè. Cùm enim omnis manumissio præsupponat seruitutem *l.2.C.de ingen.manum.* & postliminij fictio tollat omnino memoriam seruitutis,fieri nullomodo potest vt remaneat intellectus aliquis libertatis,qui non tollatur postliminij potestate vt Papiniani verbis vtar in *l.si patroni* 55.*§.vlt. D.ad SC.Trebel.* Nec obstat huic sententiæ fauor libertatis, cùm multò plenior libertas illa sit quæ per postliminium restituitur,quàm quæ per manumissionem obtingit. Illa enim eadem ipsa libertas est quæ ante captiuitatem erat,ac proinde coniuncta cum ingenuitate. Quæ verò per iustam & vtilem manumissionem obtingit,ea inducit secúmque comitem semper habet libertinitatem. Vsque adeo autem verum est postliminio ad suos reuersum intelligi eum,qui à nobis manumissus maluit suos sequi, quàm in nostra ciuitate manere,vt nec ij qui ex nostris ab hostibus redeunt,fiant tamen ciues nostri in se postliminij si non habeant animum Romæ remanendi,sed ad hostes reuerti malint. Cuius rei exemplum illustre fuit in Attilio Regulo, quem à Carthaginensibus Romam missum placuit non esse postliminio reuersum, quia iurauerat se Carthaginem reuersurum, nec animum habuerat Romæ remanendi. Parum enim est corpore quem rediisse domum si mente alienus est *d. l. nihil interest* 26.*eod. tit.* Sicque accipi debet quod Pomponius subobscuriore contextu verborum scribit in *d.l.*5.*§.captiuus.* vbi addit, Eadem ratione factum esse vt in quodam interprete Menandro qui apud nos manumissus postea missus erat ad suos,non fuerit visa necessaria lex quæ de illo facta erat, vt ciuis romanus maneret. Nam siue animus ei fuisset remanendi apud suos, hoc ipso desineret esse ciuis,iuréque patrij postliminij frueretur,siue animus fuisset reuertendi maneret ciuis, Atque ita fieri non poterat vti ne superuacua essèt lex in vtrumque euentum.

Plenior est libertas quæ per postliminium restituitur, quàm quæ per manumissionem obtingit.

*d.l.*5.*§.captiuus.*

ILLATIO I.

De ijs qui hostibus deduntur.

EX hoc Principio illud primùm fit,vt non tantùm eos qui ab hostibus capiuntur,sed & illos qui hostibus deduntur,si quando ab hostibus redeant postliminij iure reuersos videri placeat *l.eos* 4. D. *hoc tit. De capt. & postlim.* Vtriusque enim commune illud est vt & in hostium potestate fuerint, & consequenter ab hostibus quoque redierint in ciuitatem. Quamquam in ijs qui hostibus dediti essent difficilius id videbatur,propterea quod non nisi ex præcedente causa delicti alicuius deditio eiusmodi fieri soleret, vt puta si quis legatum hostium contra ius gentium pulsasset, aut qua alia ratione violasset *l.vlt. D.de legation.* vbi refertur Quinti Mucij Scævolæ sententia existimantis, Eum quem semel populus romanus hostibus dedi iusserit, hoc ipso perinde expulsum videri ex ciuitate acsi aqua & igni ei fuisset interdictum. Vt proinde indignus videatur qui ad postliminij ius & beneficium admittatur,propter irrogatam pœnam ex ratione Papiniani ab Vlp. relata quamuis ab eodem ibi improbata in *l.Papinianus* 20.D.*de minor.* Sed tamen humanior visa est contraria sententia, siue quòd per deditionis pœnam satisfactum sit iniuriæ contra

L. eos 4. De capt. & postlim.

L. vlt. D de legatimib.

L. Papinianus 20 D. de minor.

Digitized by Google

ius gentiũ irrogatæ,vt nulla hoſtibus conquerendi ſuperſit occaſio,ſiue quod culpa quæ huic deditioni cauſam præbet, ſoleat vt plurimum naſci ex bono quamuis minùs conſiderato erga rempublicam, maloque viciſſim erga hoſtes animo,qui etſi excuſationem non meretur,ſi ius gentium violatum proponatur,facilius tamen veniam à republica impetrare poteſt,tum ſaltem cùm & iuri gentium & hoſtium querelis fuit ſatisfactum.Inter captiuos tamen & deditos differẽtia ea eſſe videtur,quòd captiui quoquomodo in ciuitatem reuerſi, ſiue ab hoſtibus dimiſſi fuerint,ſiue per vim aut per fallaciam eorum poteſtatem euaſerint,poſtliminij ius habent,Dediti verò non aliter quàm ſi ab hoſtibus fuerint dimiſſi, cùm deditio fiat à populo id agente vt qui deditur non ſolùm è ciuitate expellatur,ſed etiam ſeruus hoſtium efficiatur, non quandiu duntaxat in ipſorũ erit poteſtate vt in captiuo euenit,ſed quandiu hoſtibus placuerit,quorum non tam poteſtati quàm arbitrio dediti libertas data videtur à populo,qui de cuiuſque ciuis libertate non minùs quàm de vita,prout vult diſponit.Ceſſátque hoc caſu ratio illa inducendi poſtliminij, quam ſupra diximus eam fuiſſe,vt qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is priſtinum ius ſuum reciperet vbi in fines ſuos rediiſſet *d.l.poſtliminium* 19. *De captiu.* Non enim per iniuriam detinetur,qui ex deditione à populo Romano facta detinetur. Sicut è contrario non poteſt videri per iniuriam rediiſſe in ciuitatem is qui hoſtibus deditus & ab iis receptus poſtea vltro ab iiſdem dimiſſus eſt. Cur non ergo ſaltem hoc caſu poſtliminij ius habebit? Planè ſi proponas non fuiſſe illum ab hoſtibus receptum,dubitari probabilius poteſt, an gaudere debeat eodem poſtliminij iure.Et magis eſt vt non debeat, ſed noua lege indigeat per quam fiat ciuis Romanus,vt in perſona Hoſtilij Mancini quem Numantini ſibi deditum non acceperant,obſeruatum fuiſſe refertur in *d. l.vltim.* D.*de legation.*Neque enim fieri poteſt vt poſtliminio reuerſus videatur is qui nunquam in hoſtium poteſtate, nec eorum ſeruus fuit. Neque rurſus vt is qui ſemel è ciuitate expulſus fuit ciuitatem amiſſam recuperet ſine beneficio & priuilegio alicuius reſtitutionis.Conſequens igitur eſt vt quamuis reuerſus ab hoſtibus à quibus receptus nunquam fuit, non eo magis tamen ciuis fiat quãuis nec ſit ſeruus,quia ſcilicèt deditio expellit quidem eum è ciuitate, ſed non priùs facit ſeruum hoſtium quàm ab hoſtibus fuerit receptus.Erit ergo nec ciuis nec ſeruus,ſed liber & peregrinus.Hicque Modeſtini ſenſus eſt in *dict.l.4. De captiu.& poſtlim.* vbi vereor ne mendum ſubſit in illis verbis, *nec à nobis receptus ſit*,potiúſque legendum ſit *nec ab eis.* Tractare enim Modeſtinum de illo,qui hoſtibus deditus nec ab eis receptus ſit, conſtat euidenter ex eo,quod refert ille inter Brutum,& Scæuolam id variè tractatum fuiſſe,Bruto exiſtimãte manere hunc ciuem romanum, Scæuola contrà negante, Fuit autem illa quæſtio agitata de eo qui ab hoſtibus receptus non ſit,vt apparet ex *d.l.vlt.De legat.* vbi eadem quæſtio, eadémque Scæuolę ſententia proponitur,non de eo, qui ab hoſtibus receptus ſit,à Romanis verò poſt reditum ſuum non receptus. Quem non adipiſci ciuitatem mirum non eſſet, cùm hoc ipſo quod à nobis non reciperetur,iterum de ciuitate expelli videretur, niſi poneres ideo à nobis receptum non eſſe,quia nec ab hoſtibus receptus fuiſſet, vel quòd ab iis nõ dimiſſus,ſed profugus eſſet.Quibus tamen caſibus fruſtra eſſet dicere à nobis receptum non eſſe illum,qui etiamſi receptus eſſet, poſtliminij tamen ius habere non poſſet.

In quo differant dediti à captiuis.

d.l.vlt.D. de legation.

l.4.D.de captiu.&poſtlim. emendata.

ILL.

ILLATIO II.

De postliminio cuiuscumque sexus & condicionis hominibus dato.

SEcundò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *d.l. postliminium* 19. §. *vlt. eod. tit.* postliminium hominibus esse cuiuscumque sexus condicionisve sint, adeò vt nec interfit an liberi sint an serui. Nec enim soli postliminio recipiuntur ij qui pugnare possunt, in quo numero neque mulieres, neque impuberes, neque serui continerentur, sed omnes homines qui eius naturæ sunt, vt vsui esse, vel consilio, vel aliis modis possint. Siquidem totum ius hoc postliminij non tam priuatorum qui in hostium potestatem peruenerunt, quàm reipublicæ gratia comparatum fuit, nihil aliud curante ciuili legislatore, nisi vt omnia referat ad reipub. dignitatem, & vtilitatem. Serui ergo postliminium habent ex persona & vtilitate dominorum qui delierunt, captos eos habere in potestate *l. si seruus* 16. D. *de interrog. in iur. faciend.*

L. postliminium 19. §. *vlt. eod. tit.*

L. si seruus 16. *De inter. in iur. fac.*

ILLATIO III.

De captiuo qui sua voluntate mansit apud hostes.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt si captiuus de quo in pace, id est in publicis conuentionibus, quæ per pacem fiunt, vt Vlp. loquitur in *l.* 5. §. 1. *De pact.* cautũ fuerat vt rediret, sua voluntate apud hostes manserit, non sit postea ei postliminium *l si captiuus* 20. *De capt. & postlim.* quia cùm postliminij ius totũ in fictione consistat, fictione autem nulla opus sit quoties veritas locum habere potest, nulla ratio est cur ei per fictionem succurri oporteat, qui pr̃optius & fauorabilius reipublicæ auxilium aspernatur: Immo verò qui indignũ se reddit, hoc ipso quod voluntate sua manendo apud hostes transfugam se facit *l. si quis forte* 19. *ad fin. C. eod.* Transfugas enim postliminium nullum habere constat, cùm quisquis malo consilio & proditoris animo patriam reliquit, is hostium loco habendus sit, si modò liber sit (neque enim serui transfugere possunt nec magis reipublicæ quàm suis dominis furtum sui facere *l.* 3. §. *Nerua filius* 13. *De acquir. poss. l. rem quæ* 15. *in fi. eod.* iunct. *l.* 1. *C. de seru fugit l. ancilla* 60. D. *de furt.*) siue masculus sit siue fœmina *d.l. postliminium* 19. §. *transfuga & §. filius quoque D. de captiu. & postlim.*

L. si captiuus 20. *De capt. & postlim.*

L. si quis forte 19. *ad fin. C. eod. Seruus trãsfugere non potest. Nec transfuga postliminiũ habere.*

ILLATIO IV.

De postliminio non tantùm personis sed etiam rebus dato.

QVartò ex eodem Principio fit vt non tantùm personis omnibus quæ reipublicæ aliquomodo vsui esse possunt cõpetat postliminiũ, sed & rebus ipsis ad personas pertinẽtibus, quoniam & hoc ad reipublicæ vtilitatem pertinet *d.l. si captiuus* 20. §. 1. *eod. tit.* vbi Pomponius scribit expulsis hostibus ex agris quos ceperint, dominia eorum ad priores dominos redire, nec aut publicari aut prædæ loco cedere. Publicatur enim, inquit, ager ille, qui ex hostibus nõ qui ex nostris captus est. Eadem ratio facit vt nauibus longis atque onerarijs propter belli vsum postliminium sit, non etiam piscatorijs aut si quas aquarias voluptatis causa parauerunt *l.* 2. *eod.* vbi additur, Equum item, aut equam freni patientem postliminio recipi, subiuncta ratione, illa, quia sine militis & equitis, culpa proripere se potuerunt. Non idem, inquit Marcellus, in armis iuris est, quippe cum nec sine flagitio amittantur. Elegans sanè

d.l. si captiuus 20. §. 1.

L. 2. eod.

Digitized by Google

Quæ ſine fa gitio non amittuntur, poſtliminio non reuertuntur.

rario, quæ arma poſtliminio reuerti negat ideò quòd turpiter amittantur. Vt intelligamus fictionem iſtam poſtliminij non niſi ex vtilitate & dignitate rei publicæ fuiſſe conſtitutam. Qua ratione multò magis dicendum eſt veſtem poſtliminio recipi non poſſe vt ex Pomponio ſubiungitur in *l. ſeq.* cùm fieri nullomodo poſſit vt ſine infamia miles ſuam veſtem amittat. Immo & miles qui in bello arma amiſit, vel alienauit, capite punitur aut ſaltem ſi quando humanius cum eo agatur militiam mutat. *l. 3. §. miles qui in bello D. de re milit.* Addit eo loco Iurec. verba illa *vel alienauit*, quoniam arma alienaſſe graue crimen eſt, & ea culpa nonnunquam deſertioni comparatur, id eſt ſi tota alienauit, Sed & ſi partem eorum, niſi quod intereſt, diſtinguíque oportet, quænam arma ſint, quæ fuerunt alienata. Nam ſi tibiale vel humerale alienauerit, caſtigari verberibus debet, ſi verò loricam, ſcutum, galeam, gladium deſertori ſimilis eſt, vt tractat Paulus in *l. qui commeatus* 14. *§. 1. eod. tit. De re milit.*

L. 3. §. miles qui in bello D. de re milit.

L. qui commeatus 14. §. 1. eod. tit.

ILLATIO V.

Differentia poſtliminij quod in bello datur, & eius quod in pace.

QVintò ex eodem Principio fit vt in bello quidem poſtliminium ſit omnibus, at verò in pace non niſi his, qui in bello capti eſſent, de quibus tamen nihil in pactis comprehenſum eſſet *d. l. in bello* 12. *in princip. De captiu. & poſtlim.* vbi Thryphoninus ex Seruio ſcribit hoc ideo placuiſſe, quia ſpem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace romani eſſe voluerunt. Quæ ratio oſtendit non obſcurè corruptam eſſe vulgarem lectionem in illis verbis præcedentibus *de quibus nihil in pactis comprehenſum erat* & pro *nihil* legendum *id*, vt ſubtiliter animaduertit nobiliſſimus Iurec. Petrus Faber *lib. 1. Semeſtr. cap. 7.* à Cuiacio quoque probatus *lib. 19. Obſer. cap. 7.* Pugnaret enim ratio illa elegans Seruij cum dicto Thryphonini ſi diceremus ita ſcripſiſſe Thryphoninum, vt in pace quoque poſtliminium eſſet iis, qui bello capti eſſent, etiam de quibus nihil in pactis comprehenſum fuiſſet. Quidni enim poſtliminium iſti ex pace non minùs quàm ex bello ſperarent? Immo tanto ſecuriùs, quanto facilius eſt vt bellum pace quàm victoria concludatur. Porrò ſi & ſententia illa Thryphonini & ratio Seruij vera eſt, conſequens fit vt poſtliminium habere non poſſit quiſquis hoſtium ſeruus factus eſt, aliter tamen ab iis quàm bello captus. Vt puta ſi quis in pace peruenerit ad exteros ſubitóque bellum exarſerit. Fit enim hic ſeruus eorum apud quos iã hoſtes ſuo facto deprehẽditur, eíque poteſt imputari cur ad eos profectus ſit quos iã hoſtes ſciebat, licèt bellũ nondũ exarſiſſet. Hoſtes enim facit non bellum ipſum, ſed indictio belli *d. l. hoſtes 24. eod.* Certum autem eſt poſtliminio gaudere numquam debere illum, cui poſſit factum ſuum imputari, vt huic poteſt. Nec video cur Haloand. Budæus, & Hugo à Porta in illis verbis *facto ſuo deprehenduntur* malint legere *pacto*, quàm *facto* cùm in hac ſpecie non pactum captiui aliquod interueniſſe proponatur, ſed factum hoc ipſo quod ad eos hoſtes iuerit, quos iam hoſtes eſſe ſciebat. Ergo quod ſequitur *quibus ius poſtliminij eſt tam in bello, quàm in pace niſi fœdere cautum fuerat ne eſſet his ius poſtliminij*, planè non intelligo quam rationem habeat, aut quomodo conciliari poſſit cum præcedentibus. Primùm quia contextus ille verborum *verùm in pace qui peruenerunt ad alteros* oſtendit ſatis aliud in his reſpondere Iureconſultum, quàm in iis de

d. l. in bello 12. in pri. D. de capt. & poſtlim. emẽdata.

L. hoſtes 24. ff. de poſtli.

quibus

quibus fuerat locutus priùs. At in aliis dixerat postliminio locum esse. Ergo in his locum non esse putauit, alioqui nulla erit antitheſis quam tamen apertè verba præseferunt. Deinde quis credat meliorem esse condicionem istorum quibus facti proprij culpa imputari potest, id est cur ad eos iuerint apud quos iam hostes facto suo deprehenduntur quàm illorum sit qui bello capti sunt, Quos tamen diximus postliminium in pace non habere si de iis nihil in pace fuerit comprehensum, vt ciues romani spem reuertendi magis in virtute bellica quàm in pace collocandam esse sciant. Cur ergo illi habebunt, non solùm in bello (quod quidem esset tolerabilius, quamuis illa semper ratio iis obstet quod sibi factum suum debeant imputare) sed etiam in pace? Aut cur addimus illam exceptionem *nisi fœdere cautum fuerat, ne esset his ius postliminij*, cùm in aliis quibus nihil imputari potest a postliminij beneficio excludendis sufficiat de iis nihil cautum fuisse, nec illud etiam requiratur vt contra eos cautum aliquid fuerit? Fatendum igitur est corruptum esse locum hunc, & ab illis verbis *quibus ius postliminij est* vsque *ad §. omnia* esse vel imperiti interpretis quem præcedens Thryphonini sententia siue corrupta siue obscura fefellerit, vel Triboniani more suo omnia deprauantis, & postliminij fictionem ad hunc quoque casum inuita iurisprudentia fauorabiliter extendere volentis. Nec contrarium est, quod in superioribus diximus in pace quoque postliminium datum esse. *d. l. 5. in princip. & §. in pace eod. tit.* Id enim ad eos pertinet qui non ab hostibus capti sunt, sed ab iis populis cum quibus non magis bellum, quàm hospitium aut amicitiam aut fœdus aliquod amicitiæ causa factum habeamus, qui denique hostes non sunt, vt Pomponius explicat in *d. §. in pace*. In his enim locum non habet ratio illa Serui *quòd spem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace romani esse voluerint*, cùm non sint capti ab hostibus, nec proinde ab iis, cum quibus bellum geri, & virtute bellica certari possit. Itaque vel necesse esset manere illos perpetuò seruos, vel ea de causa bellum decerni contra eos qui hostes nec sint nec fortassis vnquam fuerint, & contra quos eodem iure populus romanus soleat vti, Nisi placeret summa ratione hoc quoque casu postliminium induci, cùm in iis quoque naturalis illa æquitas locum habeat, quæ postliminij ius vt supra diximus induxit, quòd per iniuriam ab extraneis detineantur, id est nullo alio iure quàm quòd eandem iniuriam populus romanus cum iisdem populis exerceat *d. l. postliminium 19. in princip.* vbi additur, quod ad hanc quoque illationem pertinet, Eos qui induciarum tempore in hostium potestatem peruenerunt postliminium non habere, quia cùm induciæ nihil aliud sint quàm cùm in breue præsensque tempus conuenit, ne inuicem sibi hostes lacessant, (quam *pacem sequestram* Virgilius quodam loco vocat) sicuti non faciunt quin bellum duret, ita nec quin duret spes captiuorum omnium virtute bellica romani exercitus recuperandorum.

d. l. 5. in princip. & §. in pace D. de capt. & postlim.

d. l. postliminium 19. in princip.

ILLATIO VI.

De muliere in opus salinarum data deinde à latrunculis capta, & iure commercij vendita acredempta.

SExtò ex eodem Principio fit, vt si mulier in opus salinarum ob maleficium data sit atque ita serua pœnæ effecta *l. sunt quidam 17. l. in metallum 36. D. de pœn.* deinde à latrunculis exteræ gentis capta & iure commercij vendita ac re-

Digitized by

L. mulier 6. eod. tit. De capt. & postl.

dempta est in causam suam recidat postliminij quodam iure *L. mulier 6. eod. tit. De capt. & postlim.* Exteram enim gentem intelligere debemus cum qua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causa factũ habeamus vt proximè dicebamus ex *l. 5. §. in pace eod. tit.* ac proinde apud quam quisquis capitur etiam ab illius gentis latrunculis, ferous sit, ob idque postliminii auxilio indiget, vt patriæ restituatur: quamuis extra hanc causam postliminium nõ habeant qui à prædonibus piratis & latrunculis capiuntur *d. l. hostes 24. l. latrones 27. eod.* quia scilicet remanent liberi nec fiunt latrónum serui *d. l. postliminium 19. §. à piratis eod. tit.* At quomodo postliminium habere locum potest in persona illius mulieris quæ iam tum cùm capta est, fuerit serua? Non sanè ex ipsius mulieris persona sed fauore & iure reipublicæ, cuius interest vt hæc quo que mulier postliminio recipi intelligatur ad hoc vt in pristinã causam suam recidat, Sicut & illi ipsi qui ante captiuitatem serui in ciuitate fuerunt si ab hostibus redeant postliminium habent ex persona dominorum suorum quibus restituuntur *d. l. latrones l. sicut liberis 10. l. ab hostibus 12. C. eod.* Idémque euenit si deportatum ab insula hostes ceperint. Is enim redemptus quibus casibus redit in eam causam venit in qua futurus esset si captus nõ fuisset, ac proinde rursum deportatur *d. l. in bello 12. §. si deportatum 15. D. eod.* Differt tamen casus hic ab illo de quo in *dict. l. mulier*, quia ei qui mulierem in opus salinarum damnatam redemit precium ex fisco reddẽdum est, vt eadem lex aiat non etiam illi qui deportatum redemit. Et ratio diuersitatis euidens est quoniam deportatus non amittit libertatem, sed tantùm ciuitatem vt sæpius diximus, Nec tursus pœna eius fisco aut reipublicæ prodest, at nocet potiùs cùm per eam eximatur caput liberum de ciuitate, nisi hactenus vt exemplo sit cæteris deterrendis. Cur ergo fiscus precium redẽptionis reddere teneatur? At in muliere quæ in opus salinarum damnata fuerat, omnia sunt diuersa, quia & amittit illa libertatem & ex eius pœna commodum fiscus sentit, licèt per pœnam facta fuerit serua non fisci sed pœnæ *d. l. in metallum 36. D. de pœn. l. 3. D. de his quæ pro non script. habent.* Sunt autem ista omnia conuenientia ei, quod diximus iam sæpius, fictionem postliminij non nisi ob reipublicæ dignitatem & vtilitatem moribus introductam fuisse. Alioqui postliminium habere nec posset nec deberet mulier, quæ ante captiuitatem serua pœnæ facta esset, si tantùm ciuium non etiam ciuitatis gratia postliminium comparatum esset.

L. hostes 24. l. latrones 27. eod. d. l. postliminium §. à piratis.

L. sicut liberis 10. l. ab hostibus 12. C. eod. d. l. in bello 12. §. si deportatum. 15. D. eod.

L. in metallum 36. D. de pœn. l. 3. D. de his quæ pro non scrip. habent.

ILLATIO VII.

De postliminio inter Romanos & fœderatos liberósque populos non admittendo.

L. non dubito 7. D. de capt. & post.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Proculus scribit in *l. non dubito 7. eo. tit.* inter nos & fœderatos liberósque populos postliminium non esse, quũ fœderati & liberi populi nobis externi non sint. Sic enim sanè legendũ est retenta negatione quã habet vulgata lectio (licèt in Florentina malè desit & Florentinam malè tueatur Cuiacius *lib. 11. obser. cap. 23.* emendans tamen *nec* pro *non.*) Item repositò *quum* pro *quum* vt recta sit constructio infinitiui illius sequentis *esse.* Voluit enim Proculus rationem insinuare propter quam hoc casu postliminio locus esse non debeat. Siquidem si fœderati quoque populi nobis externi essent, postliminium quoque inter nos & eos inducendum esset, vt inter cæteros, inter quos superiore illatione diximus postliminium esse in pace

ex *l. 5.*

ex l. 5. in princip. & §. in pace eod. tit. At cùm non sint externi (quo nomine significamus medium genus hominum, qui populi romani neque hostes neque amici sunt) nulla prorsus ratio subest postliminij inter nos, & eos inducendi. Etenim vt Proculus subiicit, quid inter nos & eos postliminio est opus, cùm & illi apud nos & libertatem suam, & dominium rerum suarum æquè atque apud se retineant, & eadem nobis apud eos contingant? Postliminium enim omne supponit præcedentem amissionem vel ciuitatis vel dominij, vel vtriusque, Cùm nihil aliud sit quàm fictio quæ induci per ius ciuile nũquã solet, nisi quatenus necesse est, necessitas porro nulla subest quoties nihil amissum fuit. Tractat autẽ Proculus de populis fœderatis & liberis, quia fieri non posset vt apud eos populos qui ipsi serui essent, nos aut libertatẽ nostrã aut rerũ nostrarũ dominiũ retineremus, Nisi poneres seruos illos esse eius gẽtis, quæ non tãtũ libera esset, verũ etiã nobis amica & fœderata. Liberum verò populũ definit Proculus eum, qui nullius alterius populi potestati subiectus est, siue is fœderatus est, siue itẽ æquo fœdere in amicitiã venit, siue fœdere cõprehensum est vt is populus alterius populi maiestatẽ comiter conseruaret: Hoc enim adiicitur vt intelligatur alterũ populũ superiorẽ esse, non vt dicatur alterum liberum nõ esse. Et quemadmodum clientes nostros intelligimus liberos esse, quamuis neque auctoritate, neque dignitate, neque viribus nobis pares sint (ita enim legendum esse bene iampridem Haloander obseruauit) sic eos qui nostram maiestatem comiter obseruare debent, liberos esse intelligendum est. Comiter siquidem obseruare nihil aliud est quàm obseruationem non indignam populo libero exhibere superiori, vt bene ibi explicat Gothofr. cõtra Haloãdrũ qui duobus illis locis pro *comiter* reposuit *cõmuniter* nullo prorsus sensu. Adiicit Proculus, apud nos fieri etiam ex ciuitatibus fœderatis reos, & in eos damnatos à nobis animaduerti, vt intelligamus tantam inter nos & fœderatos nostros coniunctionem esse vt postliminio inuicem nullo egeamus.

Populi fœderati, & liberi.

ILLATIO VIII.

De vxore à marito iure postliminij recipienda.

OCtauò ex hoc eodem Principio pendet ratio dubitandi ad *l. non vt à patre 8. eod. tit.* in qua Paulus scribit non vt à patre filium, ita & vxorem à marito iure postliminij recipi, sed tunc cùm & voluerit mulier, & adhuc alij post constitutũ tẽpus nupta non est, quod & à Põponio traditũ est in *l. cùm duæ 14. §. 1. eo.* Videbatur enim non aliud inris in vxore quã in liberis cõstituendũ esse propter generalitatẽ vt ita dicam fictionis, postliminij quæ facit vt retro in ciuitate fuisse crẽdatur quisquis ab hostibus redit. *l. retro 16. eo.* Sed diuersitatis inter liberos & vxorem ratio illa est, quod recuperatio liberorum patriæque in eos potestatis tota est iuris nullomodo facti, nec enim pendet ex liberorũ volũtate, quinimò nõ nisi patre volẽte dissolui potest, nisi vel mors vel captiuitas vel quid aliud simile eam dissoluerit. At ius matrimonij totum pendet ex cõiugum voluntate magis quàm ex iuris potestate, nec minùs posteaquàm contractum fuit, quàm eo tempore, quo contrahitur, inspecto scilicet iure illo antiquo, quod diuortiorum libertatem permittebat. Itaque cùm inter inuitos neque contrahatur matrimonium neque retineatur *l. si patre 22. D. de rit. nupt. l. 1. D. de diuort.* vtique quod semel per captiuitatem dissolutum fuit, quamuis ab hostibus redierit is qui quõdam maritus fuit, non tamen nisi ex nouo consensu & omnibus adhuc integris cæteris, redintegrari potest, quia facto eam re opus est, non tantùm iure, ad ea verò quæ facti sunt non potest fictio

L. non vt à patre 8. eod. tit.

L. cùm duæ 14. §. 1. eod.

L. si patre 22. D. de rit. nupt. l. 1. D. de diuort.

d.l. in bello 12.§ facti & §. sed captiui De capt. & postl.

postliminij pertingere. *d.l. in bello* 12.§. *facti* De *captiu. & postlim. l. denique* 19. *D. ex quib. caus. maior.* sicut & pendente captiuitate mariti, non potest videri vxor esse in matrimonio, tametsi maximè velit & in domo mariti sit *dict. l. in bello* 12.§. *sed captiuus*, quia scilicet implicaret contradictionem, vt voluntatem aliquam habere crederetur captiuus qui pro mortuo haberetur, cùm mortui voluntas nulla sit, nec rursus matrimonium sine voluntate. Illud valde probo quod Cuiacius obseruauit ad *Nouell.* 22. *De nupt.* ea verba *post constitutum tempus*, quæ apud Paulum hodie leguntur à Triboniano addita esse respiciente ad eam Iustiniani constitutionem: Ante quam ita proculdubio ius erat vt dissoluto per mariti captiuitatem matrimonio vxor mariti reditum expectare non cogeretur, nec alij statim nubere prohiberetur, Nec valde dissimile est quod nos ab eodem Triboniano quamuis in alia quæstione factum obseruauimus ad *Princip.* 4. De *nupt. illat.* 5. Quid ergo si cum marito ab hostibus reuerso noluerit vxor redintegrare matrimonium? Non cogetur. Sed si nullam probabilem causam habeat recusandi quominus redintegretur, pœnis discidij tenebitur, quia vltro discedere ab eo videtur, cùm per eam solam stet ne maritum eundem habeat quem priùs habuerat. Idque disertè Paulus docet in *d.l. non vt à patre*, in qua proinde non dubito quin legendũ sit *noluerit* pro *voluerit* in illis verbis *quòd si voluerit*, vt apertissimum est.

ILLATIO IX.

De postliminij potestate ad ea, quæ facti sunt non extendenda.

d.l. in bello 12.§ facti.

NOnò ex eodem Principio sumenda etiam est ratio dubitandi ad id quod Tryphoninus scribit in *d.l. in bello* 12.§. *facti eod. tit.* facti causam nulla cõstitutione infectam fieri posse. Nam cùm postliminij fictio faciat vt numquam videatur captus fuisse qui ab hostibus tandem reuersus est, videbatur efficere debere vt in omnibus siue iuris siue facti essent locum habere deberet. Sed nõ ita est: quia cùm iuris fictio sit id est inducta iuris potestate, vt & cæteræ omnes fictiones, fieri nequit vt ad ea quæ facti sunt pertingat, quemadmodum proximè dicebamus ex *d.l. denique* 19. D. *ex quib. caus. maior.* vbi ob hanc ipsam rationem Papinianus scribit si emptor prius quàm per vsum sibi acquireret ab hostibus captus sit interruptam possessionem scilicet longi temporis, quæ pro vsucapione est postliminio non restitui, quia hæc, inquit, id est longi temporis possessio vt & vsucapio sine possessione non constitit, *l. sine possessione* 25. D. *de vsucap.* possessio autem quamuis plurimum ex iure mutuetur, vt idem Papin. loquitur in *l. possessio* 49. *in princip. De acquir. possess.* tamen plurimùm facti habet, causa verò facti postliminio non continetur, sed causa tantũ iuris cùm postliminij effectus in eo totus sit vt iura, quæ captiuus in ciuitate habuit priusquam caperetur, salua ei & integra conseruentur, interimque suspendantur ueriùs quàm abrumpantur *d.l. illa institutio* 32.§. 1. *D. de hered. instit.* Idipsum verò est quod Thryphoninus tractat in *d.§. facti*, Eorum quæ vsucapiebat per seipsum possidens is qui postea captus est (*captus* enim lego non vt vulgo *mactus*) interrumpi vsucapionem, quia, inquit, certum est eum per captiuitatẽ possidere desisse, cùm fieri nõ potuerit vt possideret is qui ab alio possidebatur *l. cùm heredes* 23.§. 1. *D. de acquir. poss.* vbi ex hoc infert Iauolenus captiuo ab hostibus reuerso noua possessione opus esse, etiãsi nemo alius medio

l. denique 19. D. ex quib. caus. maior.

l. illa institutio 32.§ 1. D. *de hered. instit.*

d.§ facti. l. in bello eod. tit.

l. cum heredes 23.§. 1. *D. de acquir. poss.*

tempore

tempore res eius possederit. Adiecit verò Thryphoninus verba illa *per semetipsum possidens*, quòniã dubitatũ fuit inter Iureconsultos an eadẽ ratio esse deberet eorũ quæ per subiectas personas ante captiuitatẽ possidebãtur vtúq; capiebãtur, & quę post captiuitatẽ quoq; peculiari nomine, siue per filiosfamilias siue per seruos cõprehenderentur. Iulianus putabat credi suo tẽpore impleri vsucapionẽ, remanẽtibus isdẽ personis in possessione. Quasi hoc casu possessio quatenus facti esset, retineretur etiã durãte captiuitate per subiectas personas, quę corporaliter & facto ipso possidere nũquã desiissent, Quatenus verò iuris, per fictionẽ postliminij, quę faceret, vt eas personas quæ semper reuera possedissent, semper quoq; captiuus in potestate habuisse crederetur. Marcellus cõtrà, nihil interesse an quis possideret ipse, ac subiecta ei persona. Cùm vtroque casu nõ filius, aut seruus qui in possessione corporali est possidere intelligatur, sed pater vel dominus per filiũ, aut per seruũ iure patriæ, aut dominicæ potestatis *l.1.§. itẽ acquirimus l. quicquid 4. D. de acq. poss.* Qui nãque in aliena potestate sunt tenere quidẽ res præsertim peculiares possunt, sed habere possidere nõ possunt, quia possessio nõ tãtùm corporis, sed & iuris est, inquit Pap. in *d.l. possessio 49. §. 1. eod.* Proinde non potest impediri amissio possessionis quæ per filiũ, aut seruũ retinebatur, ex eo solũ quod captiui filius, vel seruus in ciuitate, ac possessione remãserit. Rursus amissa semel possessio per solã postliminij fictionẽ restitui nõ potest, quia nõ tãtũ iuris est, sed etiã facti & corporis, quãuis nulla possessio sit quæ plus ex iure mutuetur, quàm quę per filiũ, aut seruũ, vel acquiritur, vel retinetur *d.l. possessio in pr.* quãdoquidẽ, vt diximus, solo iure patriæ potestatis fit, vt quicquid filius peculiari nomine adprehẽderit, statim id pater eius possideat quãuis ignoret in sua potestate filiũ esse, adeóq; quod amplius est, etiãsi filius ab alio tãquã seruus possideatur *d.l. quicquid*. Iuliani tamẽ sententia licet minùs subtilis ex summa iuris ratione, Marcelli sentẽtię pręualuit, sequẽdáque est si Thryphonino credimus vtilitatis nimirũ causa, vt postliminij fictio quę fauorabilissima est, quàm latissimè fieri possit accipiatur. Aliũ sensum habet, quod Vlp. scribit in *l. verũ est 31. De reg. iur.* neque pacta, neq; stipulationes tollere factũ posse. Id enim cò pertinet quemadmodũ cadẽ lex explicat, vt nec pacto, nec stipulatione id quod impossibile est cõprehendi possit, vt efficere possit vtilẽ actionem, aut in factũ (sic enim legendũ arbitror nõ *aut factũ* vt Florẽtiæ, vel *pactũ*, vt vulgo) quãuis actiones quę in factum dicuntur, omniũ facillimè nascantur & ex verbis quibuslibet cõuentionis, tum etiã cùm neque directa, neque vtilis actio iure ciuili ex negotio nasci potest. Sunt enim actionũ omnium etiã vtiliũ subsidiariæ actiones in factum, vt ad *tit. De act.* aliquãdo si Deus volet, scribemus. Etsi autẽ eadem ratio est quę nõ patitur tolli factum, postliminij fictione, aut pacto, aut stipulatione, quia scilicet factum dicitur id quod naturaliter & reuera est, vel fuit, minùs tamen mirũ est non posse tolli pacto, aut stipulatione quàm postliminij fictione, cùm in aliis plerisq; multò plus possit iuris potestas quàm hominis factũ. Nec enim priuatorũ cautiones legũ autoritate censeri possunt, inquit Papi. in *l. vlt. D. de suis & legit.* Sanè ad supradictã iuris regulam illud spectat quod Iureconsultos quosdã existimasse Vlpianus refert in *l. si ita quis 31. De emẽt.* Illas stipulationes quæ in seruorũ emptionibus adhibebãtur *sanum esse, furem non esse, vesperlionem non esse* inutiles esse, propterea quòd si in hac causa seruus esset, impossibile esset, quod promitteretur, Si non esset, frustra id caueretur. Sed hanc sententiam rectè Vlp. reprehen-

l.1.§. itẽ acquirimus l. quicquid 4. eod.

l. possessio 49.§.1. eod.

l. verũ est 31. de regul. iur.

Actiones in factum sunt subsidiariæ.

L. vlt. D. de suis & legit.

L. si ita quis 31. D. de emẽt.

d by Googl

dit,ex eo quod huiuſmodi ſtipulationibus contineatur id quod intereſt horũ quid eſſe,vel non eſſe.Quòd ſi cui horum fuerit adiectum *præſtari* multò magis valere ſtipulationem, Alioquin ſtipulatio,inquit, quæ ab Ædilibus quoque proponitur inutilis erit, quod vtique nemo ſanus probabit *l.cùm mihi* 46.& *paſſ.D.de edilit.edict.*

L.cùm mihi 46.D. de edilit.edict.

ILLATIO X.

De codicillis in captiuitate factis ab eo qui in ciuitate fecerat teſtamentum.

DEcimò ex eodem Principio fieri videtur quod ex eodem Thryphonino ſcriptum legimus in *d.l.in bello* 12.*§.codicilli*, Codicillos in tempore captiuitatis factos ab eo,qui in ciuitate fecerat teſtamentum,licèt ſubtili iure nõ valeãt,nec creditur teſtamẽto confirmati,tanquã facti ab eo qui teſtamẽti factionẽ non habuerit,reuerſo tamẽ ab hoſtibus captiuo,tãdémq;in ciuitate defuncto valere,& humanitatis rationi cõgruũ eſſe,vt poſtliminij iure defẽdãtur perindéque effectũ habeãt acſi medio tempore nulla captiuitas interceſſiſſet: quia,inquit lex,merũ principiũ eorum in ciuitate conſtituto captiuo factũ eſt, id eſt in teſtamẽto confirmatio codicillorũ, & is poſtea reuerſus eſt & poſtliminio ius ſuum recepit.Sed tamẽ ſi verum amamus,nõ poteſt hoc caſu poſtliminij fictio locũ habere, iũgendúſque eſt meo iudicio hic locus cęteris quos Tribonianus prætextu æquitatis pro arbitrio deprauauit.Codicillos enim quẽ feciſſe,aut teſtatũ fuiſſe nõ iuris,ſed facti eſt,cùm in eo neceſſe ſit factũ hominis interuenire,& conſequenter certo tẽpore,id eſt ita vt codicillos vno die factos núquã dici poſſit alio die factos fuiſſe,ne quidẽ per fictionẽ,quia neceſſe eſſet alios codicillos haberi,qui alio tẽpore facti fingerentur,vt diſputauimus ad Princip.præcedens illat.10.vbi hanc ob cauſam diximus poſtliminio cõfirmari non poſſe teſtamẽtũ quod quis apud hoſtes fecerit ex *l.eius qui* 8.D. *qui teſt.facer.poſſ.*Nam cùm poſtliminium deleat omnino memoriã captiuitatis,& iungat inſtãs reditus cũ inſtãti captiuitatis,pati non poteſt,vt quę in captiuitate à captiuo facta ſunt pro vnquã factis habeantur,Tantum abeſt,vt pati poſſit haberi ea pro factis in ciuitate.Quòd ſi teſtamentũ apud hoſtes factum poſtliminio nõ confirmatur,vt certiſſimi iuris eſt,cur obſecro fauorabilius,aut potẽtius erit ius codicillorũ?Dices fortaſſe cum Triboniano,quia merũ principiũ eorũ in ciuitate factũ eſt,id eſt confirmatio, quę facta fuit condito in ciuitate teſtamẽto.Sed falſa & inepta ratio eſt.Etſi enim facto teſtamento, ſi qui codicilli,ſiue ante,ſiue poſt teſtamẽtũ facti ſint,neceſſe eſt vt teſtamenti ius ſequãtur,tanquã eo cõfirmati,nõ ob id tamen principiũ vllũ codicillis datum intelligitur,priuſquàm ad codicillos ſcribendos,dictandóſve accedatur,ſed in futurum cõfirmati codicilli eo caſu intelliguntur,vt Paulus loquitur in *l.conficiuntur* 8.*in prin.*D.*de iur.codicill.* Nẽpe ſub tacita illa cõdicione,ſi quos codicillos ab eodẽ teſtatore fieri continget.Quicquid enim cõfertur in futurũ tempus,nec certũ eſt omnimodo futurũ eſſe,cõdicionis vim vt habeat neceſſe eſt *l.Stichum qui meus erit* 6.*de leg.1.l.nuper* 85.*de legat.3.l.itaque* 39.*D.de reb.credit.*Igitur vt de codicillorũ confirmatione tractari poſſit,neceſſe eſt codicillos aliquos factos eſſe.Atqui nõ poſſunt dici vnquam facti qui in captiuitate facti ſunt,quia ſiue ab hoſtibus aliquãdo redeat captiuus,ſiue nõ,aboletur prorſus captiuitatis memoria,aut per legẽ Corneliã,aut per poſtliminij fictionẽ.Mortuus enim apud hoſtes primo inſtãti captiuitatis deceſſiſſe retrofingitur,Qui verò ab hoſtibus reuerſus eſt,núquã apud eos fuiſſe.Ergo nec teſtamẽto cõfirmati videri poſſunt.Idque apertiſſimè Marcianus ſcribit in *l.quadã* 7.*De iur. codicill.* vbi ait quę-

L.eius qui 8. D.qui teſtam. facer poſſ.

L.conficiuntur 8.in prin. D.de iur.codicill.

L. quedam 7.eod.

ait quędā nō referri ad confirmationē codicillorū, Veluti, inquit, si ante captiuitatē codicillos quis confirmauerit, & postea in captiuitate codicillos fecerit. Nā nō valent. Quod quid aliud est quàm ad hūc casum nō pertinere legis Corneliæ fictionē? Cur verò non pertineret, si codicilli ob id solùm, quòd testamē to cōfirmati essēt haberētur pro factis tēpore testamēti? An nō ex lege Cornelia cōfirmatur testamētū ante captiuitatē factū? Aut an dicemus fortasse minoris potestatis esse legis Corneliæ quàm postliminij fictionē? Imo maioris potiùs esse deberet, quia minùs abhorret ab eo quod reuera est. Siquidē quisquis ab hostibus captus fuit, hoc ipso verè seruus hostiū est, ob idque desinit esse ciuis, & cōsequenter exinde mortuus esse fingitur, adeóque reuera mortuus est ciuitati in qua desiit habere caput. Itaque nō inducit fictio legis Corneliæ, vt qui vixit mortuus esse intelligatur, aut cōtrà, sed tantùm vt mortuus reuera seruus fingatur mortuus liber, & quod idē est, vt mortuus apud hostes fingatur mortuus in ciuitate. At fictio postliminij facit, vt qui reuera seruus fuit semper intelligatur fuisse ciuis, & qui toto eo tēpore quo fuit apud hostes, pro mortuo habitus habendúsque fuit, non solùm semper vixisse, sed etiā perpetuò in ciuitate mansisse existimetur, quod alienū est non modò à veritate, sed ab ea quoque iuris fictione quæ seruū pro mortuo habet quandiu seruus manet. Denique per fictionē postliminij mortuus quodāmodo resuscitatur, quod non fit per fictionē legis Corneliæ, & quod tamen multò difficilius est. At neque omnē captiuitatis memoriā abolet fictio Corneliana, cùm id agat maximè, vt instans mortis iungat instanti captiuitatis, retento proinde initāti illo & memoria captiuitatis pro vno ex fictionis extremis, quod in postliminij fictione non similiter euenit quę non alia de causa meminit captiuitatis, quàm vt is qui captus reuera fuit, nūquā captus fuisse intelligatur. Portò nemo non videt longè difficilius esse, vt facti alicuius memoria in totum, quàm vt ex parte tātùm deleatur: Illud etiā pro nobis contra Tribonianū facit, quod generaliter Marcianus scribit in *d.l.quędá*, Nō solum si captiuitate, sed etsi quo alio modo ius testamēti faciēdi defierit habere is qui codicillos facit, licèt habuerit tēpore testamēti ritè facti, nō posse codicillos istos testamēto cōfirmari. Quò etiā pertinet quod scriptū est in *l.19.his quibus & seq. De lega.3.* Vnū est quod Tribonianū fefellisse videtur, Nēpe quod dici solet codicillorū singulare ius esse, vt quęcūque in his scribūtur, perinde habeātur acsi in testamēto scripta essent *l.2.§.1.eod.tit. De iur.codic.* Sed animaduertere debuit, ita demū id verè dici si codicilli eo tēpore facti sint quo fieri potuerūt, semper enim supponēdi sūt termini habiles *l.1.§.vl D.ad SC.Terty.* At neq; perpetuā esse illā regulā iuris: In illis enim quę nō iuris, sed facti sunt, nō est perinde habēdum quod codicillis scribitur, atq; si vbi cōfirmatio codicillorū facta est scriptū fuisset: vt disertè scribit Marcianus in *d.l.quedā §.1.* ponēs exē plū, Si in codicillis ita scriptū erit *Vestē quæ mea est.* Codicillorū enim tēpus spectādū esse nō cōfirmationis. Itē si cōdicio illa adiecta sit *si Titius viuus est*, vel si sub illa *si tot annis est* codicillis Seio legauerit, tēpus codicillorū nō quo tēpore testamētū fit, spectandū esse. Quia scilicet in his omnibus exemplis verba sic concepta sunt, vt præsens tēpus designēt, id est illud præcisè quod fuit tempore codicillorum: An verò eo tēpore fuerit hoc vel illud non iuris, sed facti est. At quid obsecro magis facti esse potest, quàm quod hoc non illo die codicilli facti esse dicantur, in condicillorum faciendorum ius quod testamenti tempore competiit, codicillorum tempore per captiuitatem amissum proponatur? Sanè & eam iuris regulam quæ habet, Om-

L.1.§.biquibus & seq. de legat.3.

L.2.§.1. De iur. codicill.

d. l. quedā §.1.

nia quæcumque in codicillis teſtamento confirmatis ſcripta ſunt, perinde habenda eſſe acſi in teſtamento ſcripta eſſent, non ſatis bene à Triboniano perceptam fuiſſe conſtat ex iis quæ ſcripſimus *lib.*15. *Coniectur. cap.*16. de ſententia & emendatione *d. l.*2. §.1. *eod tit.* *De inr. codicill.* Concludamus igitur contra Tribonianum non minùs pro Thryphonino quàm pro ipſa iuris ratione ad codicillos in captiuitate factos, etiamſi iuſto & anteriore teſtamẽto in ciuitate facti fuiſſent, poſtliminij fictionem nullomodo pertinere poſſe, neque humanitatis alicuius ratione tantam vim legibus fieri oportere. Atque ita Thryphoninum ſcripſiſſe oſtendit manifeſtè quod in *§. ſeq.* ſubiicitur in hæc verba *Cætera quæ in iure ſunt poſtea quàm poſtliminio redit, pro eo habentur acſi nũquã iſte hoſtium potitus fuiſſet.* Quid enim aliud eſt dicere, in cæteris quæ iuris ſunt poſtliminio locum eſſe, quàm hoc ipſum quod modò diximus, Eo caſu quo facti factint codicilli in captiuitate, quia id facti non iuris eſt, poſtliminio locum nullum eſſe? Taceo ineptitudinem quę Tribonianum apertiùs prodit eotũ verborum *in ciuitate conſtituto captiuo*, pro eo quod dicere voluit & debuit *in ciuitate conſtituto tunc eo, qui nunc captiuus eſt.* Item illorum, *ſed quia merum principium eorum in ciuitate factum eſt, id eſt in teſtamento confirmatio codicillorum.* Denique omnium quæ in eodem §. ſequuntur, quę nihil minùs quàm Thryphonini elegantiam ſapiunt, quo vix elegantior & ſubtilior alius, ſi Papinianum excipias, Iuriſconſultus fuit.

d. l. in bello 12. §. cætera De captiu. & poſtlim.

ILLATIO XI.

De ſeruo alieno ab hoſtibus capto, poſtea redempto, cuius precium dominus reddidit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ſi quis ſeruum alienum captum ab hoſtibus redemerit, ſiue ſciens, ſiue ignorans alienum fuiſſe, deinde priſtinus dominus precium huic reddiderit, poſtliminio ſeruus rediiſſe receptúſque eſſe intelligatur *d. l. in bello* 12. *§. ſi quis ſeruum* 7. *eod. tit.* Ideò autẽ ponimus redditũ fuiſſe preciũ, quia cõſtitutio de redẽptis lata cuius ibidẽ Thryphoninus meminit, ſeruum alienũ ab alio redemptum facit ſeruum redimẽtis, quamuis ſcientis ſeruum alienum fuiſſe ante captiuitatem. Non enim ſcientia hæc poteſt inducere malam fidem, cùm redemptionis tempore hic qui antea ſeruus ciuis romani fuit, ſeruus hoſtiũ reperiatur & cõſequenter amiſſus domino ſuo. Publicéque interfuit ita ius conſtitui, vt per redemptionem acquireretur redimenti etiam ſcienti fuiſſe alienum, vt inuitarentur ditiores ad redimendos captiuos, qui alioquin perpetuo fortaſſis in hoſtium poteſtate remanſuri erant. Adeò, vt liberos quoque homines ab hoſtibus redemptos placuerit vinculo quodã pignoris redimenti obligatos eſſe, & pignoris quidẽ naturalis, quouſq; reſtituerit preciũ pro ſe datũ *l.*2. *& paſſ. C. eod.* Et ob eã nimirũ cauſam videbatur poſtliminij fictio ad hunc caſum non pertinere quaſi impedimẽtũ illud redẽptionis intercedẽtis obſtaret ne captiuitatis memoriã delere poſtliminiũ poſſet. Siquidẽ is qui ab hoſtibus reuerſus ideo eſt, quia cõmercio redemptus fuit, quomodo fieri queat, vt in ciuitate sẽper fuiſſe credatur, neq; tamen prius recipiat ius ſuum quàm ab ipſo, vel ab alio ipſius nomine fuerit redemptori ſatisfactum? Nec enim aut de ipſius redẽptione, aut de precio redẽptionis reſtituẽdo tractari vllomodo poſſet, ſi qui redemptus fuit, ſemper in ciuitate mãſiſſet. Sed tamen cõtrà placuit, redemptos quoque poſtliminij iure ac priuilegio gau-

L. 2. C. eod.

gaudere,verùm cum hoc temperamento,quod contradictionem omnẽ tollit, vt eo demũ tempore poſtliminij ius habere incipiãt,quo ius ſiue dominij,ſiue pignoris quod in eo redemptor habuit penitus extinctum fuit *l.liber captus* 17. *eod.tit.C.* Quandiu enim ius redemptoris durat,non poſſet induci fictio poſtliminij,ſiue in fauorem ipſius redẽpti qui ante captiuitatem liber fuiſſet,ſiue in fauorem domini,cuius ſeruus ab hoſtibus redemptus eſſet, quin fieret iniuria redemptori,qui neque liberum hominem pignoris loco retinere poſſet, neq; alienum ſeruum in dominio ſuo & poteſtate habere,præſertim quem alienum ſciuiſſet.Redẽptori autẽ qui ciuis quoque romanus ſit,iniuriã aliquã fieri etiã propter ciuem romanum,ciuilis legiſlator pati nec poteſt,nec debet. At è cõtrario nulla redempto iniuria fit, tametſi habeatur pro nondũ reuerſo ab hoſtibus quandiu redemptori ſatisfactum non eſt, quippe qui ſi redemptus non fuiſſet apud hoſtes etiamnum eſſet *l.ſi captiuus* 20.*§.vlt.eod.tit.* vbi Pompon. ſcribit redẽptionem præbere facultatem redeundi,non poſtliminij ius mutare. Quo loco neſcio cur quidam *reluendi* malint legere, quàm *redeundi*. Facultatem enim reluendi ſi tamen hoc verbum vſurpandum eſt quo vix vnquam vſi ſunt Iureconſulti,non redemptio præſtat,ſed conſtitutio quę de redemptis lata fuit. Inde quærit eleganter Thryphoninus,ſi quis pignorans captiuum redemerit,cùm id ageret,vt emeret ſeruum quem putabat eſſe venditoris(tractamus enim de captiuo qui ante captiuitatem,& in ciuitate ſeruus fuerit non liber homo)an poſt conſtituti temporis poſſeſſionem quaſi vſucepiſſe illum videatur,ſcilicet ne priori domino iam ſuperſit facultas aliqua precij offerendi. Num dubitandi ratio illa occurrit.quod conſtitutio quæ de redemptis lata eſt ſeruum hunc redimentis facit, id eſt vt in hoc ſeruo non tantùm ius pignoris habeat redemptor,vt haberet in eo qui ante captiuitatem liber fuiſſet,ſed etiã ius dominij,quoniam ita conſtituto iure,neque ſeruo iniuria fit,qui omni caſu ſeruus permanet, aut priſtini domini,aut redẽptoris,vt in *l. poſtliminium* 19.*§. ſi verò ſeruus eod. tit.* neque domino in cuius poteſtate eſt priſtinũ dominij ſui ius recuperare precium reſtituendo quod redemptor dedit. Porrò quod meũ iam eſt non poſſum intelligi vſucapere, quia vſucapio nihil aliud eſt quàm redeptio,aut vt alij legunt & melius fortaſſe,adiectio dominij ad poſſeſſionẽ *l.3. D.de vſuca.* Id autẽ quod iã meũ eſt magis meũ fieri nõ poteſt *l.non vt ex pluribus* 159.*De reg.iur.l. & an eadẽ* 14.*§.actiones De except.rei iudic.l.3.§. ex plurimis D.de acq.poſſ.§.ſi res aliena 6.Inſt.de legat.§.ſic itaque diſcretis* 14.*Inſt.de action.* Scilicet ſi meum iam ſit iure Quiritium & ciuili. Nam qui non niſi bonitarium dominium habet,id eſt qui habet rem aliquam in bonis ſuis, poteſt ille vſucapiendo acquirere ſibi prætereà quiritiarium,Quę ſententia & ratio eſt non ab omnibus intellecta *l.5.l.ſi finita* 15.*§.Iulianus ſcribit* 16.*D de dam. infect. iunct.l.2.§.vlt.D.ſi ex noxal.cauſ.agat.l.1.D.de fund.dotal.* At in propoſita ſpecie dominium quod in ſeruo redempto acquiſitum eſt redemptori quiritiariũ eſt & ciuile. quia eſt ex iuris ciuilis conſtitutione in eam rem lata. Non ergo fieri poteſt vt ſeruus hic redemptus vſucapiatur à domino ſuo eodémque redemptore. Quo admiſſo illud etiam conſequẽs videtur,vt quantumcunque lõgo tempore illum redemptor poſſederit,nihilominùs ſaluum ſit priſtino domino ius offerẽdi precij & reſtituendi. Sed tamen in contrarium pro redemptore facit,quod conſtitutio illa ciuilis De redemptis, non in eam rẽ lata eſt, vt deteriorem faciat condicionem redimentis, ſed vt meliorem ſi quo modo

L. liber captus 17. eod.

L. ſi captiuus 20. §. vlt. D. eod.

L. poſtliminium 19. §. ſi verò ſeruus eod.

l.3. D. de vſucap.

L.5.l.ſi finita 15.§. Iulianus ſcribit De dam. inf. l.2. vlt. D.ſi ex noxal. cauſ. agnat.l.1.D. de fund.dotal.

posset. Itaque contra mentem constitutionis fuerit, & iniquum quoque si dicamus per hanc constitutionem perimi ius bonæ fidei emptoris vetustissimum id est à primis illis duodecim tabularum legibus introductum, vt vsucapiendo rem alienam quam bona fide comparauerit, dominium ipsius quiritiarium sibi acquirere possit. Vetustum enim & antiquum ius dicere Iureconsulti solent, quod descendit, vel ex verbis ipsis legis 12. tab. cuiusmodi est ius vsucapionis, vel ex prudentum ad eam interpretatione, vt querela inofficiosi testamenti, quam ideo ius antiquum vocat Vlp. in *l. 1. §. vlt. D. si à parent. quis manum. sit* ad differentiã bonorũ possessionis contra tabulas, quæ iuris noui est, cùm sit prætorij: Concludit ergo Thryphoninus, transacto tanto tempore quanto vsucapi potuisset hic seruus redemptus, nisi eum constitutio redimentis fecisset, nihil in eo iuris ex constitutione domino supereſſe, id est ne quidem ius offerendi, vt hoc saltem commodi ex vsucapione accedat bonæ fidei emptori, quod constitutio ei non daret: Nam & similiter dicimus, quod multò magis mirum est, Eum qui ab hostibus redemptus est etiamsi ante captiuitatem suam liber homo fuerit, legari sibi posse, & proficere legatum ad liberationem vinculi pignoris quod in illo habuit is, qui redemit *l. Senatus 43. §. vlt. De legat. 1.* quamuis liber homo nemini possit legari, multominùs sibi ipsi. Sufficit enim ad efficiendum vtile legatum, vt aliquod ius in re legata habuerit is qui legauit *l. si dominus 71. §. si fundus municipum eod. tit.*

L. 1. §. vl. D. si à parent. quis manum. sit.

L. Senatus 43. §. vl. De legat. 1.

ILLATIO XII.

De statulibero ab hostibus capto, tum redempto pendente condicione.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt si statuliber fuerit antequàm ab hostibus caperetur, posteà redemptus pendente condicione causam suã retineat, id est perinde statuliber maneat, atque antea & sub eadem condicione *d. l. in bella §. si statuliber 10. De capt. & postlim.* Idque adeò verum est, vt si statuliber etiam transfuga ab hostibus reuersus sit, & posteaquàm reuersus est cõdicio libertatis extiterit, liber efficiatur *l. postliminium 19. §. si statuliber eod.* Id enim facit postliminij potestas, quæ seruum ab hostibus reuersum, siue cõmercio redemptum, siue non redemptum domino reddit, Ex cuius scilicet persona seruus habet postliminium quod ex sua non haberet, vt suprà diximus. Nec enim delictum serui transfugæ domino debet nocere cui nihil potest imputari. Vbi autem postliminium semel habere locum cœpit in hoc seruo propter domini personam & fauorem, illud quoque admitti necesse est, vt in eadem causa seruus sit in qua erat antequãm transfugisset, id est statuliberi iure censeatur. Sicut enim delictum serui domino nocere non debet, ita neque prodesse: quia nec ipsi seruo nocere potest quod transfugerit cùm nec transfugisse dici possit quandiu seruus manet, quippe qui neque in ciuitate vnquam fuisse videatur in qua nullum habuit vnquam caput. Ob cámque causam rectè Paulus monet in *d. l. 19. §. si statuliber*, Diuersum esse si condicio libertatis extiterit, dum apud hostes hic statuliber fuit. In eo námque casu, inquit, neque sibi reuerti potest, vt liber sit, quia transfugarum pœna vna illa est inter cæteras, vt postliminium habere non debeant, ne ad tantum reipublicæ beneficiũ admittantur, qui rempublicam tam grauiter offenderunt, neque heredi in hoc seruo

d. l. in bella §. si statuliber De capt. & postlim.

l. postliminiũ 19. §. si statuliber eod.

d. §. si statuliber l. 19.

ius

ius postliminij esse potest, quia nõ potest ille cõqueri factam sibi aliquam iniuriam ita cõstituto iure, cùm nullum dãnum patiatur amissione serui, qui alio quin etiam suo iure libertatem habiturus erat, si non illud impediret libertatẽ quod transfuga ille factus fuit, in qua ratiocinatione supponendum illud est, quod iam diximus domino statuliberi transfugæ hactenus duntaxat prospiciẽdum esse, vt ex delicto serui non afficiatur damno, at non etiam vt sentiat lucrum quomodo sentiret si statuliberum trãsfugam ab hostibus reuersum post impletam captiuitatis tempore condicionem in dominio suo retineret, quem ei libertas obtingens abstulisset, si ad hostes numquam transfugisset. Notanda verò est perelegans inter seruum & filiumfamilias differentia quam subinde Paulus scribit in §. *filius quoque*, vbi ait filiumfamilias transfugam postliminio reuerti numquam posse, ne quidem viuo patre, id est non magis ex persona patris, quàm ex sua propria postliminium vllo casu habere, quod aliquando statuliber habet ex persona domini sui, nimirum si vt diximus redierit ab hostibus antequàm existeret cõdicio libertatis. Rationẽ verò Paulus reddit dupli cẽ, Et quia pater sic eũ amisit quẽadmodum patria, & quia disciplina castrorũ antiquior & charior fuit parentibus romanis, quàm charitas ipsa liberorum. Dices, At cur non eodem modo admittimus seruum transfugã amissum fuisse domino suo, quemadmodum filius amittitur patri? Nempe quia non potest amitti seruus qui iure ciuili pro nullo habetur quandiu seruus manet *l. quod attinet* 32. *De regul. iur.* cùm nullum habeat caput in ciuitate, neque aut iure ciuili aut prætorio, aut extra ordinem computetur *l. nullomodo* 7. *D. ad leg. Cornel. de falsi.* Itaque cùm respublica seruum hunc transfugam non amittat, nec domino eum amitti æquum est, & hac parte, quod mirum videri possit melioris condicionis seruus est, quàm filiusfamilias, quia ei prodest quod pro nullo habeatur, Idipsum verò nocet filiofamilias qui cùm habeat in ciuitate caput, verúsq; sit ciuis amitti proculdubio potest & patriæ & patri. Transfuga enim ille est, qui siue in bello, siue per inducíarum tempus transfugit à patria sua ad hostes, aut etiam ad eos cum quibus nulla amicitia est, fide priùs ab iis suscepta, vt definit Paulus in §. *transfuga ead. leg.* Ideóque dicimus trãsfugam recipi iure belli, id est tanquam hostem *l. transfugam* 51. *D. de acquir. rer. domin.* ad differẽtiam scilicet cæterorum, qui postliminij non belli iure recipiuntur. Sic enim locum illum intelligere malo, vt pertineat ad *tit. De acquir. rer. domin.* quàm quomodo Cuiacius *lib.* 4. *obser. cap.* 9. de illo qui ab hostibus ad nos transfugerit tempore belli. Quamuis illud quoque verum sit & extra omnem dubitationem, Posse nos eum recipere qui ab hostibus transfugit nõ violato iure belli. Dicat aliquis, Quid necesse est tractare de postliminio transfugæ, cùm non fiat seruus hostium à quibus suscepit fidem? Respondeo non fieri quidem eum seruum hostium, sed tamen desinere ciuem esse patíque mediam capitis diminutionem *l. amissione* 5. §. 1. *D. de capi. minut. l. si quis tutor* 15. *D. de tutel.* ideóque potuisse vtilem ei esse fictionem postliminij ad restituendam illi ciuitatem, si ad tale beneficium admissus fuisset. At rectissimè placuit nullum iis omnino beneficium tribui, quibus postliminium quoque negatum fuit, quemadmodũ loquitur Callistratus in *l. item ei* 14. *D. ex quib. caus. maior.* vt intelligamus nullum beneficium esse fauorabilius, aut quod facilius indulgeatur, quàm hoc de quo agimus, postliminij. Eleganter autem Thryphoninus in *d. l.* 12. §. *si statuliber*, quærit, si statuliber hic qui ab hostibus captus fuit & postea commercio

§ filius quoque d. l. postliminium.

Differentia inter filiumfamilias & seruum trãsfugam, eiúsq; ratio.

L. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de falsi.

d. l. postliminium § trãsfuga.

l. transfugã 51. D. de acquir. rer. domin.

L. amissione 5 § 1. de cap. minut. l. si quis tutoris 15. D. de tutel. L. item ei 14. D ex quib. caus. maior. d. l. in bello 12. § si statuliber De capt. & postlim.

redemptus,libertatem acceperat sub ea condicione si decem heredi daret,Vnde dare debeat? Dubitationem facit quod quamuis statulibero concessum sit ex peculio dare implendam huiusmodi condicionem,iniquũ tamen esset huic statulibero permitti dare ex eo peculio quod habet apud suum redemptorem, cùm peculium illud sit eius vice quod apud hostes quæsisset si redemptus nõ fuisset. Atqui ex eo peculio quod habuisset apud hostes, non potuisset soluere, non magis quàm consequi libertatem inuitis hostibus in quorum dominio ac potestate esset. Cur ergo ex eo peculio quod apud redemptorem habeat soluere illi cõcedatur? Sed tamẽ distinguẽdũ esse Thryphoninus ait,& adhibendũ hoc temperamentum,vt de peculio quidem quod hic statuliber, vel ex operis suis , vel ex redemptoris sui re adquisierit dare non possit , ne fiat iniuria redẽptori,sed si ex qua alia causa peculium aliquod habeat,de eo possit dare , ita vt dando credatur paruisse condicioni, benignè tamẽ magis quàm ex iuris ratione. Illa enim semper ratio facit pro redẽptore quod quicquid statuliber hic apud eum habet ex quacumque causa vicem tenet eius peculij quod apud hostes quæsiturus fuerat,si non fuisset redemptus.

ILLATIO XIII.

De seruo ante captiuitatem pignori dato postea captum redempto.

d.l. in bello §. si pignori.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit,quod idem Thryphoninus scribit in *d.l. in bello* 12. *§. si pignori eod. tit.* Si pignori datus fuerat ante captiuitatem seruus qui ab hostibus rediit commercio redemptus post dimissum redemptorem,id est post restitutam ei à creditore pecuniam quam pro redemptione dederat,seruum in veterem obligationem reuerti. Nec aliud est si debitor ipse idémque dominus dimiserit redemptorẽ: Nisi quod inter hos casus ea differẽtia est quod cùm creditor redẽptor satisfecit,habet obligationẽ pignoris non solum in priorem debiti causam (sic enim legendũ puto,non vt vulgo *proprsiorem*,aut vt Haloander *propiorem*) verùm etiam in eam summam quam dedit , vt redemptum seruum liberaret , quasi ea obligatione inducta quadam,aut si mauis eadem illa de qua suprà diximus constitutione,quamuis verba constitutionis quæ pignoris ius dat redemptori,non videãtur ad eam personam posse pertinere quæ iam habeat rẽ obligatam , quia res quæ iam semel obligata ritè fuit non potest amplius obligari nec ei ipsi cui iam obligata est, nec alij. Nam & similiter euenit,cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi pignoris sui causa,vt non tantùm pro ea summa pro qua pignus acceperat,sed pro illa etiam quam priori creditori dedit,habeat ius & obligationẽ pignoris *l. quærebatur* 20. *D. qui potior. in pign. hab. l.* 1. *C. eod.* Quamquam inter hos casus differentia etiam illa est,quòd cum agimus de creditore qui seruum ab hostibus redemptum sibique ante captiuitatem obligatũ liberauit, conuersa res est,id est è cõuerso accidit,vt qui reuera prior tempore creditor fuit pro posteriore habeatur , & vicissim posterior pro priore,quia qui redemit licèt posterior factus sit creditor,tamen perinde acsi prior esset dimittendus est ab eo,qui reuera prior fuit,quia effecit vt hic seruus apud nos hodie sit, qui alioquin esset apud hostes,sicut euenit , quoties posterioris creditoris pecunia saluam fecit pignoris causam *l. interdum* 5. *& seq. D. eod. tit. qui potior. in pign. hab.*

l. quærebatur 20. D. qui potior in pign. hab l. 1. D. eod.

Non

Non autem hoc tantùm casu res obligata in pristinam pignoris causam ex postfacto reuertitur,sed generaliter quoties ipsa res in pristinam dominij causam redit *l.voluntate* 10.*§.creditor D.quib.mod.pign.vel hypoth.solvit.* vbi exemplum ponitur,si creditor pignus distraxerit & à venditione recessum postea fuerit,vel homo venditus redhibitus sit.Hoc enim casu, inquit Paulus, dominium ad debitorem reuertitur qui habebat illud ante venditionem,non ad creditorem,qui licèt dominium transtulerit,numquam tamen illud habuit.Idémque est in omnibus quibus alienam rem vendere concessum est, Non enim ob id solùm quòd dominium ipsi transferant,statim consequens est, vt resoluta venditione illi ipsi eiusdem dominij ius recipiant(eius siquidem est dominium recipere & recuperare non qui transtulit,sed qui ante factam translationem illud habuit)Quid ergo?In pristinam causam ius dominij redit fauore debitoris,Ergo & ius dominij fauore creditoris:vt & in priore illa specie quam eadem in lege Paulus tractat,Si voluntate creditoris pignus debitor vendiderit,& postea placuerit inter debitorem & venditorem vt ab emptione discederetur.Placet enim ius pignoris quod per alienationem consentiente creditore factam remissum extinctúmque fuerat,saluum esse creditori, & sicut debitori qui vendiderat ita & creditori qui venditioni consenserat, pristinum ius restitui,illi quidem ius dominij,huic verò ius pignoris.Neque enim omnimodo pignus remittere intelligitur creditor, qui consentit pignoris venditioni, sed ita demum si emptor rem retineat,nec eam reddat venditori.Et ideò si iudicio quoque empti accepto agente emptore ex causa emptionis contra venditorem eundémque debitorem, venditor absolutus sit,siue aliquo iure,siue per iniuriam aut imperitiam iudicis (nihil enim refert dummodo sententia transierit in rem iudicatam propter rerum iudicatarum autoritatem)aut si vẽditor condemnatus quidem sit sed ad id tantùm quod emptoris interfuit ob non traditam rem venditam,(solet enim ex hac causa fieri talis condemnatio *l* 1.*D.de action.empt.*)dicendum est saluum fore pignus creditori.Hæc namque perinde accidere potuissent,id est vt vel absolueretur venditor,idémque debitor,vel ad id tantùm quod emptoris interesset, non etiam ad rem præcisè tradendam condemnaretur,tametsi non ex voluntate creditoris,sed eo vel insscio vel inuito vendidisset.

l.voluntate 10.*§.creditor D.quib. mod pign. vel hypoth. solvit.*

d.l.voluntate in princ.

ILLATIO XIV.

De plurium seruo capto ab hostibus & redempto cuius precium omnium nomine restitutum sit.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit vt si plurium seruus fuerat is qui ab hostibus captus,deinde redemptus est,& omnium nomine restitutũ sit ab aliquo precium ei qui redemit,in communionem redeat, iure nimirum postliminij.Nam in communione esset si in ciuitate semper mansisset: & quemadmodum postliminij fictio fortior est captiuitate ad communionem restituendam,ita non potest impediri per redemptionem posteaquàm omniũ sociorum nomine sublatum fuit ius redemptoris,extinctúmque pignus quod habebat in eo seruo,facta precii restitutione.*d.l.in bello* 12.*§ si plurium* 13. *D.de capt.& postlim.* Dixi *si omnium nomine precium restitutum sit redemptori*, quia si vnius tantùm vel quorundam nec omnium nomine ea restitutio facta sit,non

d.l.in bello 12. *§. si plurium.* 13. *De capt. & post.*

ad omnes ſeruus hic poſtliminij iure pertinebit,ſed ad eum duntaxat eóſve qui ſoluerint,quandiu ſcilicet cæteri quoque partes ſuas non ſoluerint, & quouſque ſoluerint.Interim igitur ij qui ſoluerunt & in portione ſua priſtinum ius obtinebunt nimirum dominij quod in eo ſeruo ante captiuitatem habuerunt, & in partibus cæterorum ei qui redemit ſuccedent,ita vt quemadmodum ille ſic ipſi ſeruum hunc pro iis partibus retineant non tam dominij quàm pigneris iure,vt ſupradicto loco ſubiicit Thryphoninus.

ILLATIO XV.

De ſeruo captiuo & redempto cui fideicommiſſaria libertas debebatur.

d.l.in bello §.ſi fideicommiſſaria.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit,vt ſi fideicommiſſa libertas captiuo debita fuerit,eam petere redemptus poſſit poſtquàm ſatisfecerit redẽptori,quia ex eo tempore ius poſtliminijhabet quamuis nondum ſit liber,propter natam ſibique iuſtè competentem ſpem libertatis, quæ in multis caſibus tantum poteſt quantum libertas ipſa eundémque fauorem meretur *l. mulier 22.§.non eſt dubitatum D.ad SC.Trebell.l.ſtatuliber* 14.D. *de quæſt.* Sanè antequàm redemptori ſatisfactum ſit,non poteſt videri huic ſeruo reſtitutum poſtliminio ius petendæ fideicommiſſariæ libertatis,quia nec ſi liber eſſet, poſtliminio tamen prius gaudere poſſet,quàm redemptori ſuo ſatisfeciſſet.Quæ ſententia & ratio eſt *§.ſi fideicommiſſa* 14.*d.l.in bello* 12.*De capt.& poſtlim.*

L.mulier 22.§.non eſt dubitatum ad SC.Tre. l.ſtatuliber 14.D de quæſt.

ILLATIO XVI.

De deportato capto,redempto,& in ciuitatem reuerſo.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit vt ſi in inſulam deportatum hoſtes ab inſula ceperint,iſque poſtea redemptus ſit, & in ciuitatem redierit in eam cauſam veniat in qua futurus eſſet ſi captus non fuiſſet *d. l. in bello* 12. *§. ſi deportatum* 15.*eod.tit.*Ergo deportabitur iterum,vt ibi Thryphon. ſcribit, nec idcirco tamen precium reddetur ei qui redemit,vt diximus *ſupra.6.ſup.eod.*Redemptio enim hoc caſu non ſolùm non mutat ius poſtliminij, ſed nec illud ſuſpendit,vt aliàs ſolet ſuſpendere,quia nemo eſt à quo precium redemptori reſtitui æquum ſit.Nam deportatus cur reſtituat qui rurſum deportatur? Cur verò fiſcus qui nullum ex hac deportationis pœna lucrum ſentit, ſed potiùs damnum?

d.l.in bello §.ſi deportatum.

ILLATIO XVII.

De ſeruo capto & redempto,cuius libertas antea poterat impediri.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod ſubiungit Tryphon. in *§. ſed ſi in captiuo* 16.*d.l.in bello*, Si in captiuo ſeruo talis præceſſerat cauſa quæ eius libertatem vel ad tempus vel in perpetuũ impediret non mutari cauſam illam per redemptionem ab hoſtibus factam, id eſt non melioris condicionis fieri captiuum quàm ſi vel numquam captus fuiſſet,vel citra redemptionem ab hoſtibus rediiſſet, quia nec plus iuris tribuere poſtliminiũ poteſt quã habuerit ante captiuitatem is,qui captus eſt,neque redemptio ius poſtliminij mutat,id eſt vel auget vel minuit,ſed tantùm ſuſpendit vt proximè diximus, quouſque preciũ pro redẽptione datũ,fuerit redẽptori reſtitutũ *l.ſi captiuus* 20. *§.vlt.*

l.ſi captiuus 20.§.vlt.eo. tit.De capt. & poſtlim.

Digitized by Google

§. vlt. eo. tit. Pone igitur in legem Fauiam de plagiariis commisisse hunc seruũ priusquàm ab hostibus caperetur, vel ita venditũ fuisse & ea lege ne vnquã manumitteretur. Non faciet redemptio vt ab hostibus reuersus eo magis perduci possit ad libertatem. Interim ergo eum habebit ille qui redemit, sed sub pœna suæ: sic enim legendum puto in *d. §. sed si in captiuo*, non vt vulgo *sine pœna sua*. Si namque haberet eum redemptor sine pœna sua, manumittere illũ posset, quod vtique dici non potest quin pugnet cum eo, quod dicimus captiui huius causam & condicionem ex redemptione non immutari, item cum eo quod statim subiungit Tryphoninus in hæc verba *Ergo de metallo captus redemptus in pœnam suam reuertetur*, quemadmodum proxima illatione diximus de deportato, esse illum rursus pœnæ suæ reddendum, & deportandum, nisi quod illo casu nullum precium redemptor recipit, neque à redempto, neque à fisco. Cùm verò ille redemptus est qui in metallum damnatus fuerat preciũ à fisco restituendũ est redẽptori, vt Tryphoninus scribit, ex rescripto quodam Imperatorum Antonini & Seueri, cuius verba extare videntur in *l. mulier 6. eod. tit.* vt coniicio ex eo quod in legis fine ita scriptum est *Cocceio autem Firmo centurioni precium ex fisco reddendũ est*, quæ Iureconsulti verba esse nemo dixerit, sed Imperatorũ potiùs rescribentium ad eam facti speciem, in qua mulier in opus salinarum ob maleficium data, deinde à latrunculis exteræ gentis capta & iure commercij vendita, postremò à Cocceio Firmo centurione etiam redempta proponebatur: Quamuis in *d. l. mulier*, nulla rescripti mentio fiat. Igitur priusquã redẽpti huius captiui de quo nũc agimus, & qui in metallũ dãnatus fuerat preciũ redẽptori ex fisco redditum sit, retinebit eũ redẽptor sed sub pœna suæ, id est sub ea cõdicione vt statim atque preciũ redẽptionis restitutũ erit, in pristinã metalli pœnã redẽptus reuertatur, nec tamẽ vt metalli transfuga grauiùs coerceatur id est pœna mortis, quæ sola grauior est pœna metalli & quã solã incurrere potest is qui transfugit à metallo, quẽ propter nouũ hoc delictũ grauiùs coercendũ esse ait Vlp. in *l. aut damnũ 8. §. inter eos 6. D. de pœn.* Nec enim à metallo ad hostes transfugisse dici potest qui ab hostibus in ipso metalli opere captus fuit. Cur verò preciũ dãnati in metallũ redẽptori reddendũ sit potiùs quàm preciũ deportati ratio euidens illa est quã suprà reddidimus *illat. 6.* quia damnatus in metallum seruus est pœnæ non etiam deportatus, & deportati pœna meram criminis vindictam continet, nec aliquam vtilitatem adfert reipublicæ, quomodo adfert pœna illius, qui in metallum damnatus fuit.

l. mulier 6. eod. tit.

L. aut damnum 8. §. inter eos 6. D. de pœn.

ILLATIO XVIII.

De partu redempto cum matre.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt si legatum tibi fuerit quod ex Pamphila natum erit, egóque Pãphilã redemero ab hostibus apud quos ipsa pepererat, cũ in captiuitatis iurã tãti ia cõcepisset, redemero autẽ cũ matre partũ vno eodẽque precio, possis tu facere vt partus postliminio rediisse videatur, offerẽdo mihi tantũ quantũ ex precio, quod pro vtroque vnũ datũ est, æstimationẽ partus cõtingeret *d. l. in bello 12. §. si natũ eod. tit. De capt. & postl.* vbi addit Tryphoninus idẽ multò magis dicẽdũ esse, id est vt partus postliminio reuersus esse intelligatur si diuersi emptores vtriusque extiterint, & tu preciũ partus restitueris ei qui partũ redemit. Cur verò multò magis hoc casu? Quia cũ

d. l. in bello 12. §. si natũ De capt. & postlim.

Digitized by Google

sunt diuersi redemptores vtriusque, id est cùm alius matrem redemit, alius partum, facilius est expedire quia & quantum pro partus redemptione præstitum sit, & consequenter quid & quantum te redemptori restituere oporteat, Cum si ab vno & eodem redempti ambo essent, & vno precio difficilius esset discernere quantum pro partu datum videri deberet, totúmque id officio & arbitrio iudicis æstimandum relinqueretur, vt in priore specie eiusdem §. *si natum, & l. si quod ex Pamphila 73 de leg. 2.* Sanè quod post illa verba *multò magis si diuersi emptores vtriusque extiterint*, sequitur apud Tryphoninum *vel vnius* ego cuiusmodi sit intelligere non possum. Nam si ponas diuersos fuisse emptores non vtriusque id est matris & partus, sed vnius tantùm puta partus (tractamus enim casum illum quo partus postliminio reuersus esse dici possit) nõ ideo clarius erit aut obscurius, quantum pro partu redempto datum fuerit, nec rursus quid cui sit reddendum, vt redemptus partus postliminio reuersus esse intelligatur. Singulis enim tantum reddendum erit, quantum singuli dederint, Etsi vix est vt partus solus id est sine matre à pluribus simul redimatur. Si verò ponas matrem solam sine partu suo redemptam fuisse, nihil iam erit quod de partu tractari possit, qui apud hostes editus, apud eos adhuc remanserit. Atque ita recedetur à quæstione propolita quæ non de matre fuit sed de partu. Ponit enim Tryphoninus fuisse tibi legatum quod ex Pamphila nascerẽtur, non Pamphilam ipsam, nec tractat de redemptione Pamphilæ, nisi vt locum faciat quæstioni de partu an ob personam tuam postliminium habere possit. Quid enim tua interesset redemptam fuisse Pamphilam si partus apud hostes editus non fuisset redemptus? Igitur vt dicam quod sentio locus meo iudicio corruptus est, & ita restituendus, vt vnico cõtexto sic legamus *Multò magis si diuersi emptores vtriusque extiterint, vel vnus, sed si suo quemque precio redemerit, id offerri pro singulis redemptori oportebit, quod hosti pro quoque datum est, vt separatim quoque postliminio reuerti possint.* Sensus enim est, Cùm postliminio reuersus intelligatur partus, tùm etiam cùm ab aliquo redemptus est simul cum matre, vnico consuloque precio, si modò tu legatarius tantum pro eo offeras quantum ex precio quod vnum pro vtroque datum est, partus æstimationem contingere posse videatur, Multò magis idem admittendum esse si vel diuersi redemptores fuerint vnus matris, alius partus, vel vnus quidem tantùm, sed qui tamen suo quemque precio redemerit, puta matrem viginti aureis, partũ verò quindecim. Hoc enim casu oblatis pro partu quindecim aureis, nulla potest dubitandi ratio subesse, quin partus hic postliminio reuersus dici debeat, nec calumniæ locus relinquitur quasi non sit oblatum omne id quod offerri debuit ad postliminium partui acquirendum, quomodo contingere facilè potest cùm precium pro matre partúque datum vnicum officio tantùm & arbitrio iudicis diuiditur, si fortè arbitrium illud vel iniquum, vel minus ritè reddi tum esse dicatur. Potest autem huic officio & arbitrio iudicis locus esse in partu æstimando, non solùm eo casu quo de postliminij iure ob legatarij personã tractari oporteat, siue apud hostes partus editus sit siue apud redemptorem post reuersam ab hostibus matrem, dummodo ante captiuitatem conceptus fuerit (alioqui non magis ex legatarij persona quàm ex sua propria postliminium habere posset, vt indicant illa Tryphonini verba *quòd eo tempore quo capiebatur, vtero gerebat* iunct. *l. 1. vers. quamquam C. eod.*) sed etiam si eadem specie retenta de legato tibi eo quod ex Pamphila nascerctur, ponamus te Pamphilam

l. si quod ex Pamphila 73 de leg. 2.

Tryphoninus emendatur.

l. 1. vers. fin. quamquam C. de postli.

philam emisse,eámque apud te enixam esse. Cùm enim summa ratione placuerit non ex causa lucratiua factum esse partum tuum, sed ex causa onerosa emptionis,illud etiam consequens est vt non eo magis sublata sit actio ex testamento quasi duabus causis lucratiuis in eandem personam,eandémq; rẽ cõcurrentibus,sed perinde possis partũ petere actione ex testamento, tanquam illum emisses,Vt scilicet precij contributione facta consequaris tantum quantum iudex in causa legati datus æstimauerit pro partus precio computandum esse detracta matris æstimatione vt Papinianus respondit in *l.si quod ex Pamphila 73. De legat. 2.* ad quod etiam respicit Thryphoninus in *d. §. si natum in princip.* vbi ait,si quod ex Pamphila natum esset legatum tibi fuerit,túque matrem redemeris,& ea apud te peperit nõ videri te partum habere ex causa lucratiua,Nimirum vt inferat superesse tibi actionem ex testamento, non quidẽ ad partum,qui quo quomodo factus tuus nec magis tuus fieri potest, nec tibi amplius deberi,sed ad petendum id quod tibi abest, Id est vt officio arbitrióque iudicis æstimetur,constituto partus precio ex comparatione vniuersi precij quod pro redimenda prægnante matre datum est, perinde atque si quanti mater empta est,simul & partus veniisset.Eatenus enim tibi abesse intelligitur partus nomine,quamuis fortasse pluris sit mater sola quàm quanti vterque æstimatus sit,quia si quid in ea re lucri sentis ex negotiatione tua est non ex re ipsa,ideóque non potest id auferre tibi actionem ex testamento *l. huiusmodi 84 §. qui seruum de legat.1.*

l.huiusmodi 84.§.qui seruum de legat.1.

ILLATIO IX.

De seruo capto & ab hostibus manumisso postea in domini potestatem reuerso.

DEcimononò ex eodem Principio fit,quod idẽ noster Tryphoninus scribit in *d.l.in bello §.mannmittendo eod.tit. De captiu. & postlim.* Si seruus alienus ciuis romani ab hostibus captus sit,& deinde apud eos manumissus,étúmque postea verus & pristinus ipsius dominus intra præsidia nostra nactus fuerit quamuis non secutum res nostras,sed dum eo consilio venisset vt ad hostes reuerteretur,posse hunc seruum postliminij iure retineri:quia neque in hostium iure & potestate cõstituto seruo manumisso potuit obesse ciui nostro eidémque domino,neque cuiquam libera facultas est de alieni dominij iure disponẽdi,quamuis de sua ciuitate statuere cuique libero homini liceat prout velit, vt ex Sabino ibidem Tryph.eleganter tractat;Ostendens magnam hac in re inter seruos& liberos homines differentiam esse.Liberos enim non aliter postliminio reuerti quàm si hoc animo ad suos venerint, vt eorum res sequerẽtur, illósque relinquerent à quibus abiissent,vt suprà diximus in huius Principij explicatione ad finem ex *l.5.§. vlt.eod.* Seruos verò etiamsi non habeant animum apud nos remanendi,non eo minùs tamen postliminij iure à dominis retineri posse,quia liber homo cùm de ciuitate sua pro arbitrio disponit,& pro Romaa Carthaginem eligit sibi tantùm iniuriam facit,quod fanè cuique præsertim libero homini liberũ est,At seruus meus cùm ad nos rediit si ob id quod animum habuisset ad hostes remeandi postliminij ius meum mihi eriperet,non tam de suo quàm de meo iure disponere videretur,quod esset absurdum & iniquum,Nec enim debet in cuiusquam potestate esse vt meam condicionem in uiti vel ignorantis faciat deteriorem *l.soluendo 59. De negot. gest.* multò minùs verò in ipsius serui potestate esse debet vt se dominio meo subtrahat.Nam &

d. l. in bello §. mannmittendo De capt. & postlim.

Quantum interfit an homo liber postliminio reuertatur, an seruus.

Digitized by Google

ob eam causam placuit seruum meum intelligi à me possideri non solùm quatenus sub custodia mea est,id est quatenus naturalem eius possessionem si velim nanciscipossim,sed etiam si custodiam meam euaserit,cùm tamen in cæteris rebus omnibus mobilibus aliud sit *l.3.§.Nerua filius D.de acquir. poss.* Ne scilicet in serui mei potestate & arbitrio sit,an & quando eam possideam,necne.Sed exigit à nobis Tryphonini elegantia,vt totam illius §. quæstionem fusiùs explicemus.Tractat ille de seruo alieno ab hostibus capto, quem alius redemerit & post redemptionem tanto tempore possederit quanto fuerat eum vsucapturus,nisi ex constitutione iam ipsius factus fuisset , De quo diximus *ill. 11.sup.*vbi disputauimus an post elapsum tempus illud supersit pristino domino ius offerendi , quod supereſſet ex ea ipsa constitutione quæ dominum facit redimentem.Quam quæstionem idem Tryphon.proponit in *§.si quis seruum prox.preced.*concluditque non debere deteriorem esse condicionem redemptoris post elapsa vsucapionis tempora,quàm si dominus ex constitutione factus non fuisset.Subinde igitur quærit ille,si redemptor seruum hunc suum factum manumittat,scilicet post elapsum tempus illud quod ad eum vsucapiendum sufficere potuisset(alioqui certum esset , non posse per manumissionem eripi domino pristino suum ius offerendi)an liberum eum faciat,an verò hoc tantùm assequatur,vt desinat esse dominus,relictúsque ab eo seruus in prioris domini ius redeat. Dubitationem illud facit , quòd si seruus hic apud hostes à quibus captus fuerat manumissus fuisset,postcáque ad nos rediisset,non eo tinus postliminij iure à pristino domino retineri posset.Atqui non videtur plus iuris habere is qui eum ab hostibus redemit,quàm hostes ipsi habituri erant si redemptus non fuisset,cùm nec alia ratione constitutio quæ de captiuis redemptis lata est,hunc faciat seruum redimentis,quàm quod nihil videatur interesse prioris domini,qui æquè seruum habere desierat per captiuitatem , nec hodie haberet si redemptus non esset.Ergo non magis debet priori domino nocere manumissio à redemptore facta quàm si ab hostibus facta fuisset , nec proinde postliminij ius ei aufferre.At in contrarium pro manumissione facit, quod secundum hanc sententiam,quæ priori domino tantopere fauet,eueniet vt præstatio libertatis degeneret in dominij translationem,id est vt qui cogitauit de præstanda libertate,non eam præstitisse sed dominium quod in eo seruo habebat in alium transtulisse reperiatur.Quod tamen nõ solùm à fauore libertatis alienum esse videtur,sed etiã à voluntate manumittentis qui cũ semel dominus verè & absolutè factus fuerit,nec illius dominij sui amittendi animum habuerit vnquam,nisi adfectione præstandæ libertatis,nulla ratio est,cur & dominij,& propositi sui fructu priuari debeat,in fauorem eius de quo bene meriri non cogitauit.Et ita tandem Tryphoninus concludit.Ad superiorem verò dubitandi rationem respondet non esse bonam cõparationem manumissionis quæ apud hostes,& eius quæ in ciuitate à redemptore sit facta.Illam enim ciui nostro eidémque domino obesse non potuisse,quia quicquid ab hostibus & apud hostes fit per iniuriam factum esse existimetur.At is seruus de quo tractamus,inquit ,lege nostra quam cõstitutio fecit,ciuem romanũ dominũ habuit, Quisquis autem & ciuis romanus & dominus est , libertatem seruo suo dare pro arbitrio iure romano potest,nisi si qua lege vel constitutione prohibeatur ex iis causis de quibus diximus ad *tit.Quib.ex caus.manum.non licet.*Ac sanè aliter posito iure,quid obsecro si prior dominus precium huius serui numquam

L.3 §. *Nerua filius D. de acq. poss.*

offerre

offerre vellet? Neque enim vt inuitus offerat cogi potest, nec aliqua in eam rẽ ad conueniendum illum actio prodita est. An dicendum erit & ferendum vt inuito redẽptore eodémque vero domino semper iste seruus maneat, Adeò vt nec vllo merito suo assequi vnquam possit vt libertatem à domino suo consequatur? Atqui hoc iniquum certè fuerit, & contra institutũ à maioribus libertatis fauorem, qui tam multa euicit contra strictam iuris rationem, illud verò inter cætera vt non solùm libertas dari possit ab eo qui dare velit, sed etiam vt si quando fortè minùs ritè & vtiliter data sit, benigna tamen interpretatione defendatur. *l. generaliter* 24. *§. si quis seruo* D. *de fideic. libert. l. quidam* 25. *§. si quis filium* D. *ad SC. Trebell. §. vlt. Inst. de donat.* Addit aliam rationem Tryphoninus pro tuenda in proposito casu libertate, quòd etiam veteri iure si ab hoc qui alienum seruum esse sciens redemisset, alius bona fide postea eundẽ emisset, vsucapere, & ad libertatem eum perducere potuisset, atque isto quoque modo prior dominus, qui ante captiuitatem fuerat ius suum amisisset. Quare igitur etiam iste de quo nunc agimus non habebit ius manumittendi? Illo nimirum supposito, quod in §. præcedenti Tryphon. probauit absurdum & iniquũ fore, adeóque contra mentem constitutionis si deterioris condicionis redemptor hic constituatur, ob id solùm quod constitutio eum serui redempti dominum fecerit, quàm si dominus factus non fuisset. Atque ita totam hanc quæstionem explicandam esse arbitror, & consequenter emendandam esse vulgarem lectionem in illis verbis *liber erit seruus* ac pro *liber* legendum *semper*, vt præmonuimus ad *tit.* De *iur. person. in fin.*

Fauor libertatis.

Tryphoninus emendatus.

ILLATIO XX.

De filio qui post mortem patris redempti & ante luitionem defuncti precium reddiderit.

VIcesimò ex eodem Principio fit quod eleganter Vlp. tractat in *l. si patre* 15. *hoc eod. tit.* De *captiu. & postlim.* Si patre redempto & ante luitionem defuncto filius post mortem eius, quãtitatẽ redemptionis offerat, posse illum patri suum heredẽ existere, nisi fortè, inquit, subtiliùs quis dicat hunc dũ moritur, quasi iure pignoris finito nactum esse postliminium & sine obligatione debiti obiisse, vt ita potuerit suum heredem habere. Quod magis esse ait Vlpianus. Quam verò rationem hoc habeat quia sibi obscurior est, docuimus iam ad *fin. tit.* De *iur. person.* ideóque hic non repetemus.

L. si patre §. D. de capt. & postlim.

ILLATIO XXI.

De postliminio iis denegando qui armis victi hostibus se dederunt.

VIcesimo primò ex eodem Principio fit, vt postliminio careant qui armis victi hostibus se dederunt *l. postliminio* 17. *eod. tit. De captiu. & postlim.* Cùm enim postliminij fictio non nisi ob vtilitatem & dignitatem reipublicæ inducta sit vt sæpius diximus, ab eo beneficio arceri oportuit illos qui armis victi hostibus turpiter se dedissent, quo nomine etiã puniendi essent ex ratione militaris disciplinæ, non minùs quã qui prior in acie fugã fecisset, quẽ spectãtibus militibus propter exemplum capite puniendum esse scriptum est in *l. omne de bellum* 6. *§. qui in acie* D. *de re milit.* secundũ eã interpunctionẽ quã restituendã

L. postliminio eod. tit.

l. omne debellum 6. §. qui in acie D. de re militis.

Digitized by Google

esse docuit clariss. Iurisc. Petrus Faber *lib. 1. Semestr. cap.* 18. Quamquam non dubito quin agendum, sic mitiùs cum his qui se hostibus dederunt. Sed tamen negari non potest, quin si arma turpiter amittantur, multò turpius faciant, qui & arma & seipsos amittunt. Obidque sicuti dicimus & arma & vestes postliminio non reuerti quia turpiter amittuntur, *l. 2. in fin. & l. seq. De captiu. & postlim.* ita nec postliminium habere illi debent, qui non arma tantùm sed seipsos quoque turpiter amiserunt. Iis enim duntaxat qui bello capti sunt postliminium datum est, in quo numero contineri non possunt, qui priusquàm caperentur hostibus se dederunt ne capi possent. Adeo autem verum est solis iis qui capti sunt postliminium competere, vt is etiam qui captus est si cũ potuisset ab hostibus redire non redierit, postliminium habere non possit, quia ex eo tempore non pro captiuo sed pro transfuga habetur *l. non omnes 5. §. qui captus D. de re milit.* iunct. *l. si captiuus 20. in princip. De capt. & postlim.*

L. 2. in fin. & l. seq. D. De capt. & post.

L. non omnes 5. §. qui captus D. de re milit. l. si captiuus 20. in pr. De capt. & postlim.

ILLATIO XXII.

De *ingenua redempta ad suscipiendos liberos & post susceptos manumissa.*

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit quod Vlpianus tractat in *l. si quis ingenuam 21. eod. tit.* si quis ab hostibus redemptam ingenuam eo animo sè cum habuerit, vt ex ea susciperet liberos, & postea ex se natum cum matre manumiserit sub titulo filii naturalis, ignorãtiam patris eiusdémque mariti neque statui eorum, quos manumisisse visus est officere debere, & exinde intelligi oportere remissum matri pignoris vinculum ex quo de ea liberos suscipere optauerat. Cùm enim ex eo tempore mater postliminio reuersa dici debeat, & consequenter pristinæ ingenuitati suæ restituta, consequens est vt & libera & ingenua facta & liberum & ingenuum pepererit. Vinculum enim pignoris dissoluitur non solùm si redemptionis precium à redempto ipso aut ab alio eius nomine restituatur, sed & si per eum cui restitui debet remittatur siue expressa siue tacita donatione *l. 2. l. si liberum 11. C. eod.* Remissio autem illa non potest alio ex vllo indicio probabilius colligi, quàm ex adfectione redemptoris id cogitantis, vt ex redempta sua liberos susciperet, præsertim quos postea vocauerit filios suos naturales. Nam & alterius cuiuslibet rei puta obligationis vel actionis vel cautionis remissio facilè inducitur quocunque dũmodo probabili indicio voluntatis vt in *l. Procula 29. D. de probat. l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius D. de vsur. l. quia 77. §. vlt. D. de cond. & demonstr.* Planè si publicè præda virtute militum recuperata sit, quamuis nulli matris precium pater numerauerit, tamen protinus illa postliminio reuersa esse intelligitur, & ideo iam inde ab initio non cum domino fuisse, id est cum eo creditore qui pignoris iure libertatem eius vinctam habuerit, sed cum marito, qui hoc ipso maritus esse & voluerit quod ex ea liberos optauit, & potuerit, nihil iam obstante condicione mulieris pleniss. nam libertatem consecutæ, *l. ab hostibus 12. C. eod.*

L. si quis ingenuam 21. eod.

L. 2. l. si liberum 11. C. eo.

L. ab hostibus 12. eod.

ILLATIO XXIII.

De *ijs qui capiuntur in ciuilibus dissensionibus.*

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit, vt in ciuilibus dissensionibus, qui in alterutras partes discedunt, si ab aduersariis capiantur, postliminium non

Digitized by Google

non habeant, quia nec eo indigent, cùm non sint vice illorum hostium inter quos iura fuerint captiuitatum aut postliminiorum *d.l.si quis* 21. *§.1.eod.* vbi rationem elegantem Vlpianus reddit, quod in huiusmodi dissentionibus ciuilibus, quamuis sanè per eas respublica lædatur, non tamen in exitium reipublicæ contenditur, id est ea mente, vt respublica opprimatur & euertatur, sed è cõtrario potiùs eo animo, vt reipublicæ cõsulatur, ita existimãtibus omnibus qui in alterutras partes discedunt, vt non aliter salus reipub. cõstare possit, quàm si ea vincat factio cui adhærent. Ex quo infert ibidẽ Vlpianus, Eos, qui in talibus bellis capti sint & venundati postcáque manumissi, nõ nisi superuacuò repetere à Principe ingenuitatẽ quam nulla captiuitate amiserint. Captiuitas enim inter eos tantum esse potest, qui hostes sunt, sicut & postliminium. Hostes autẽ non sunt nisi quibus publico decreto bellum indixit populus romanus, vel qui ipsi priores populo romano indixerunt *l. hostes sunt* 24. *eo.* iunct. *l. hostes* 118. *De verb. signific.* in ciuilibus autem dissensionibus populus romanus qui in partes diuisus est, neque sibi, neque alij bellum vllum indicit.

L. si quis 21. *§.1. D. eod.*

ILLATIO XXIIII.

De seruo à latronibus primùm capto, postea in hostium potestatem delapso.

VIcesimoquartò ex eodem Principio pendet quod Iauolenus tractat in *l. latrones* 27. *eod. tit.* D. *captiu. & postlim.* Latrones, inquit, seruum tibi eripuerant, postea is seruus ad Germanos peruenerat. Inde victis in bello Germanis seruus venierat. Labeo, Ofilius & Trebatius negant posse vsucapi eũ ab empto re, quia verum esset subreptum eum esse. Nec quod hostium fuisset, aut postliminio rediisset, ei rei impedimento esse. Nẽpe quia postliminij fictio nihil aliud facit, nisi vt captiuitatis potestas, & memoria deleatur. Atqui etiãsi seruus hic in bello captus numquam esset, non eo minùs tamen à latronibus captus, atque ita furtiuus effectus fuisse reperiretur. Postliminium igitur facere potius debet, vt furtiuus perinde semper dici debeat, quàm vt furti vitium purgasse videatur. Non ergo faciet quominùs talis serui vsucapio impediatur sicut & alterius rei furtiuæ cuiuslibet, tam ex lege duodecim tabularum, quàm ex lege Atinia *§. furtiua infr. De vsucap. l. vbi lex* 24. *in fin.* iunct. *l.* 4. *§. quod autem* D. *de vsucap. eod. tit.* Furtiuam enim rem factam esse quæ à latronibus capta sit dubitari non potest, cùm latrones omnes sint fures, quãuis non similiter è conuerso fures omnes sint latrones, in quo errauit Accurs. ad *l. capitalium* 28. *§. penult. D. de pœn.*

L. *latrones* 27. *eod. tit.*

§. furtiua De vsucap. l. vbi lex 24. *in fin. iunct. l.* 4. *§. quod autem* D. *eod.*

ILLATIO XXV.

De postliminio eius qui in bello captus pace facta refugit, mox renouato bello iterum captus est.

VIcesimoquintò ex eodem Principio pendet nota & reprehensio Pauli ad Labeonem in *l. si quid bello* 28. D. *eo. tit. De captiu. & postlim.* Nam cùm Labeo generaliter scripsisset, si quid bello captum sit, in præda id esse, nõ postliminio redire, Paulus notat, immo, inquit, si in bello captus pace facta deinũ refugit deinde renouato bello capiatur, postliminio redit ad eum à quo captus primùm fuerat, si modò non conuenerat in pace sancienda, vt captiui redderẽ

L. si quid bello 28. *D. de captiu. & postlim.*

Digitized by Google

tur,nimirũ quia hoc casu verũ est seruũ meũ fuisse nec à me reddi hostibus debuisse hũc qui fuerat à me captus.Cur non ergo postliminiũ in hoc quoq;locũ habeat,sicut& in cęteris rebus omnibus quæ fuerint ciuis romani?Atqui dicat aliquis pro Labeone habuit hic postliminij ius apud suos, quẽadmodũ & ciuis romanus ab hostibus captus postliminio rediisse dicitur, quoquomodo sit reuersus,siue ab iis dimissus sit,siue vi vel fallacia eorum potestatẽ euaserit *l.nihil interest 26.eo.tit.* Ita est,Sed non facit ea res quin iterum captus à nostris postliminio redeat in dominium eius à quo primùm captus fuerat, quem scilicet æquũ nõ est ex fuga factóque eius quem reuera seruum & in dominio suo habuerit damnum sentire iacturá nque istam patrimonij. Quid enim aut magis,aut iustius nostrum est,quàm quod in bello captum sanguinis nostri, aut saltem tanti periculi pretio adquisiuimus?

L. nihil inte rest 26. eod.

ILLATIO XXVI.

De postliminij potestate ad vsucapiendum durante captiuitate.

Vicesimoextò ex eodem Principio pendet alia eiusdẽ Pauli ad eundẽ Labeonẽ nota de qua in *l.pen.eod.tit. De captiu. & postli.* Labeo scripserat,si postliminio redieris nihil te dũ in hostiũ potestate fuisti, vsucapere potuisse. Paulus cõtrà.Immo,inquit,si quid seruus tuus peculij nomine cùm in eo statu esses,possederit,id eo quoq;tẽpore vsucapere poteris,quoniam eas res etiã inscientes,& ignorantes vsucapere solemus,quod & scriptũ est in *l.ait prætor* 25. §. *hi planè D. ex quib. caus. maior. l. Labeo* 8.D. *de vsuca. l.* 2.§. *Celsus scribit* 11. *D. pro empt.* Cur autẽ etiã ignorãs dominus vsucapiat per seruũ ex causa peculiari,ratio proficiscitur ex eo,quod ex hac causa peculiari possessio quoq; ignorãti dominо acquiritur. Pẽdet enim ex possessione vsucapio,quę sine possessione nulla esse potest *l.sine possessione* 25.D *evsuc.* Hic ipsũ autẽ,quod dicimus,ex peculij causa ignorãtibus acquiri possessionẽ nõ nisi vtilitatis causa receptũ est contra iuris rationẽ,& iure singulari,vt loquitur Papin.in *l.peregrè* 44.§. *quæsitũ* D. *de acq. poss.* Ne inquit,aliter posito iure cogerẽtur domini ad acquirendã sibi per seruũ possessionẽ ex peculiari causa per singula momẽta species & causas peculiorũ inquirere. Quamquam vt ibidẽ subiungit Papin.nõ cò pertinere speciem illã putandũ est,vt animo solo videatur acquiri possessio,quã sanè constat licèt animo etiã solo retineatur,tamen nõ nisi animo & corpore acquiri posse *l.3.§.1.l.quẽadmodũ* 8.*eod.tit.* Nã si non ex causa peculiari aliquid quęratur per seruũ, cõstat scientiã quidẽ domini esse necessariã,sed corpore serui quęri possessionem. Quibus verbis id agit Papinianus,vt eadẽ specie & quæstione retenta de possessione quæ ex causa peculiari aquiratur,subiiciat respõsionẽ ad propositã obiectionẽ petito argumẽto à casu cõtrario,sed minùs dubitabili. Nã obiectio illa erat,si ex causa peculiari acquiratur possessio ignoranti,futurũ,vt solo animo sine corpore acquiri videatur. Papinianus verò negat cõsecutionẽ, falsámque esse probat hac ratiocinatione,quòd tùm etiã cùm ex causa non peculiari possessio acquiritur, quo tamen casu nemo dixerit solo animo acquiri possessionẽ,omnia sunt similia nisi quod scientia domini necessaria est. Cæterũ perinde corpore serui acquiritur possessio. Quod autẽ de seruo diximus,idem de filiofamilias dictũ intelligi debet,vt per eũ quoque ignoranti patri possessio rei peculiaris acquiratur. Itaque si patre apud hostes agente filius in ciuitate aliquid emerit,& quęratur an reuersus pater vsuceperit,distinguendũ est an ex peculiari causa filius possederit,necne. Nã siquidẽ ex causa peculiari possedit,placet

L. pen. eod.

L. ait prætor 21.§. hi planè D. ex quib. caus. maior. l. Labeo 8. D. de vsucap. l. 2. §. Celsus scribit D. pro emptor.

L. peregrè 44. § quæsitum De acq. poss.

Digiti

cet vſucapionē inchoari,nec impedimēto eſſe patris captiuitatē,cuius ſcientia nō eſſet in ciuitate neceſſaria,ſi verò nō ex peculij cauſa id filiꝰ cōparauerit,vſucapi nō poſſe,nec iure poſtliminij quęſitū id intelligi,cùm priùs eſſet vt quod vſucapiū diceretur,poſſeſſum fuiſſet,vt ratiocinatur & diſtinguit Papinianus in *l.iuſto errore* 44.*§.vlt.de vſucap.* Quò etiam pertinet,quod regula iuris habet,filiūfamilias,neque retinere,neq;recuperare,neque adipiſci poſſeſſionē rei peculiaris videri *l.filiusfamilias* 93.*De reg.iur.* Nēpe quia quicquid filius peculiari nomine adprehenderit,id ſtatim pater eius poſſidet,nō ſolùm etiāſi ignoret filium poſſidere,ſed etiamſi ignoret habere ſe filium in poteſtate *l.4.D.de acq.poſſeſſ.* vbi addit Vlp.quod amplius eſt,etiamſi filius ab alio tanquā ſeruus poſſideatur,idem probandum eſſe.Et ſimiliter è conuerſo quod per filiumfamilias,vel ſeruum ignorantes poſſidemus, eius poſſeſſionem etiā ignorantes amittimus,dummodo eam alius occupauerit *d.l.peregre* 44.*§.vlt.eo.tit.* Incēque eſt,quod Alfenus ſcribit in *l.ſi ſeruus* 34.*De vſucap.* Si ſeruus inſciente domino,vel filius ignorante patre(idem enim iuris in vtroque eſt)rem peculiarē vendiderit,emptorem vſucapere poſſe.Cùm enim ſine poſſeſſione nulla cōtingere poſſit vſucapio *d.l.ſine poſſeſſione* 25.*eo.*fieri nequiret vt qui rē peculiarem ignorāte patre,vel domino à filio,vel ſeruo emiſſet,cā vſucaperet,ſi poſſeſſionem ignorans pater,vel dominus amittere nō poſſet.Prius enim eſt,vt amiſſa ea ſit patri,vel domino,quàmvt emptòri acquiri poſſit,Cùm eiuſdē rei poſſeſſores duo in ſolidū eſſe nō poſſint *l.3.§.ex cōtrario D.de ac.poſſ.* Vt Planè nō ſatis poſſim mirari quod vir doctiſſ.Iacob.Cuiacius ſcripſit ad *d.l.ſi ſeruus & li.* 15.*Obſer.cap.*18.*inſciente* illo loco dixiſſe Iurec.pro *ſciente*,quod mihi non minùs intolerabile videtur quàm ſi quis rātū virum quē doctū vellet dicere indoctum appellaret.Neque pro Cuiacij interpretatione facit quod ſcriptum eſt in *l.vlt.§.ſed & à filio D.de diuerſ.tempor.præſcript.& in l.ſi ſeruus* 14. *D.de acq. poſſ.* Si à filiofamilias,vel à ſeruo rem emero dādam mihi acceſſionem eius temporis quo rei poſſeſſio penes patrem,vel dominum fuit,ita demum ſi volente patre vel domino facta venditio ſit,vel de peculio illo,cuius liberam adminiſtrationē filius,aut ſeruus habuerit.Aliud enim eſt quærere de poſſeſſionis acceſſione de qua ſola ibi agitur,aliud verò de vſucapione inchoāda ex contractus tempore duntaxat. Acceſſio tēporis quo pater vel dominus poſſedit,non poteſt ei prodeſſe qui rē peculiarē in filiofamilias,vel à ſeruo emit, patre , vel domino ignorante,quia vt prodeſſe debeat emptori poſſeſſio vēditoris ſit ex eiuſdem venditoris voluntate , qui vendendo intelligitur totum & omne ius quod habuit in emptorē trāsferre velle.Atqui volūtas ignorātis nulla eſt,Cùm verò de vſucapione inchoanda agimus,illud tantùm requirimus vt emptor veram poſſeſſionem habeat & bonam fidem,nō etiam vt ex venditoris ſui perſona vllā temporis acceſſionem mutuetur.Quinimo,vel ex hoc ipſo quod ſupradictis locis negatur acceſſionē tēporis ei dandā eſſe qui rem peculiarem à filiofamilias,vel ſeruo ſine patris,aut domini voluntate cōparauerit, probatur manifeſtiſſimè emptorē bonæ fidei ex hac cauſa vſucapere poſſe. Alioqui fruſtra eſſet de acceſſione tēporis ad effectū vſucapiendi diſputare,ſi vſucapio impediretur, id eſt ſi cui acceſſio temporis denegatur,vſucapiēdi quoque ius & facultas denegaretur.Nec rurſus illud verū eſt quod vir doctiſſimus ſcribit impeditivſucapionē hāc ex duodecim tabulis,quia furtiua ſit res quā ex peculio ſuo filiusfamilias, vel ſeruus vēdit patre aut domino ignorāte.Etſi enim vt ille ar-

L. iuſto errore 44.§.vlt. D. de vſucap.

l.filiusfamilias 93. de reg.iur.

L.4. D. de acquir. poſſ. d. l peregrè 44.§.vlt.eo. L. ſi ſeruus 34. De vſucap.

L.vlt.§ ſed etſi à filio De diuer.temp. præſcr. l. ſi ſeruus 14. D. de acq. poſſ.

Digitized by Google

l.quis ab alio 19.& l.4.in princ D. de manumiss.l. § liberã 10. C.quodcum eo.

gumentatur, res peculiaris est domini *l.si quis ab alio* 19.iunct.*l.in princip.D. de manumiss.l.si liberam* 10. *C. quod cum eo qui in alien. potest. est.* ignorans autem dominus comparatur inuito cùm de furto tractatur *l. qui vas* 48. §. *qui ex voluntate vers.vetare* D.*de furt.* vt & in *l.filiusfamilias* 8. §. *inuitus D. de procurat.l.inuitum.* 5.*D.vrban.pred.* Non tamen erit bona consecutio si quis ex eo inferat fieri rem furtiuam si bonæ fidei emptori vendatur, Non magis, quàm si quis dicat furem esse hunc, quem nos ponimus è contrario bonæ fidei emptoré esse. Quid enim si seruum, aut filiumfamilias à quo cõparauit, talé esse ignorauit, patrémque familias esse opinatus est? Difficilè siquidem dignoscitur filiusfamilias à patrefamilias, & homo liber à seruo *l.quia difficilè* 5.*D.de contr.empt.* Quid rursum si probabilem causam habuit existimãdi seruũ hũc, si eum talem esse sciuit liberã peculij sui administrationẽ habuisse? Cur dicamus furem hunc esse qui bona fide cõparauit? Fateor seruum quoque rei peculiaris furtum facere posse, fieriq; rem furtiuam si is furandi consilio cã amoueat, non quidem quandiu eam retinet, quia interim nihil domino abest,

l. interdum 56.§.cùmautem D. de furt.

at tum demum cùm alij eam tradidit, vt Iulianus scribit in *l.interdum* 56. *§.cùm autem D de furt.* Sed dico ita id accipiendum esse si seruus eã rem alij tradiderit animo & consilio furandi. Nec enim furtum sine furandi animo committitur *l.furtum* 37.*D.de vsucap.* Quis autem dicat furandi animum habere illum qui rem peculiarem vendat publicè fortassis, & supra iustum precium, vt ex eo precio negotietur ad maiorem domini sui vtilitatem? Ergo fatẽdum est ex sola rei peculiaris venditione quamuis ignorante domino facta nõ fieri rem furtiuam, nec proinde vsucapionem impediri dummodo bonę fidei emptor proponatur, qualis saltem ille est qui suum venditorem seruum esse ignorauit. Id-

d. l.§ liberã 10.C. quod cum eo qui in alieni potest.est.

que iam olim Accursius optimè probauit ex *d.l.si liberam*, quæ cùm negat huiusmodi venditionem iustum adferre possessionis initium, id est vsucapiendi causam præbere emptori scienti seruilem venditoris conditionem, an nõ hoc ipso innuit aliud esse dicendum in emptore ignorante. Atqui si res facta esset furtiua nihil prodesset emptori bona fides *l.vbi lex* 24.*D.vsucap.* Nec possum videre quonam colore vir doctissimus ad hanc obiectionem diluendam respondeat, loqui eam legem de malæ fidei emptore, non quasi sit permittenda, inquit, bonæ fidei emptori cui seruus vendiderit rem peculiarem ignorante domino, sed vt intelligatur malæ fidei emptorem furti teneri, bonæ fidei emptorem non teneri. Etsi enim de furti actione agitur in fine legis, tamen negari non potest, quin de vsucapione & longi temporis possessione accipi debeant verba illa præcedentia, *neque conditionem eorum seruilem scientibus emptoribus possessionis iustum adferunt initium*, nõ etiã de actione furti, De qua seperatim agi incipit in postrema illa clausula, *Ideóque res mobiles emẽtes à seruo etiã furti actione tenẽtur.* Quòd si emptor bonæ fidei nõ tenetur furti, quod & Cuiacius fatetur, Ergo nõ fit res furtiua tùm cùm ab eo emitur, At neque cùm eã seruus vẽdit si neq; animũ, neque cõsiliũ furãdi habuerit, vt probauimus. Ergo nũquã est furtiua, nec proinde quicquã est quod eius vsucapionẽ impedire possit. Sed & cùm de rei peculiaris vsucapione tractamus, non puto distinguendum esse an agamus de re quæ ideò sit peculiaris, quòd verè sit patris, vel domini, an de re, quæ sit altera, quamuis per seruum peculiarem empta, siue bona, siue mala fide. Generalis enim ratio est quæ rei peculiaris vsucapiendæ ius tribuit bonæ fidei emptori, tum etiam cùm ignorãte patre, vel

domi-

domino facta venditio est,& eò filiofamilias,vel seruo qui liberam peculij administrationẽ non habuit.Nam si patris, vel domini scientia interueniset in venditione rei quæ dominica fuisset,vt loquitur *d.l.si liberam*, vel quæ patris non esset,quod vsucapione tractari posset,quia per alienationem etiam à filio vel à seruo factum dominium translatum reperiretur, emptor verò rem quæ iam facta sua esset vsucapere amplius non posset *l. in bello* 12. §. *si quis seruum vers.nam occurrit. D.de captiu.& postli.* At cùm patris,aut domini voluntas nõ interuenit licèt ea res distracta sit quæ peculiaris verè fuit, id est,vel domini, vel patris,non aliena,dominium tamen transferri non potuit si non liberam habuerit filius,vel seruus peculij administrationem quantumuis emptor bonæ fidei proponatur,ideóque de vsucapione tranctandum necessariò est,vt dominium emptori acquiratur. Denique etiamsi Cuiacij sententiam probare possem,tamen legere mallem *id sciente* pro *insciente* quàm mihi persuadere inscientem dixisse Alfenum pro sciente, potius quàm Paulum in *d.l.penult.De capt.& postlim.* vbi apertissimè *inscientes* dixit ille pro ignorantibus.

L.pen.D.de capt.& postlim.

Sequitur apud Paulum in *d.l.penult.Et eo modo etiam hereditas nondum nato posthume,aut nõdum adita augeri per seruum hereditarium solet.* Sensus est,nõ eo tãtùm casu quo quis apud hostes sit,aut in ciuitate quidẽ, sed ignorans filiifamilias,aut serui peculium tranctantis negotiationẽ,augeri patrimonium ignorantis per vsucapionem cui causam det possessio per filiumfamilias, aut seruũ etiam ignoranti quæsita,Sed tunc etiam cùm seruus hereditarius aliquid acquisiit iacente hereditate.Etsi enim hereditas personam nullam habet, adeóque nec possessionem,quia possessio facti,hereditas verò iuris est *l.1.§. Scæuola* D. *si is qui testam.lib.esse.iuss.* ob idque scienti comparari hereditas non potest, sed ignoranti.Placet tamen vacuum tempus quod siue ante,siue post hereditatem intercesserit,heredi procedere ad vsucapionem,*l.numquam* 31.§.*penult.D. de vsucap.* atque ita nõ eã tantùm possessionẽ heredi prodesse quæ testatoris fuerit,& eius morti iuncta,sed eam quoque quæ numquam fuerit testatoris *l.Põponius* 13.§.*non autem D.de acquir.poss.* Adeò vt etiam vlteriori heredi hoc est qui in remotiore gradu sit,pluribus scilicet heredum non modò personis, sed etiam gradibus inductis,possessio defuncti prosit, quamuis medius heres possessionem quam defunctus habuit,nactus non sit *l.* 2.§. *etiam heredi* 18. D.*pro emptor.* Neque rursum eo duntaxat casu hoc obtinet quo vsucapere defunctus cœperat,sed etsi de vsucapione inchoanda tractetur,quod euenit seruo hereditario aliquid comparante *d.l.iusto errore* 44.§.*nondum adita D. de vsucap.* vbi tamen Papinianus monet,singulari iure hæc esse recepta,id est contra vulgarem iuris regulam secundum quam sine possessione vsucapio procedere nulla potest *d.l.sine possessione* 25.*eo.* nõ magis quàm hereditas ipsa,quę personam, vt diximus nullam habet,possidere. Ad eam verò iuris regulam videtur idem Papinianus respexisse in §.1.*l.seq.* quæ in vulgatis editionibus est *l.vlt.in.De vsucap.* vbi ait ille, si post mortem domini seruus hereditarius peculij nomine rem tenere cœperit, vsucapionis primordium ex aditæ hereditatis tempore cõputandũ esse. Quẽadmodũ etenim vsucapietur,inquis,quod antè defunctus nõ possederat? Ratio vt apparet meri veriq; iuris est,& ad quã nihil sanè est quod respõdere possimus,nisi ex eodẽ Papiniano in *d.§.nõdum adita*,Ita quidẽ esse si iuris subtilitatem inspicias, sed contrà receptũ esse iure singulari. In his autem quæ iure singulari, hoc est contra iuris rationem recepta sunt, non posse nos

L.pen.D.de capt.& postlim.
d.l penult.
L.1.§.Scæuola D.si is qui testam. lib. esse.iuss.
l. numquã 31.§. penult. D. de vsucap.
l. Põponius 13.§.non autem D. de acquir. poss.
L.2.§. etiã heredi D.18. pro emptor
l.iusto errore 44.§. nõdum adita D. de vsucap.
§.1.l.45 eodẽ sit.

sequi regulã iuris *l.in his* 15.*& l.seq.*D.*de legib.*Nec alius potest sensus esse Pauli in *d.l.pen.* cùm ait hereditatem nondum aditam per seruum hereditarium augeri solere,& quidem eo ipso modo,quo dixerat captiui patrimonium per seruum qui in ciuitate mansisset augeri posse, id est per vsucapionem.Sicut enim verbo illo *solet* non tam id quod iuris sit quàm quod receptum est significare iureconsulti solent,ita fatendum est non aliter auctam dici posse hereditatem per seruum hereditarium,quàm si is rem aliquã post mortem defuncti comparasse proponatur.Alioqui si proponas fuisse rem à defuncto comparatam,aut à seruo quidem,sed eo tempore quo dominus adhuc viuebat, non video quomodo possit videri aucta hereditas per seruum hereditarium, quãuis ponas toto illo tempore quo iacuit hereditas, seruum hunc hereditarium rem istam quasi peculiarem tenuisse.Nam etsi hereditarius seruus nullus fuisset,non eo minùs tamen vsucapio quæ viuo testatore cœpta fuisset,iacente hereditate processisset *d.l.nonquam* 31.§.*penult.*vbi hanc ob causam vacuum tempus appellat Paulus,in quo rem,quę vsucapitur,nemo possederit. Nec persona serui hereditarij computari vllomodo potest, siue quantum ad causam possessionis,siue quantum ad causam vsucapionis,quia non magis possidere ille potest quàm vsucapere,sed quantũ ad id duntaxat,vt emat,vel aliter contrahat,quo vno respectu proculdubio auget hereditatem si fortè,vel à domino emerit,atque ita dominium hereditati statim adquisierit *l.in eo* 33.§. *vlt. cum l.seq.*D.*de acquir.rer.domin.*vel vsucapiendi materiam &occasionem hereditati attulerit,comparando ab eo qui dominus non fuit. Notandum autem est quod iungit Paulus duos illos casus tanquam similes. De posthumo nondum nato,& de nondum adita hereditate,quia si alius filius quàm posthumus patris heres proponeretur,dum ne emãcipatus esset, de seruo hereditario tractari nihil posset,siquidem hereditarium seruum appellamus, qui sit iacentis hereditatis, Non iacet autem hereditas,immo nec vlla est eius qui habet suũ heredem *l.in suis* 11.D.*liber.& post.l.in suis* 14.D.*de suis & legit.* Quid,inquies, An nõ posthumus quoq;suus heres est sicut& qui nascitur in potestate,ob idque non minùs quàm cæteri sui heredes institui omnino debet,vel exheredari,ne alioqui præteritus rumpat testamentum *l.si posthumus* 14.*l.Galius* 29.*per tot.& l.seq.*D.*de liber.& posth.l.1.3.& pass.D.de iniust.rupt.* Respondeo, immo verò posthumum non esse suum heredem antequàm nascatur, quia qui nondum est dici non potest in morientis esse potestate *l.fin.*D.*de collat.* & ideò ipsius præteritione nõ esse nullum testamentum quomodo nullum esset prætereritione filij iam nati,sed rumpi tãquam agnatione sui heredis,propterea quod posthumus ex quo natus est loco eius esse intelligitur, qui iam mortis tempore superstes fuerit *l.si primo* 8.*De liber. & posthum.* ac proinde fatendum est dum posthumi natiuitas expectatur , quia potest non nasci , aliquam esse hereditatem,& consequenter seruos esse hereditarios omnes illos qui mortis tẽpore serui fuerint defuncti patris,Neque tamen eo magis verum erit aditione aliqua opus fore posthumo ad acquirendam patris hereditatem. Nascendo enim fiet suus heres , non quia possit eo tempore dici in potestate patris iam mortui,quamuis inter cætera,vel hoc vnum maximè necessarium sit ad inducendum ius & nomen sui heredis *l.scripto* 7.D.*vnd.lib.* sed quia si moriente & consequenter adhuc viuo patre natus fuisset , in potestate & suum heredem illum nasci contigisset §.*posthumo* 26.*Instit. de legat.* Itaque statim atque nascitur &

d.l.nõquam 31.§.*pen.eo. tit.*

l. in eo 33.§. *vlt.&l.seq. De acquir. rer.domin.*

l. in suis 11. *de liber. & posthum. l. in suis* 14. *D de suis & legit.*

l.vlt. D.de collat. bonor.

l.si primo 8. *D. l. liber. & posthum.*

L. scripto 7. *vnd. liber.* §. *posthumo* 26. *de legat.*

tur & ipso iure heres est,& ob id dicitur & rumpere succedendo, & succedere rumpendo,nec proinde vlla indiget hereditatis aditione. Estque hic vnicus & valde singularis casus in quo pater filium non emancipatum habeat heredem, siue ex testamento,siue ab intestato,nec tamen hereditarius seruus dici prohibeatur is qui fuerit seruus patris. Quamquam non nego idem posse contingere si ponas filium iam natum eundémque suum heredem testamento paterno institutũ esse sub promiscua &,vt vocant,potestatiua condicione. Nam & hoc casu condicio sub qua filius institutus est, impedit ne interim ius sui heredis filium heredem facere possit non modò inuitum,aut ignorãtem,sed nec si velit quousque cõdicionem impleuerit,Ac proinde hereditatem aliquã interim esse necesse est, & hereditarios seruos,si quos pater proprios habuerit,nec eo magis tamẽ necessaria filio futura est aditio,sed sufficiet impletã ab eo condicionem vt ipso iure heres reperiatur,& necessarius *l.condicionibus* 5. *D. de condic.& demonstr.* iunct. *l.* 4. D. *de hered.instit.* Si quis tamen pro Labeone quem Paulus in *d.l.penult.* reprehendit contra Paulum disputare vellet, posset fortasis dicere minus bonam esse comparationem illius casus quo seruus tuus dũ in hostiũ potestate esses aliquid peculij nomine tenuerit,Et illius, quo idẽ seruus tuus dũ tu in ciuitate esses eriã peculij iure quid possederit quãuis te ignorãte. Est enim multò facili°,vt per seruũ ignorãti domino qui in ciuitate est procedat vsucapio rei peculiaris,quàm vt ei qui apud hostes est.Siquidẽ priore casu nõ deest persona quæ & possidere per seruũ,& vsucapere possit,Posteriore verò persona nulla est cùm is qui apud hostes est reuera seruus eorum sit, ob idque pro mortuo habeatur,circa personam autẽ eius qui mortuus sit nihil fingi posse videatur. Idémque tractari potest de alio etiam casu quem Paulus similem esse subiungit, hoc est si seruus hereditarius aliquid acquisierit post homo mondum nato, aut nondum adita hereditate. Nam nec tunc persona vlla est quæ possidere & vsucapere per seruum hereditarium possit, cùm neque serui persona cõputari possit qui nullus est,omninóque incapax acquisitionis, neque pristini domini quem ponimus defunctum fuisse, neque futuri heredis, cuius nimirùm priusquàm heres factus sit,ratio haberi nulla potest. Atqui, inquies, non negaret Labeo,quod cæteri Iureconsulti iam olim receptum fuisse testantur,nondum aditæ hereditatis tempus vsucapioni datum esse,siue seruus hereditarius aliquid cõparat,siue defunctus iam vsucapere cœperat. Immo verò,inquam,illo saltem casu quo hereditarius seruus aliquid comparasset,negare posset Labeo cum Papin. in *d.l.* 45. *§.* 1. *de vsucap.* vsucapionis primordium vllum esse ante tempus aditæ hereditatis. Et quamuis fateretur cum eodem Papiniano in *d.l.iusto* 44. *§. nondum adita eod.tit.* iure singulari tandem id receptum esse,vt eo quoque casu nondum aditæ hereditati tempus vsucapioni detur,Posset tamen respondere,id quod singulari iure ac contra regulas communes receptum est non debere trahi ad consequentias *l.quod vero* 14. *De legib.* id est argumentum ex eo sumi nullum oportere, vt ab Africano non dissimiliter responsum esse legimus in *l.qui negotia* 34. *D. mandat.* Verùm ne Labeoni suprà quàm par sit, tacere videamur,admittamus quod res est,Papinianum in ea specie quæ Labeonem & Paulum dissentientes habuit,pro Paulo contra Labeonem sensisse. Nam in *§. vlt. d.l.iusto*, apertè scribit quod iã suprà diximus, si cum apud hostes dominus,aut pater ageret, seruus aut filius aliquid emerit, & ex causa peculij possederit,vsucapionem inchoari,nec impedimẽto esse do-

l.condicionibus 5. *D. de cond.& demonstr. l.* 4. *D. de hered. instit.* *d.l.pen. D. de capt. & postlim.*

L. qui negotia 34. *D. mandat, d.l.iusto* 44. *§. vlt. De vsucap.*

mini captiuitatem, vel patris, Cuius scilicet scientia in ciuitate non esset necessaria. Quæ ratio ostendit non singulari aliquo iure hoc fieri, sed postliminij iure communi, quamquam ipsum quoque postliminij ius singulare dici potest si cum eo conferatur quod nulla postliminij fictione inducta obtineret. Itaque facilius esse Papinianus credidit, vt per seruum captiui quandocumque reuersi possit procedere vsucapio, quàm vt per seruum hereditarium ante aditam hereditatem. Cur ita? Quia postliminij fictio sicuti captiuitatis delet memoriã, ita efficit vt non possit videri cœpisse & impleta fuisse vsucapio sine persona, nihilque aliud supersit, quod possit obiici cur non potuerit vsucapio inchoari & compleri durante patris, vel domini captiuitate, nisi quòd absurdum videatur ignorantem & possedisse intelligi & vsucepisse. Hoc verò absurdum esse negat Papinianus & optima & euidenti ratione, quia etiamsi pater, vel dominus in ciuitate mansisset scientia eius ad inchoandam complendámque vsucapionem necessaria non fuisset. At cùm agimus de vsucapione rei, quam seruus hereditarius emerit & tenuerit licèt ex causa peculiari, non illa tantùm ratio obstare vsucapioni videtur, quòd nullius scientia interueniat quę regulariter necessaria est, & ad possidendum, & ad vsucapiendum. Sed illo etiam & potissimùm, quòd neq; persona vlla sit hoc casu quæ vel ignorans possedisse & vsucepisse dici possit. Personam autem aliquam esse oportet priusquàm de possessione, & vsucapione tractari posse videatur. Ea namque vis est ratiocinationis illius Papinianeę in *d. l.* 45. §. *vlt. quemadmodum etenim vsucapietur, quod antè defuncti non possederat.* Ne scilicet de iuris ratione priùs quàm de persona quæratur *l. quidam referunt* 14. *vers. vt non ante D. de iur. codicill. l.* 5. *in princ. D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Quod cùm ita sit, non absre quis miretur quonam colore illud tandem receptum sit, vt eo quoque casu quo seruus hereditarius aliquid comparat, vsucapio perinde procedat acsi aliqua persona esset. Quamuis enim ratio iuris quærenda non sit in iis quæ iuec singulari recepta sunt & contra regulam iuris *l. in his* 15. *D. de legib.* numquam tamen deest color aliquis propter quem debuerit induci ius illud singulare. Color autem in proposito subesse is videtur, quòd quemadmodum durante patris, vel domini captiuitate, persona quæ reuera nulla est ad possidendum, & vsucapiendum, sperator tamen ex beneficio postliminij, de quo vtique lex semper bene sperat, cùm eam spem in populi romani virtute bellica videat collocatam *d. l. in bello* 12. *in princip. De capt. & postlim.* Ita & iacente hereditate speratur persona heredis, quandoquidem sola spes habendi heredis ius & fictionem hereditatis nõ solùm inducit, sed etiã conseruat, adeò vt si quando heres aut bonorũ possessor, qui aliquis sperabatur sperari vllus desinat, hereditas quoq; desinat esse hereditas, & fiant bona vacantia *l. vlt. D. de succeff. edict.* Nec alia inter hos casus differẽtia est, nisi quod per redirũ eius qui fuit apud hostes nõ inducitur noua persona, sed illa ipsa quæ fuerat ante captiuitatem, & quæ semper in ciuitate mansisse intelligitur. Per additionem verò hereditatis inducitur noua persona heredis, quæ antea non erat. Cæterùm sicut fictio postliminij delet memoriam captiuitatis, ita & retrofictio illa quæ facit vt heres quandocumque adeundo retrofingatur adiisse ex die mortis *l. heres quandocumque* 49. *De acq. hered.* tollit omnem memoriam iacentis hereditatis, ita vt nec vlla hereditas vnquam fuisse videatur, sed coniungatur cum instanti mortis testatoris instans additionis heredis. Illud sanè multò facilius recipi potuit, vt per seruum, aut filium,

l. quidã referunt 14. vers. vt non ante D. de iur. codicill. l. 3. in princ. D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.

L. in his 15. D. de legib.

L. vlt. D. de succes. edict.

L. heres quandocũque 49. D. de acq. hered.

liumfamilias dominus vel pater etiã ignorãs vsucapere ex causa peculij posset, quoniam eo casu sola domini vel patris ignorantia potest facere dubitationem non etiam defectus personæ, quæ adest reuera, ita vt nec vlla in eam rem opus sit fictione. At in cæteris omnibus casibus de quibus diximus persona nulla est nisi quæ vel per hanc vel per illam fictionem inducatur. Idque est quod videtur Labeonem decepisse, vt licèt non ignorauerit ius quod erat iam receptum in permittenda rerum peculiarium ignorantibus dominis vel patribus vsucapione, non ideo tamen videre potuerit, qua ratione eo exemplo permittendum esset vt qui apud hostes esset quantumuis postea reuersus vsucapere interim per filiumfamilias aut seruum posset. Debuit autem animaduertere in his quæ iuris sunt, cuiusmodi est vsucapio, parum referre an persona aliqua sit reuera, an per fictionem iuris inducatur, Itémque quod iam suprà monuimus in iis quæ iure singulari recepta sunt non posse nos sequi regulam iuris. Quamquam & illud pro tuendo Labeone tentari potest, nondum eius temporibus receptum fortassis fuisse quod Papiniani & Pauli ætate multò posteriore receptum fuit iure singulari circa rerum peculiarium vsucapionem ignorãtibus quoque patribus vel dominis permittendam. Quę enim contra rationem singulari aliquo iure recipiuntur, ea non statim admittuntur, sed paullatim inualescunt & increscunt vt loquitur Vlp. in *l. quæsitum* 12. *§. sed si fundus* 27. D. *de instruct. vel instrum. legat.* Porrò si tollas iuris huius singularis autoritatem, dubitandum non est quin iuris communis ratio faciat pro sententia Labeonis. Sed ista ad Labeonem, Papinianum & Paulum adnotasse sufficiat.

L. quæsitum 12. § sed si fundus 27. De instruct. vel instrum. legat.

ILLATIO XXVII.

De postliminio serui iam recepti intra fines romani imperij.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio infertur, quod Labeo dicebat, si id quod nostrum hostes ceperunt eius generis est vt postliminio redire possit, simulátque ad nos redeundi causa profugit ab hostibus, & intra fines imperij nostri esse cœpit, postliminio eum rediisse intelligi. Vt enim postliminium inducatur sufficit eum qui ab hostibus captus fuerat eorum potestatem euasisse & ex nostris esse cœpisse ita vt ab hostibus recuperari probabiliter non possit, Quod euenit statim atque intra fines imperij nostri receptus est. Sed tamẽ & hoc quoque casu Paulus solito suo contradicendi studio ad Labeonem notat in *l. vlt. eod. tit. De capt. & postlim.* posse hanc Labeonis sententiam aliquando falsam esse, Nempe si cùm seruus nostri ciuis ab hostibus captus inde aufugit, apud nos ita sit vt neque in domini sui sit potestate, neque vllidum seruiat. Quamuis enim non solùm intra fines imperij nostri se receperit sed etiam quod magis est in ipsa vrbe Roma sit, nondum tamen postliminio rediisse creditur, quia scilicet postliminium habere nõ potest ex propria persona qui ipse nunquam in ciuitate fuit nec caput habuit. Itaque necesse est vt postliminium habeat vel ex domini sui vel ex alterius ciuis persona: Ex domini autem persona non potest habere quandiu se domino subtrahit nec in eius potestatem redit. Ex alterius verò persona multò minùs si nemini seruiat. Si enim alicui seruiret quamuis non domino, siue bona siue mala fide, ex illius saltem persona postliminio rediisse intelligendus esset, vel ob hoc ipsum vt eum vindicare, alitérve repetendi eius nomine agere dominus posset.

l. vlt. D. de captiu. & postlim.

Postliminiũ serus difficilius inducitur, Et quare.

Digitized by Google

ILLATIO XXVIII.

De illo qui cùm pro emptore poſſideret & vſucaperet captus fuit ab hoſtibus.

VIceſimooctauò ex hoc eodem Principio iunctis iis quæ ſcripſimus *illat. 26. ad fin. l penult. eod. tit.* De *captiu. & poſtlim.* pendet explicatio diſſentionis quam inter Iulianum & Marcellum fuiſſe refert Paulus in *l. ſi is qui pro emptore 15. D. de vſucap.* Quæſtio erat de illo, qui cùm pro emptore poſſideret ante vſucapionem completam captus fuerat ab hoſtibus, An nimirum heredibus eius procederet vſucapio. Nam quod ad ipſum pertinet, res non habet dubitationem quin vſucapio interrumpatur, adeóque ita vt ſuperueniente poſtliminio non reſtituatur, quia vt ſæpius iam diximus nulla eſſe poteſt vſucapio ſine poſſeſſione, poſſeſſio autem plurimum facti habet, cauſa verò facti non continetur poſtliminio, quemadmodum ratiocinatur Papinianus in *l. denique 19. D. ex quib. cauſ. maior.* Hoc verò admiſſo quod inter prudentes dubium numquam fuit, abſurdum videtur vſucapionem quæ captiuo ipſi ab hoſtibus reuerſo non profit, heredi eius prodeſſe. Ita enim fieret vt plus iuris haberet heres quàm habuiſſet aut habiturus fuiſſet ille in cuius iura ſucceſſiſſet. contra *l. nemo plus commodi 120. l. aliud eſt 160. §. abſurdum eſt De regul. iur.* Sed tamen non eadem hac in re defuncti & heredis ratio eſſe poteſt, fatendúmque eſt plus iuris heredem hunc habere quàm defunctus fuerat habiturus: Propter illam diuerſitatis rationem quæ partim à Paulo exprimitur, partim ſupplenda eſt, quòd cùm de illo ipſo agimus qui ab hoſtibus captus fuit verum eſt eum in ſua vita deſiſſe poſſidere, Ex inſtanti ſcilicet captiuitatis, quia exinde nõ potuit ipſe quicquam poſſidere qui ab alio poſſidebatur *l. cùm heredes 23. §. 1. D. de acquir. poſſ.* vbi hanc ob cauſam Iauolenus ſcribit ei reuerſo noua poſſeſſione opus eſſe etiamſi nemo medio tempore res ipſius poſſederit, ac proinde poſtliminium ei non prodeſſe quod ad hoc vt vſucepiſſe videatur. At cùm captiuus apud hoſtes defunctus eſt, quomodo defunctum ponimus eum de cuius herede diſputamus, (nec enim viuentis quantumlibet captiui heres vllus eſſe poteſt *l. nec nos 4. Cod. de captiu. & poſtlimin.*) non poteſt videri captiuus deſiſſe in ſua vita poſſidere, propter fictionem nimirum legis Corneliæ, per quam fit vt tempora captiuitatis ex die quo quis captus eſt iungantur mortiui, vt loquitur Papinianus in *l. iuſto 44. §. vlt. in fin. De vſucap.* id eſt vt ex quo inſtanti captiuitas contigit retrofingatur is qui captus eſt deceſſiſſe, vt eadem retrofictione poſſit videri deceſſiſſe ciuis romanus, quia capitur non qui iam captiuus, ſed qui adhuc ciuis eſt: Atqui à tempore mortis ſi ponamus aliquem in ciuitate fuiſſe ſuum heredem dubitandum non eſt quin licèt poſſeſſio defuncti non continuetur in heredem, ne quidem adita hereditate, quouſque corporalis poſſeſſio adprehenſa ſit *d. l. cùm heredes in princip.* eâ tamen quandocumque adprehenſâ, procedat heredi poſſeſſio teſtatoris ad vſucapionem dummodo res medio tempore à nullo poſſeſſa ſit *l. poſſeſſio 20. de vſucap.* non ſolùm ſi heres eum poſſidere aliquando cœperit, ſed etſi numquam eum poſſederit, dum nec alius etiam vllus poſſeſſionem eius prior adprehenderit *l. qui cum pro herede 6. §. vlt. D. pro emptor.* Nam ſi non poſſederit illum heres prius ſed alius, teſtatoris poſſeſſio ei accedere non poteſt, non magis quàm emptori poſſeſſio venditoris interpoſita media alterius poſſeſſione: Meritóque exploſa eo-

L. ſi is qui pro emptore 15. D. de vſucap.

l. denique 19 D ex qu. cauſ. maior.

L. cùm heredes 23. §. 1. D. de acq. poſſ.

L. iuſto 44. §. vlt. in fin. D. de vſu c.

l. poſſeſſio 20. eod.

L. qui cùm pro herede 6. §. vlt. D. pro empt.

ſa eorum ſententia eſt qui putabant aliud in herede quàm in emptore proban dum eſse,quia tametſi vt illi dicebant plenius ſit ius ſucceſſionis,quàm emptio nis,in propoſito tamen caſu medium inhabile poſſeſſionis tertij impedit coniunctionem extremorum,hoc eſt poſſeſſionis defuncti cum poſſeſſione heredis vt Vlpianus ſubtiliter diſputat in *l. Pomponius* 13. §. *quæſitum De acquir. poſſ.* Si verò ponamus captiui de quo agimus ſuum heredem in ciuitate nullum fuiſſe ſed extraneum, qui nequeat citra aditionem heres eſſe, inducetur per legem hereditas ſtatim ex ipſo inſtanti mortis, inducta verò incipiet perſonæ vicem ſuſtinere non quidem quantum ad cauſam poſſeſſionis quæ vt diximus facti eſt *l.1.§.Scæuola D.ſi is qui teſtam.lib.eſſ. iuſſ.* ſed quantum ad hoc vt expectari poſſit heres,quo poſtea hereditatem quandocumque adeunte, ac poſſeſſionem rerum hereditariarum à nemine interim occupatam adprehendente, poſſeſſio quæ fuerat defuncti poſſit iungi cum poſſeſſione heredis toto intermedio tempore conſequenter ad vſucapionem computato, quod nec intermedium fuiſſe vllum intelligitur.Immo & ſola ſpes futuri heredis ſufficit vt ante aditam quoque hereditatem vſucapio impleri poſſit dummodo per intermediam alterius poſſeſſionem non interrumpatur *dict.l.qui cum* 6.*§.vlt. pro emptor.* Itaque non quæ ratio impedire poterat ne captiuo ipſi procederet vſucapio,ſi ab hoſtibus rediiſſet,eadem heredi nocebit captiuo apud hoſtes defuncto. Et hoc quoque nullam videtur inter Iureconſultos diſſenſionem habuiſſe.Nihil enim vnquam interfuit an hereditas vel ciuis romani per legem duodecim tabularum,vel captiui per legem Corneliam induceretur,Sed quod Paulus ſubiicit de captiui ſeruo qui aliquid emerit in ciuitate diſſentientes habuit Iulianum & Marcellum.Nam Iulianus diſtinguebat fictionem poſtliminij à legis Corneliæ fictione. Domino reuerſo dicebat intelligi vſucaptum, quod ſeruus emiſſet,ac tenuiſſet,Domino autem non reuerſo ſed apud hoſtes defuncto,fatebatur poſſe dubitari an per legem Corneliam ad ſucceſſores eius pertinere poſſet,atque ita procliuior in id erat, vt non putaret pertinere. At Marcellus contendebat,immo verò fictionem legis Corneliæ pleniùs accipi poſſe quam fictionem poſtliminij.Quemadmodum enim poſtliminio reuerſus,inquit,plus iuris habebit in his quæ ſerui egerunt quàm in his quæ per ſe vel per ſeruum poſſidebat cùm ad hoſtes peruenit?Atqui in iis quæ ipſe per ſe vel per ſeruum poſſidebat, certum eſt interpellatam fuiſſe vſucapionem per captiuitatem,vt diximus initio huius illationis. Ergo & multò magis dicendum eſt non poſſe vſucaptum intelligi,quod durante patris vel domini captiuitate ſeruus vel filius emerit.Scilicet non ex cauſa peculij, ſecundum eã Papiniani diſtinctionem de qua ſuprà diximus ex *l iuſto* 44.*§. vlt. eod.tit.* Alioqui Marcellus non tantùm cum Iuliano ſed etiam cum Papiniano pugnaret. Ratio autem Marcelli eadem fuit quæ Papiniani, quòd hoc caſu perſona nulla ſit quæ poſſit videri vnquam poſſediſſe, Non ſerui, qui vtique non magis capax eſt poſſidendi quàm ſibi acquirendi, cùm poſſidere nihil aliud ſit, quàm ſibi & animo domini habere vt Theophilus in inſtitutionibus definit, Non domini vel etiam patris, quia nihil poſſidere poteſt qui ipſe ab alio poſſidetur *dict. l. cùm heredes* 23. §. 1. *De acquir. poſſeſſ.* Porrò prius eſt vt quod dicitur vſucaptum fuerit poſſeſſum ab aliqua perſona, cùm non magis poſſit vſucapio eſſe ſine poſſeſſione,quàm poſſeſſio ſine perſona poſſidentis,quomodo vi ipſa ratiocinatur Papinianus in *d.§.vlt.* Eſtque tam aperta

L. *Pomponius* 13.§ *quæſitũ D. de acq. poſſ.*

Diſſenſio Iuliani à Marcello.

d.l iuſto 44. §. *vl. D. De vſucap.*

hæc ratio vt nec probabile sit contrà putasse Iulianum, sed potiùs cùm de vsucapione tractauit eius rei quæ per captiui seruum vel filium quæsita sit in ciuitate, de illa re sensisse, quæ fuerit empta, vel aliter acquisita ex causa peculiari. De qua etiam senserunt cæteri Iureconsulti quoties dixerunt, eos qui in captiui potestate fuerunt vsu adquirere rem posse vt in *l. ait prætor* 23. *§. isi plane D. ex quib. caus. maior.* Nec nouum est in Marcelli ad Iulianum, & Pauli ad Papinianum & Labeonem notis obseruare quanto illi studio contradicendi reprehenderint tanquam aliquo casu falsa quæ Iulianus, Labeo & Papinianus præcipui iurisprudentiæ nostræ coriphæi alio sensu dixerant, & vt ad alios casus accõ modarentur. Sed pergamus Marcelli notam explicare. Iam probauit fictionẽ postliminij facere non posse vt quod captiui seruus emit, ex causa videlicet nõ peculiari, reuerso domino vsucaptum intelligatur, quia vt diximus, persona nulla est quæ durante captiuitate possit videri possedisse, & vsucepisse. Superest probandum, quod Iulianus, quamuis dubitando, negabat plenius accipi posse legis Corneliæ fictionem, si fortè dominus hic cuius seruus emerat dum esset dominus in captiuitate constitutus, apud hostes decesserit. Hoc verò Marcellus probat ea ratione, quòd receptum sit hereditatem in quibusdam vice personæ fungi, Vt nimirum inferat, illud quoque multò facilius recipi posse, vt ia cente hereditate vsucapio non tantùm compleatur quæ iam inde vitio defuncto fuerat inchoata, sed etiam inchoetur, quàm vt durante domini vel patris captiuitate. Nam si quis pro Iuliano contra Marcellum replicet, Hereditatem non in omnibus vice personæ fungi, in iis scilicet quæ facti magis quàm iuris sunt, cuiusmodi est possessio ex *d. l. 1. §. Scæuola D. si is qui testa. lib. ass. iuss.* iunct. *d. l. denique* 19. *D. ex quib. caus. maior.* Duplicabimus pro Marcello, Hanc rationem facere duntaxat vt non possit dici in proposita specie, inchoari vsucapionem ipso iure cũ iacet hereditas, quod & Papinianus, quoque sensit solam merámque iuris rationem secutus in *l. præscriptio* 45. *§. 1. eod. tit. De vsucap.* At non etiam vt iure singulari non idem recipi debuerit, quomodo receptum esse fatetur idem Papinianus in *d. l. iusto §. nondum*: cùm tamen non similiter iure singulari etiã illud recipi potuerit, vt durante domini captiuitate posset procedere vsucapio eius rei, quã seruus vel filiusfamilias ex causa nõ peculiari tenuisset, Nẽpe quia minùs receditur à iuris ratione cũ permittitur vsucapio fauore hereditatis quæ vicẽ personæ in quibusdã gerit, quàm si permittatur fauore captiui, qui captiuitatis tempore neque personam vllam habere, neque habuisse vnquam intelligitur, scilicet si agatur de re non peculiari. Nam in re peculiari meliorem esse captiui quàm hereditatis condicionem diximus præcedente illatione ex eodem Papiniano in *d. l. iusto §. vlt.* iunct. *l. seq. §. 1.* Et dissimilitudinis ratio illa adferri potest, quod vsucapio rei peculiaris minùs exigere videtur personam aliquam domini, cuius nec exigit scientiam, nisi probabilius quis putet, quod facilè admitterem, Marcellum in hoc ipso quod fauorabiliorem esse vult causam hereditatis quàm captiui, non solùm à Iuliano, sed etiam à Papiniano apud quem Iuliani autoritas plurimùm semper valuit, dissensisse illud sanè certum est in postremis illis Marcelli verbis *ideóque in successoribus locum non habere vsucapionem* abundare negationem, quæ & ob eam causam notis interclusa est vt solẽt esse cæteræ irreptitiæ dictiones, quod etiam Cuiacius bene docuit, quia Marcelli sententia proculdubio illa est, vt in successoribus illius

qui

l. ait prætor 23. §. isi plane D. quib. ex caus. maior.

l. præscriptio 45. §. 1. D. de vsucap. d. l. iusto §. nondum eo.

Marcellus emendatus.

qui apud hostes decessit locum habeat vsucapio eius rei, quam captiui seruus pendente postliminij iure comparauerit. In quo tamen constituenda differentia est inter seruum & filiumfamilias comparantem. Nam in seruo procedit sententia Marcelli, in filiofamilias verò quod Papinianus contrarium scribere videtur in *d. §. vlt. l. iusto*, Si filius qui patrem captiuum habebat interim aliquid emerit in ciuitate, & ibi pater postea decesserit, filium posse dici & possedisse & vsucepisse non aliis successoribus patris si fortè fuerat ille in paterno testamento ante captiuitatem facto exheredatus aut ex parte tantùm institutus, sed sibi ipsi quia captiuitatis tempora ex quo die pater captus esset morti iungerentur, atque ita post mortem patris facta per filium emptio videretur, & consequenter eo tempore quo filius iam paterfamilias ac proinde acquisitionis capax intelligeretur. Quamquam ratio hæc ostendere videtur non obscurè, nec in eo casu quem Marcellus tractat, facilè admissurum fuisse Papinianum vt de functi captiui successoribus procederet vsucapio. Alioqui non filio sed patris successoribus omnibus secundum Marcelli sententiam ea vsucapio prodesse deberet, Nisi quis pro Marcello respondeat quod sanè verius est, apud Papinianum nihil tractari posse de hereditate, superstite scilicet suo herede qui statim & ipso iure sit heres *l. in suis* 11. D. *de liber. & posthu.* Tunc enim quæstioni locus fit de hereditate ac de seruo hereditario, cùm vel filius nullus est, vel tantùm posthumus speratur vt alibi suprà diximus ex *l. penult.* D. *de captiu. & postlim.* Postremo apud Marcellum ne quid prætermittamus notatu dignum illud est, quod in illis verbis *nam hereditatem* dixit *nam* pro *sed*. quod & aliis quibusdam iuris nostri locis similiter vsurpatum esse nonnulli ex recentioribus interpretibus obseruarunt.

Differentia inter filium familias & seruum. d. l. iusto §. vlt.

ILLATIO XXIX.

POstremo ad hoc Principium referenda sunt quæcumque de postliminij potestate in libris nostris scripta legimus, vt in specie *Latum Labeo* 22. *§. vlt. cum l. seq. D. famil. ercis.*

PRINCIPIVM IX.

De fictione legis Corneliæ De captiuis.

FIctio legis Corneliæ de captiuis inngit morti tempora captiuitatis vt ciuis romanus ab hostibus in bello captus, & apud eos defunctus, quamuis reuersus seruus hostium decesserit, perinde tamen habeatur acsi in ciuitate, aut saltem ante seruitutem decessisset, nec minùs habere possit & hereditatem & heredem. *l. iusto 44. §. vlt. D. de vsucap. l. in omnibus* 18. D. *de captiu. & postlimin.* vbi Vlpianus generaliter scribit, In omnibus iuris partibus cum qui ab hostibus reuersus non est, quasi tunc decessisse videri cùm captus est. Etsi autem valde generalis hæc sententia est, nihil tamen aliud facere lex Cornelia voluit nisi vt captiuorum hereditates induceret ac confirmaret ad hoc vt heredem habere possent, quoniam lex duodecim tabularum quæ prima & in tempus vsque legis Corneliæ sola hereditates induxerat & confirmauerat, non de aliis heredi-

L. iusto 44. §. vlt. D. de vsucap. l. in omnibus 18. D. de capt. & postlim.

Digitized by Google

L. verbis legis 120. l lege obuenire 130. De verb. signific. l. 1. D ad leg. Falcid. l. 3. in fin. De verb signif. l. Lex Cornelia 28. D. de vulg. & pup subst.

tatibus locuta fuerat quàm quæ essent ciuium romanorum *l. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. De verb. signific.* sicut & lex Falcidia cuius verba referuntur in *l. 1. D. ad leg. Falcid.* Atqui constat ciues romanos qui ab hostibus capiuntur non solùm amittere ciuitatem sed etiam libertatem cùm re vera fiant serui hostium. *l. 3. in fin. D. de verb. signific.* Noua igitur lege opus fuit vt captiuorum hereditates confirmarentur, siue legitimæ siue testamentariæ *l. lex Cornelia 28. D. de vulgar. & pupill. substit.* in cuius fine ob hanc causam lex Cornelia opponitur legi duodecim tabularum, quoniam in illa specie si lex Cornelia locum haberet, alii deferret hereditatem quàm cui lex 12. tab. fuisset delatura.

ILLATIO I.

De *confirmandis captiuorum testamentis in ciuitate factis.*

L. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer poss.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Iulianus scribit in *l. lege Cornelia* 12. D. *qui testam. facer. poss.* lege Cornelia testamenta eorum qui in hostium potestate decesserint perinde confirmari acsi hi qui ea fecissent in hostium potestatem non peruenissent. Nec enim potuerunt testamentariæ hereditates cõfirmari, quin testamenta ipsa in necessarium antecedens confirmarentur. Cúmque nihil maius aut honorificentius à lege datùm sit ciui romano dariue potuerit quàm ius faciendi testamenti, quod ipsum nihil aliud est quàm ius cõdendæ legis, vt suo loco docuimus, consentaneum certè fuit legem Corneliam in eum præcipuè finem latam ne captiuitatis metu ciues romani à bellicis periculis vltro subeundis deterrerentur, id maximè constituere quod testamenta confirmare posset, quæ captiuitas omnino irrita fecisset. Quinimo multò maior potestas effectúsque est confirmationis testamenti, quàm hereditatis. Cùm enim de hereditatis tantùm non etiam de testamenti confirmatione agitur, sola captiui hereditas confirmatur. At cùm captiui testamentum aliquod est quod lex Cornelia confirmat, non tantùm ipsius captiui hereditas per legem Corneliam confirmatur, sed & omnes hereditates, quotquot ex eo testamento ad alium quàm ad ipsius captiui heredem fuerant peruenturæ si ab hostibus captus ille non fuisset, vt Iulianus scribit in *d. l. lege Cornelia* & apertius in *d. l. lex Cornelia* 28. De *vulg. & pupill. substit.* vbi ex hoc infert ille, Si pater qui sibi & filio testamentum in ciuitate fecerat, postea captus ab hostibus in eorum potestate decesserit filio impubere relicto in ciuitate, & is intra tempus pubertatis decesserit, hereditatem ad substitutum pupillarem pertinere, perinde acsi pater in hostium potestatem nunquam peruenisset. Id enim consequens est ei quod prudentibus placet, patris & filij vnicum esse testamentũ quamuis duæ sint hereditates *l. paterfamilias* 28. D. *de reb. autor. iudic. possid. l. 2. §. prius autem De vulg. & pup subst.* aut si quis velit dicere duo esse testamenta quodammodo vt loquitur Iustin. in *§. igitur infr.* De *pupill. substit.* post Vlpianum in *l. 1. §. 1. D. si cui plus quàm per leg. Falcid.* fatendum saltem est duo illa pro vno haberi nec tantùm ciuili iure sed etiam prætorio *l. patris 20. in princ. D. eod.* cùm secundæ tabulæ principalium partem obtinere videantur *d. penult. iunct. l. 2. §. ad causam D. testam. quemadm. aper.*

d. l. lex Cornelia 28. D. de vulg. & pupill. subst.

L. paterfamilias 28. D. de reb. autor. iud. possid. l. 2. §. prius autem De vulg. & pupill. substit. L. 2. §. ad causam l. penult. D. testam. quemadm. aper.

ILL.

ILLATIO II.

De ſeruo inſtituto per dominum defunctum apud hoſtes.

SEcundò ex eodem Principio ſit quod Iulianus ſubiungit in *d.l. lege Cornelia* Si quis facto in ciuitate teſtamento ſeruum ſuum heredem ſcripſerit ac poſtea in hoſtium poteſtate deceſſerit liberum & heredem fore hunc qui fuit inſtitutus,& quidem,inquit,ſeu velit ſeu nolit , licèt minùs propriè neceſſarius heres dicatur , Siquidem neceſſarius dici non poteſt is, qui non fuit in morientis poteſtate §. 1. *De hered. qualit. & differ.* Non poteſt autem fieri vt quis in poteſtate ſit eius qui ipſe non in ſua, ſed in hoſtium poteſtate eſt *l.ſic euenit* 21. *D.ad leg. Iuliam de adulteriis l. cùm heredes* 23. §. 1. *D. de acquirend.poſſeſſ.* Eadémque ratione fit quod ibidem Iulianus addit filium eius qui in hoſtium poteſtate deceſſerit inuitum hereditati paternæ obligari, quamuis ſuus heres dici non poſſit , qui in morientis poteſtate non fuit. Nam nec ſuus heres quiſquam eſſe poteſt , qui non fuerit in patris poteſtate eo tempore quo pater mortuus eſt. *l. ſcripto* 7. *D. vnd. liber.l.vltim.*D.*de collation.*Itaque valde ſingulares ac notandi videntur duo hi caſus in quibus ſit heres inuitus is qui tamen propriè neque ſuus neque neceſſarius dici poſſit. Nec ſanè aliam rationem habent, quàm quòd ex legis Corneliæ poteſtate confirmato teſtamento in quo filius aut ſeruus fuerat inſtitutus , non magis debeat eſſe in arbitrio filij vel ſerui deſtituere teſtamentum per hereditatis repudiationem , quàm ſi teſtator in ciuitate deceſſiſſet : Alioqui non perinde lex Cornelia teſtamentum captiui confirmaret , atque lex duodecim tabularum confirmat teſtamenta ciuium romanorum,quod tamen vnicum legis Corneliæ propoſitum fuit. Dices, Cur non ergo perinde lex Cornelia facit vt & filius ſit ſuus heres patri,& ſeruus neceſſarius heres domino ſicuti facit vt ſit vterque inuitus? Reſpondeo non potuiſſe legem Corneliam facere vt reuera non ſit ſeruus hoſtium quiſquis ab hoſtibus captus fuit , nec proinde vt ſuum aut neceſſarium heredem relinquere potuerit captiuus qui neminem habuit in poteſtate.Sed debuiſſe legi ſufficere, quod inuitum heredem faceret illum etiam qui tamen neque neceſſarius neque ſuus eſſet.Cùm ad confirmationem teſtamenti illud tantùm requiratur,vt heredem aliquem teſtator habeat;non etiam illud vt is neceſſarius heres ſit aut ſuus. Lex autem Cornelia nihil aliud egit,niſi vt captiuo & hereditatem induceret aliquam ſiue teſtamentariam ſiue legitimam & heredem *l.filiusfamilias* 18. *D. ad leg. Falcid.* Nam in eo iure conſtituendo,quod ab ipſa iuris ciuilis ratione,tantopere abhorreret,curandũ fuit quod aliàs ſemper curare ciuilis legiſlator ſolet, vt nihil noui inducatur, niſi quantum neceſſe eſt ad eum effectum conſequendum , quem ob oculos lex habet intuitu alicuius æquitatis,quod & in omnibus inducendis fictionibus adhiberi temperamentum ſolet,ne vnquam niſi ex neceſſitate inducantur,& conſequenter non niſi quatenus eadem ipſa neceſſitas cogit, in propoſito autem caſu viſa eſt neceſſaria fictio ,propterea quòd citra fictionem non potuiſſet lex Cornelia dare captiuo , & hereditatem & heredem, quin violaſſet nimis apertè aut ius gentium ſi conſtituiſſet vt qui in captiui-

d.l.lege Cornelia 12. *D. qui teſtam. facer.poſſ.*

l. ſcripto 7. *vnd.liber.l. vlt.D.de collat.*

Cur minor ſit poteſtas legis Cornelie quàm legis 12. *tab. in faciendo ſuo herede, & neceſſario.*

l. filiusfamilias 18. *D.ad leg. Falcid.*

tate defunctus esset, nihilominùs liber ciuisque perpetuò mansisse crederetur, cùm iure gentium inductis bellis necessariùm quoque fuerit induci & captiuitates & seruitutes, Aut ius etiam ipsum ciuile, si eius qui reuera seruus decessisset hereditatem aliquam & heredem induci permisisset. *d.l.3. in fin. D. de verb. signific.* Quare sicuti faciendum fuit vt captiuus decessisse ciuis fingeretur, ne ius ciuile violaretur, ita & vt qui in hostium potestate decessisset, prima captiuitatis hora decessisse retrofingeretur, ne quid contra ius gentium à ciuili legislatore constitutum videri posset.

L.3. in fin. D. de verb. signific.

ILLATIO III.

De danda patrono bonorum possessione contra tabulas liberti apud hostes defuncti.

TErtiò ex eodem Principio fit vt si libertus captus ab hostibus ibi decesserit patrono quoque bonorum possessio contra ipsius tabulas danda sit, propter legem Corneliam quæ testamentum sic confirmat atque si in ciuitate testator decessisset. Hanc enim rationem Paulus reddit in *l. si necem* 4. §. 1. D. *de bon. libert. quamuis*, inquit, *liberti appellatio hunc non tangat.* Cur verò non tangit? Quia libertus dici non potest qui liber non est. Hic autem ex quo dic in hostium potestatem peruenit seruus eorum fuit, Adeò vt si in ciuitate non libertus sed seruus fuisset, domino tamen suo per captiuitatem amissus esset *l. si seruus* 16. *D. de interrog. in iur. faciend.* At quænam ratio ista est vt testamentum quod libertus in ciuitate fecerat ideo rumpi possit per bonorum possessionem contra tabulas patrono dandam, quia per legem Corneliam fuerit confirmatum? Nempe quia bonorum possessio contra tabulas licet contra lignum esse dicatur, non aliter tamen dari potest quàm si tabulæ tales sint, ex quibus vel adiri hereditas iure ciuili, vel bonorum possessio secundum tabulas peti iure prætorio potuerit *l. quod vulgo* 19. D. *de bonor. poss. contr. tabul.* Atqui ex tabulis eius qui hostium seruus decessisset, non magis posset peti bonorum possessio iure prætorio, quàm adiri hereditas iure ciuili, nisi lex Cornelia captiui testamentum confirmaret, quia non minùs prætor in danda bonorum possessione quàm ciuilis legislator in deferenda hereditate testamentaria exigit vt testator vtroque tempore & testamenti & mortis habuerit ius faciendi testamenti *l. 1. §. exigit* D. *de bonor. possess. secund. tabul.* non potest autem habere testamenti factionem is qui seruus hostium factus fuit. At illud magis mirum videri potest, cur prætor det bonorum possessionem siue secundum siue contra tabulas captiui, cùm lex Cornelia vt diximus non confirmet testamentum nisi ad hoc vt faciat, & hereditatem & heredem, bonorum verò possessor heres non sit, sicut nec bonorum possessio hereditas: nec enim prætor heredem facere potuit *§. quos autem infr.* De *bonor. poss.* nec rursus lex Cornelia bonorum possessorem. Sed dicendum est confirmato per legem Corneliam testamento licèt ad eum finem vt & hereditatem faciat & heredem, non etiam vt vel bonorum possessionem inducat, vel bonorum possessorem, nihil iam prohibere quominùs ex eo testamento possit prætor dare bonorum possessionem siue secundum tabulas siue contra tabulas, quia scilicet Prætoris officium & institutum est, vt non minùs legis Corneliæ quã testa-

L. si necem 4. §. 1. D. de bon. libert.

l. si seruus 16. D. de interr. in iur. fac.

l. quod vulgo 19. D. de bonor. poss. contr. tab.

l. 1. §. exigit D de bonor. poss. sec. tab.

§. quos autem infr. De bonor. poss.

Digitized by Google

teſtatoris voluntatem ſubſequatur, quomodo eleganter loquitur Papinia.in *l.pater* 10.§.1.*De captiu.& poſtlim.* Optima igitur & elegans conſecutio illa eſt, vt teſtamentum liberti apud hoſtes defuncti poſſit rumpi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas patrono dandam, quia tale teſtamentum per legem Corneliam confirmatur. Non enim poſſet rumpi quod iam per captiuitatem irritum & nullum factum eſſet *l.* 5.*verſ. poſt defectum* D. *de iniuſt.rupt.* An ergo ideo tantùm confirmatur per legem Corneliam vt rumpi poſſit? Immo vt valeat,& defuncti voluntas exitum, ſi fieri poterit, ſortiatur. Nec enim certum eſt ruptum iri ſi fortè patronus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere,vel nolet,vel non poterit aliqua de cauſa. Teſtamẽtum enim quod ſi valeret omnimodo rumperetur,numquam per legem Cornelliam confirmatur,vt ex ſequenti illatione apparebit.

L. pater 10. §.1. *De captiu. & poſtlim.*

l.5 verſ.poſt defectum D. de iniuſt. rupt.

ILLATIO IV.

De teſtamento illius qui vxore prægnante relicta deceſſit apud hoſtes.

QVartò ex eodem Principio fit quod Iulianus ſcribit in *l.bona* 22.§.*vlt.*D. *de captiu.& poſtlim.*Siquis cùm prægnantem vxorem haberet in hoſtium poteſtate.m peruenerit,& nato deinde filio ac mortuo ibi deceſſerit,eius teſtamentum nullum eſſe,id eſt per legem Corneliam non confirmari,cùm tamen ſine legis Corneliæ confirmatione valere non poſſit,non ſolùm tanquã quod viuo adhuc teſtatore irritũ factũ ſit per captiuitatem,*l.6.§.irritum D. de iniuſt. rupt.*ſed etiam quia teſtamenta omnia ſunt nulla ſui natura& inutilia niſi quatenuspce legem confirmãtur, cùm ſola lex tribuat ius & facultatem teſtandi. Atqui teſtamentũ hoc,neq; per legẽ 12.tab.confirmatur,quia factum fuit irritum per captiuitatem,neque per legem Corneliam.Hoc ipſo igitur nullũ illud eſſe neceſſe eſt.Ideo autem per legem Corneliam non confirmatur,quoniam, vt Iulianus ait, etiam illorũ qui in ciuitate manſerunt,teſtamenta hoc caſu rũpuntur, id eſt ſui heredis præteriti agnatione.Senſus eſt,Non alia teſtamenta per legem Corneliã cõfirmari,quàm quę ob eã duntaxat cauſam ex lege duodecim tabularũ in confirmari nequeũt quòd captiuitas feçerit ea irrita, quódque teſtator non habuerit mortis quoque tempore factionem teſtamẽti. Cur enim cætera confirmaret,quæ nec ſi captiuitas nulla interceſſiſſet, confirmari tamen ex lege duodecim tabularum potuiſſent? An fortè debuit admitti vt teſtamentum quod etiam defuncto in ciuitate teſtatore omnimodo inualidum ex qua alia cauſa futurum erat, melioris fieret condicionis ob id ſolùm quod iuncta captiuitatis ratio irritum illud feciſſet? Atqui teſtamentum in quo præteritus fuit poſthumus ſuus qui poſtea natus fuerit omnimodo ruptum eſſet agnatione ſui heredis etiamſi teſtator in ciuitate manſiſſet *l.1.& tot. tit. De iniuſt rupt.*Nulla ergo ratio eſt cur per legem Corneliã confirmetur.Dices, Ruptum igitur teſtamẽtum dici debere nõ nullum.Nec enim agnatio ſui heredis prẽteriti facit nullum & iniuſtum,ſed rumpit.Reſpõdeo non potuiſſe rumpi hoc de quo agimus, cùm ante poſthumi natiuitatẽ captiuitas patris iam irritũ illud feciſſet.Rumpuntur enim illa demum teſtamenta quæ valẽt, & quæ alioquin id eſt ſi non rumperentur confirmanda eſſent per legem duodecim tabularum.In quo numero non continentur ea quæ viuo teſtatore irrita iã facta

L. bona 22. §.*vlt.* D. *de captiu. & poſtlim.*

sunt,immò nec ea quæ moriente testatore in ea causa reperiuntur,vt rumpi aliquando possint puta quandiu posthumus speratur,quamuis ventrem plenũ esse certò nesciatur *l.ventre* 84.*in princip.D.de acquir.hered.* Cæterùm quod testamentum viuo testatore ruptum,vel irritum factum est, ruptúmque, vel irritum ob eam causam dici debuit,mutat nomẽ mortuo testatore,incipítque nullum dici,vt reuera est,quia cùm quærimus an defuncti hominis aliquod testamentum sit non de illo disputamus an aliquod aliquando fecerit,sed de illo tantùm,An cum aliquo testamento decesserit.Nullum enim testamentum esse potest illius qui sine testamento decesserit.Atqui non potest videri cum testamento decessisse is cuius adhuc viuentis testamentum semel ruptum,vel irritum factum fuit si non ex noua voluntate alióve iure conualuerit: Verum igitur est testamentum ipsius nullum esse licèt aliquando fuerit, Præsertim verò quia vt iam attigimus,nec testamentũ vllũ esse potest quantumuis sollenne integrũ & intactũ,nisi quod per legem confirmetur,quandoquidem sine legis auxilio fieri nequit,vt defuncti hominis,qui iam nullus sit voluntas aliqua supersit.Atqui testamentum quod viuo testatore ruptum,vel irritum factum est confirmari per legem non potest,quippe quod eo tempore,vt diximus, iam nullum amplius sit,maximè cùm ex causa captiuitatis irritum factum fuit, & apud hostes testator decessit, quia in confirmandis testamentis illud potissimùm inspicere lex solet, an testator mortis tempore habuerit testamenti factionem. Testamentum igitur post mortem testatoris non iam ruptum aut irritum,vt antea,sed nullum dicendum est,cùm neque per legem duodecim tabularum,neque per Corneliam confirmetur.Etsi videnda sunt in hanc rẽ quæ de posthumo Corneliano quamuis paullò aliter scripsimus ad Iauolenum in *l.qui vxorem* 15. D.*de iniust.rupt.li.*10.*Coniect.cap.*9.*& duob.seqq.* Nec est contrarium quod proxima illatione diximus,fieri nõnumquam,vt idem testamẽtum & ex lege Cornelia confirmetur, & nihilominùs rumpatur, vt in specie *d.l.*4.§.1.*De bon.libert.* Aliud enim est testamentũ rũpi posse,vt in illo casu,Aliud verò iã ruptum esse,vt in eo de quo disputamus.Quod rũpi potest,si nondum ruptum sit per bonorũ possessionem contra tabulas,vtique per legẽ Corneliam cõfirmari potest,quia potest etiã nõ rũpi.Nec minor est potestas legis Corneliæ in cõfirmando captiui testamento,quàm legis duodecim tabularum in confirmandis ciuiũ testamentis.Porrò lex 12.tab.non eo minùs confirmaret testamentum ciuis romani,quòd fieri posset,vt rumperetur petita contra tabulas bonorum possessione,quia eo modo rumpitur non ciuili iure quod solum lex duodecim tabularum agnoscit & inducit,sed iure prætorio, neque rursum solius iuris potestate,sed extrinseco hominis facto cõcurrẽte.Ergo nec eo minùs per legẽ Cornelią cõfirmari poterit captiui testamẽtũ quod in eo statu reperiatur,vt per bonorũ possessionẽ cõtra tabulas rũpi aliquo casu possit, Neq; illa tãtùm ratione quòd certũ nõ sit omnimodo ruptũ iri cùm multa possint interuenire quę faciãt ne rũpatur,vt diximus,sed illa etiã quod prius sit vt testamentum per legem,siue 12. tabularũ,siue Corneliam cõfirmetur quàm vt per bonorũ possessionẽ cõtra tabulas rũpi possit,quãdoquidẽ,neq; ante confirmationẽ,id est viuo adhuc testatore bonorũ possessio cõtra tabulas dari potest, néq; posteaquàm testamẽtũ cõfirmari posse desiit, quod euenit si in ipso mortis instãti per legẽ nõ cõfirmetur(quoties causa nulla subest quę cõfirmationẽ protrahat in lõgius tẽpus,vt in *l.1.§.sciendũ l.2.§.proximum D.de suis & legit.*)

L.vltre 84. in princ. D. de acquir. hered.

Testamentũ nullũ esse potest nisi quod per legem confirmatum

L.4.§.1. D. de bo.libert.

L.1.§.sciendũ l.2.§.proximum. D.de suis & legit.

quia

quia bonorũ poſſeſſio cõtra tabulas licèt dicatur eſſe cõtra lignũ, tamẽ nõ contra lignũ aliud eſt quàm quod ſit tabularũ, vt nomẽ ipſum demõſtrat, Tabularum verò nomen nõ merentur eæ tabulæ ex quibus nullo caſu adiri hereditas iure ciuili, aut bonorũ poſſeſſio ſecundũ eas iure prætorio peti poſſit *d. l. quod vulgo* 19. *D. de bon. poſ. contr. tab.* cuiuſmodi porrò cõſtat eſſe tabulas teſtamenti quod nulla lege fuerit confirmatũ. Abſurdũ igitur eſſet, implicarétq; contradictionẽ ſi quis diceret poteſtatẽ legis Corneliæ in cõfirmãdo captiui teſtamẽto impediri ex eo debere, quo aliquo caſu teſtamẽtũ rũpi poſſit per cõtra tabulas, cùm nullo prorſus caſu id euenire poſſit, quin fuerint tabulæ priùs cõfirmatæ. Longéq; diuerſũ eſt, quod ſuprà diximus, teſtamẽtũ quod ſui heredis præteriti agnatione rũpi poteſt, quãdiu in cauſa eſt cõfirmari interim per legẽ nõ poſſe. *d. l. vẽtre* 84. *De ac. her.* Hoc. n. caſu rũpitur teſtamentũ ſola iuris poteſtate, non interueniente aliquo volũtario hominis facto, niſi quod poſthumũ naſci neceſſe eſt, qui porrò cùm naſcitur, & neceſſariò naſcitur, & naſcẽdo neceſſariò rũpit, & rũpendo neceſſariò ſuccedit. Secũ autẽ ius pugnaret, ſi idẽ teſtamentũ & confirmaret, & euerteret, ſiue cõfirmatio præcederet, ſiue ſequeretur, Quod nõ ſimiliter cõtingit cùm teſtamẽtũ ex poſtfacto rũpitur, ob interueniẽs aliquod hominis factũ volũtariũ, quãuis tale illud ſit cui legis quoque aut alterius iuris auxilium patrocinetur. Alioqui dicendum eſſet numquam per legem cõfirmatũ iri teſtamentum quod à filio immeritò exheredato per inofficioſi querelam reſcindi poſſet, cùm querela reſcindat & rumpat teſtamentum: Neque rurſus querelæ vnquam locum fore cùm querela non detur contra lignum, vt ea bonorum poſſeſſio, quæ ideò contra tabulas appellatur, ſed contra heredem, & adita demum hereditate *l. Papinianus* 8. *§. ſi condicioni D. de inoff. teſtam. l. ſi quis filium* 34. *in fin. C. eod.* adiri autem hereditas non poſſit ex eo teſtamento, quod nondum lege aliqua fuerit confirmatum *l. ſi alienum* 49. *§.* 1. *D. de hered. inſtit.* At difficilius illud videtur, An in ea ſpecie quam Iulianus tractat in *dicta lege bona §. vltim.* permittendum ſit heredi, vt ex eo teſtamento poſſit petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas rémque obtinere. Id enim euenire defuncto in ciuitate teſtatore, tametſi ruptum fuiſſet teſtamentem agnatione poſthumi, qui modò patre viuo & natus & mortuus fuiſſet, Nempe poſt reſcriptum D. Hadriani de quo in *l. poſthumus* 12. D. *de iniuſt. rupt.* Sed non puto ad hunc caſum extendi poſſe Hadriani conſtitutionem. Eſt enim multò fauorabilius teſtamentum, quod ruptum fuit duntaxat agnatione poſthumi, ſubinde viuo adhuc patre defuncti, quàm quod per captiuitatem factum eſt irritum ſi in eodem ſtatu teſtator deceſſerit. Siquidem fauor poſthumi propter quem ita ius conſtitutum eſt, vt teſtamentum in quo fuerit ille præteritus, agnatione ipſius rumpatur, nullus amplius eſt poſthumo priùs defuncto quàm de patris hereditate ac teſtamenti confirmatione tractari poſſet, Ideóque ſola ſcrupuloſitas nimiáque ſubtilitas teſtamentum huiuſmodi euertere videtur, vt loquitur Vlpia. in *dicta lege poſthumus*, id eſt non fauor poſthumi, non æquitas aliqua, cui ſcilicet fauor ſolus poſthumi colorem dare potuiſſet, Non denique voluntas teſtatoris quẽ è contrario credibile eſt cùm poſt mortem poſthumi aliud teſtamentum non fecerit, illud ipſum teſtamentum quaſi ex noua voluntate valere, & à ſe confirmatum intelligi voluiſſe. At in ea ſpecie quam Iulianus tractat, teſtamentum quod per captiuitatẽ irritũ factũ eſt, non poteſt in eadem cauſa non manere quandiu captiuitas durat, quam ſemper duraſſe ponimus mortuo teſtatore

d. l. quod vulgo 19. *D. de bon. poſſ. contr. tab.*

d. l. ventre 84 *D. de ac. hered.*

Querela nõ contra lignũ datur vt bonorũ poſſeſſio contra tabulas ſed cõtra heredẽ.

d. l. bona 22. *§. vlt. D. de captiu. & poſtlim.*

l. poſthumus 12. *D. de iniuſt. rupt.*

Differentia inter caſum d. l. poſthumus, & caſum d. l. bona §. vlt.

apud hostes : accedénsque causa natiuitatis posthumi quæ testamentum ruptura omnimodo esset si nondum irritum factum esset , quamuis rumpere illud non possit quod iam irritum est , non minoris tamen potestatis esse debet ad subuertendas vires testamenti quàm si rumperet , cùm sua testamenti infirmitate fiat ne rumpi possit. Ita fit vt cùm duplex causa sit euertendi huius testamenti , & tanquam irritandi , & tanquam rumpendi , quamuis ex vna causa iam euersum ex alia rursus euerti nequeat , eodem tamen iure censendum sit , quo si ex vtraque causa euerteretur , Hactenus saltem , vt minùs fauorabile credatur , quàm si eius subuertendi alterutra tantùm causa subesset. Neque rursum vt ex æquitate saltem conualescere debeat facere potest tacita voluntas testatoris qui cùm reuera seruus decesserit , neque velle habuit , neque nolle , tantum abest vt ius habuerit faciendi testamenti. Nulla igitur ratio est propter quam rescriptum Hadriani locutum de eo testamento quod non nisi posthumi agnatione ruptum sit debeat extendi ad testamentum quod & per captiuitatem irritum factum sit , & per natiuitatem posthumi rumpendum fuisset , si captiuitas præcedens iam irritum illud non fecisset. At nec illud Hadrianus fecit, vt bonorum possessionem secundum tabulas dare prætor debeat ex eo testamento quod agnatione posthumi prætériti viuo patre defuncti ruptum fuit , sed cùm ius prætorium ita sit comparatum, vt sufficiat tabulas septem testiũ signis signatas esse ac testatorem vtroq; tempore testamenti nimirũ & mortis factionem testamenti habuisse ad hoc vt prætor det bonorum possessionem secudũ tabulas, quamuis futurã sine re si legitimus heres ius suum exequi velit , & hereditatem ab intestato vindicare contra eum qui testamento siue iniusto, siue rupto, aut irrito facto fuerit institutus, hoc tantùm addidit & cõstituit Hadrianus, vt ea bonorum possessio secundum tabulas quam prætor pro sua iurisdictione dare debuisset omnimodo sit cum re & cum effectu, quomodo explicauimus pluribus *lib. 9. Coniect. cap.* 15. Ergo cùm ad illum duntaxat casum Hadriani rescriptum accommodari possit, quo bonorum possessionem secundum tabulas etiam citra rescriptum daturus fuerit prætor, intelligimus non similiter accommodari posse ad hunc de quo quærimus , in quo certum est prætorem nunquam heredi scripto daturum bonorum possessionem secundum tabulas, Ex eo videlicet testamento quod proponatur factum ab illo qui mortis tempore factionem testamẽti non habuerit, id est qui decesserit apud hostes , nec legis Corneliæ potestate adiuuetur. Alioqui duo essent inducenda, Primùm illud vt rescriptum Imperatoris ad casum valde dissimilem produceretur, Alterum vt prętereà bonorum possessionem secundum tabulas contra formam edicti dare ex serui testamento prætor iuberetur , quorum neutrũ tamen etiamsi maximè vrgeret æquitas, quæ, vt diximus, hîc nulla est , citra expressam Imperatoris constitutionem induci potest *l. 4. C. de legib.* iunct. *l. prospexit 9. D. qui & à quib. manum.* Prius itaque esset , vt hoc testamentum captiui qui posthumum prætériisset lege Cornelia confirmaretur , quàm vt ex eo bonorum possessionem secundum tabulas prætor dare posset , sicut & prius illud vt ea bonorum possessio secundum tabulas à prætore daretur ex edicto , quàm vt ex Hadriani rescripto cum re esse posset. At quemadmodum testamentum quod quis in ciuitate fecisset in quo prętériisset posthumũ deinde natum & ante captiuitatem patris defunctum, non ob id quod postea captus ab hostibus pater fuisset & apud eos

Constitutio Hadriani de qua in d. l. posthumus quid fecerit.

L. 4. C. de legib. l. prospexit D. qui & à quib. manum.

decef-

deceſſiſſet, per legem Corneliam confirmari poſſet, quia neque per legem 12. tab. confirmatum fuiſſet ſi in ipſo captiuitatis momento teſtator deceſſiſſet. Ita & fatendum eſt legem Corneliam non eo magis ad hoc teſtamentum pertinere poſſe, quòd teſtator priùs captus fuerit quàm poſthumus, vel naſceretur, vel moreretur, quoniam ſemper verum eſt eo demum caſu legis Corneliæ poteſtatem induci poſſe ad confirmandum captiui teſtamentum, quo poteſtas legis 12. tab. induceretur ſi nulla captiuitas interueniſſet. Atqui ſiue viuo, ſiue mortuo patre natus fuiſſet poſthumus præteritus, itémque mortuus, ſemel ruptum teſtamentum, per legem 12. tab. confirmari numquam potuiſſet. Immo nec per Hadriani reſcriptum confirmatur, quia nemo bene dixerit reſcripto illo factum eſſe, vt ex tali teſtamẽto adiri hodie hereditas poſſit, cùm nihil de adeunda hereditate, at nec de bonorum poſſeſſione danda Hadrianus conſtituerit, ſed fecerit tantùm, vt bonorum poſſeſſio cum re eſſe deberet, quæ à prætore concederetur. Quanam ergo ratione poſſimus deſiderare, vt teſtamentum hoc per legem Corneliam confirmetur? Hoc verò admiſſo, vt non confirmetur, quonam colore poſſet prætor ex teſtamento captiui bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dare non dicàm quæ cum re eſſe deberet, ſed & quæ eſſet ſine re? De quo etiam ſcripſimus *lib. 10. Coniect. cap. 11.* Eſſet autem ſpeciei de qua Diuus Hadrianus reſcripſit ſimilior illa, in qua ciuis romanus poſt factum à ſe teſtamentum captus ab hoſtibus poſtliminio reuerſus proponeretur. Tunc enim ſimiliter eueniret, vt cauſa quæ teſtamentum viuo teſtatore irritum feciſſet eodem viuo tolleretur, propter quod facilius eſſet, vt teſtamentum ſaltem ex æquitate conualeſcere defenderemus. Et ſanè ita eſt, Cõualeſcit hoc caſu teſtamentum, at nõ ex æquitate, ſed mero iure propter mirã illam de qua iam in præcedentibus tam multa diximus, poſtliminij poteſtatẽ, quæ cùm captiuitatis memoriam penitus deleat, neceſſe eſt vt faciat etiam ne teſtamentum hoc vnquam per captiuitatem irritum factum eſſe videatur *l. ſi quis filio 6. §. penult. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſta.* Vbi tamen quod ex hoc infertur iis verbis *ergo & ſi quis damnatus capite in integrum indulgentia Principis ſit reſtitutus, teſtamentum eius conualeſcet*, mihi valde ſuſpectum eſt, neque puto ex ratione iuris defendi poſſe. Nam cùm per huiuſmodi damnationem teſtamentum corruat fiátque irritum, non ex quo die is qui damnatus eſt conſumptus fuit, ſed ex die ipſo ſententiæ quæ damnatum hunc pœnæ ſeruum fecit, vt ſcriptum eſt in eadem *l. 6. §. ſed & ſi quis* 6. quomodo fieri obſecro poteſt, vt cõualeſcat per ſolam in integrum reſtitutionem? Fateor reſtitutionem hanc, præſertim ſi pleniſſima ſit, & facta iis verbis adiectis *in integrum* vt in *l. 1. C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* omnia reſtituere quæ condemnatio ademerat, & cõſequenter teſtamenti factionem quam habet ex lege quilibet hoc ipſo quod & ciuis & paterfamilias eſt: Cùm etiam reſtituat bona quæ tamen nihil vetaret amiſſa manere etiam poſt recuperatam ciuitatem, ſi fortè reſtitutio minùs plena eſſet, nec bonorũ mentio ſpecialiter facta eſſet *l. 2. 4. & 5. eod. ti. C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* Sed nego eſſe bonam conſecutionem ſi quis ex hoc inferat, teſtamentum igitur quod ante damnationem factum fuerat ipſa reſtitutionis poteſtate confirmari. In eo namque diſpar poſtliminij & reſtitutionis poteſtas euidenter eſt, quod poſtliminium, vt diximus delet memoriam captiuitatis, indulgentia verò Principis reſtitutionem concedentis, non item. Immò è cõtrario quos liberat notat, nec infamiam criminis tollit, ſed pœnæ gratiam facit.

L. ſi quis filio 6. §. pen. de iniuſt. rupt.

§. ſed & ſi quis eiuſd. leg. l. 1. C. de ſent. paſſ. & reſti.

L. 2. 4. & 5. eod. tit.

L. vlt. C de gener. aboli. vt eleganter ſcriptum eſt in *l. vlt. C. de gener. abolit.* Neque verò fieri vllomodo poteſt, vt teſtamentum quod ſemel irritum factum fuit, vnquam conualeſcat, niſi legis alicuius & iuris poteſtate idipſum inducatur, & longè aliud eſt in integrum reſtitui ex Principis indulgentia eum, qui fuerat condemnatus, & reſtituí teſtamentum ipſius: Quid enim neceſſe eſt, tam apertam hac in re vim fieri legibus, cùm is qui reſtitutus eſt aliud exinde teſtamentum facere poſſit, ſi velit? Minùs ſiquidem ſubueniri ſolet ei qui teſtamentum mutare potuit ſi voluiſſet, quoties de teſtamenti quod aliquo caſu defecerit ſuſtinendi æquitate diſputatur, vt in ſpeciē *l. tractabatur* 14. D. *de teſtam. milit.* etſi de ſententia illius loci videnda ſunt, quæ ſcripſimus *lib.* 18. *Coniect. cap.* 13. Sed etſi placeat militem capite damnatum nihilominùs retinere ius faciendi teſtamenti iure militari poſt reſcriptum Diui Hadriani de quo Vlp. in *d. §. ſed & ſi quis*, dubitandum tamen non eſt, quin à milite quoque factum ante ſententiam teſtamentum irritū fiat per pœnā & reficiēdū ſit, præſertim ſi factū fuerat iure cōmuni, quāuis militi hactenus indulgeatur, vt ſufficiat quod velit valere ad hoc, vt ex integro iure militari teſtatus fuiſſe videatur, vt ibidē Vlpianus ait. Quanto igitur magis reficiēdū eſt teſtamētū pagani quod ille ante pœnā capitalē fecerit, quāuis aduerſus pœnā poſtea ſit reſti tutus? Itaq; niſi me fallo totus hic verſiculus Triboniani eſt reſpicientis fortaſſe ad Cōſtantini cōſtitutionē in *l. vlt. C. de ſent. paſſ. & reſtit.* in qua generaliter conſtituitur, vt ſicuti deportatio ac multò magis pœna capitis rerum omnium ſpoliatio eſt, ita indulgentiæ reſtitutio, aut potiùs, vt ſcribendum erat, indulgentia reſtitutionis, amiſſorum omnium ſit recuperatio. Quāquā nec video quid ex eo inferri poſſit pro teſtamēto quod interi derat, reſtituendo. Aliud enim eſt reſtitui perſonam, eámque recuperare omnia quæ amiſerat, Aliud verò reſtitui teſtamentum, & recuperare vires quas amiſerat. Prius verum eſt, at poſterius falſum: nec vlla in tota ea conſtitutione mentio ſit teſtamenti quod per eiuſmodi reſtitutionem conualeſcat: Sed neq; condemnationis illius per quam fiat quis ſeruus pœnæ, ſed tātùm deportationis, quæ tamen licèt teſtamentum perinde deſtruat hoc ipſo quod adimit ciuitatem, minùs nocere ſolet in pleriſque quàm ea pœna per quā ſeruitus irrogatur, vt ſæpius à nobis dictum eſt in præcedentibus ex *l. intercidit* 59. D. *de cond. & demonſt.* At ſanè multò difficius eſt, vt per in integrum reſtitutionem conualeſcat teſtamentum illius qui propter pœnam ſemel habitus fuerit pro mortuo, quàm deportati qui ciuis quidem eſſe deſinit, ſed non ideo tamen abſolutè pro mortuo habetur. Etſi nec deportati magis quàm eius qui per condemnationem ſeruus pœnæ effectus eſt, teſtamentum conualeſcere poſſe puto, quantumcumque plena in integrum reſtitutio proponatur. Triboniani verò manum in toto illo §. prodere mihi videntur prima illa verba *quatenus tamen diximus*. Quatenus enim pro quia, vel pro *quod* neque latinè dicitur, neque à Iureconſultis noſtris qui tam elegantes & terſi fuerunt dictum vnquam eſſe poſſum mihi perſuadere.

Triboniani ſimus in d. §. pen. l. 6. de inoff. teſt. L. vlt. C. de ſent. paſſ. & reſtit.

L. intercidit 59. D de cond. & demonſtr.

ILLATIO V.

De codicillis ab inteſtato factis per filiumfamilias de caſtrenſi peculio.

L. filiusfamilias 18. D. ad leg. falcid.

QVintò ex eodem Principio pendet explicatio *legis filiusfamilias* 18. *D. ad leg. falcid.* vbi Paulus tractat elegantem ſpeciem pertinentem ad hunc de lege

lege Cornelia tractatum. Filiusfamilias, inquit, qui militauerat decedens patris sui fidei commisit in codicillis, vt peculium suum castrense Titio post mortem restitueret. Quærebatur, an vt heres quartam deducere possit, Ratio dubitandi non illa erat, quòd quartæ deducendæ ius ab initio datum sit solis heredibus institutis, in proposito autem casu pater non fuerat institutus, cùm nullum esset factum testamentum, sed codicilli duntaxat, in quibus hereditatem directò neque dari, neque adimi posse constat (legis enim falcidiæ potestas sicuti per senatusconsultũ Pegasianum tracta est à legatis de quibus tantùm fuerat locuta, ad fideicommissa vniuersalia, quæ in testamẽto relicta essent §. *sed quia scripti heredes Inst. de fideic. her.* ita & per rescriptũ Diui Pij ab hereditatibus testamentariis ad legitimas, & quidem propter fideicommissa tantùm, siue vniuersalia, siue singularia, nõ etiam propter legata, quæ scilicet ab intestato relinqui nulla possunt) Sed in proposita specie dubitationem illud faciebat, quòd nec hereditas vlla esset, id est neque testamentaria, quia testamentum nullum factum erat, neque legitima, quia quamuis permissum sit filiofamilias testari de castrensi peculio, & hactenus pro patrefamilias habeatur *l. 2. D. de SC. Maced. l. vlt. in princip. D. ad SC. Tertyll.* Si tamen testamentum nullum fecerit, peculium castrense remanet penes patrem non tanquam hereditas, sed tanquam peculium *l. 2. D. de castr. pec.* vbi quod magis est, facto etiam testamẽto peculiũ castrẽse pro hereditate haberi Vlp. ait, ita innuẽs minùs propriè dici cã hereditatẽ tùm quoque cùm factum est testamẽtum, in quo nimirum institutus sit pater. Instituto namque extraneo fieri nequit vt nõ sit propriè hereditas, cùm nec impropriè peculiũ dici possit. At instituto patre facilius fieri potest, vt peculiũ sit & maneat quale anteà fuit, nec fiat propriè hereditas, quãuis pro hereditate habeatur. Vnde & ab hereditate separatur, licet tãquam eodem tamẽ iure cẽsendum vt in *l. item veniunt* 20. §. *non solùm* 10. *D. de petit. hered.* quia nihil noui acquirit pater ex testamento cùm æquè ab intestato peculium filij castrense fuerit habiturus. Et quamuis idem Vlp. in *l. proponebatur* 9. *vers. dicebã de castrens. pecul.* scribat castrense peculium filiifamilias qui testatus decesserit quasi hereditatem deferri heredi scripto, siue extraneum ille scripserit heredẽ, siue patrem, quasi nihil omnino referat, an pater an extraneus sit institutus, Videtur tamen alia Pauli sententia fuisse, eáque non obscurè expressa in *d. l. filius familias*, iis verbis *quamuis placeret mihi extraneo herede instituto fieri hereditatem additione eius*, quò etiam pertinet quod Papin. respondit in *l. si seruus communis* 18. *in princip. D. de stipul. seruor.* Cur enim de extraneo herede Paulus loqueretur, si in patre instituto idẽ admittẽdum putaret? Sed & cùm placeat Paulo hereditatem hoc casu non fieri nisi aditione, hoc est non priùs hereditatem esse incipere quàm adeatur, consequens est, vt patre instituto non possit fieri hereditas, quia nec pater eam adire potest, quandoquidem iure potestatis castrense peculium iam penes se habet, Ac siue nolit illud retinere, non potest videri hereditatẽ adire, qui repudiat peculium, siue iure suo vti velit, non potest adire, aut adeundo acquirere id quod iam suum sit, hoc ipso quod non vult suũ non esse, Exemplo eius quod de suis heredibus scriptum est in *l. in suis* 11. *D. de liber. & posthum. l. in suis* 14. *De suis & legit. l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caut. test.* Etsi in eo dispar est cõdicio patris & sui heredis, quod pater inuit, vt castrẽse filij peculiũ retineat, nõ magis cogi potest, cùm à filio institutus fuit quàm si filius testamẽtũ nõ fecisset, neq; perinde necessarius filij heres fit extestamẽ

§. *sed quia heredes inst. de fideic. her.*

l. 2. D. de castr. pecul.

l. item veniũt 20. § *non solùm* 10. *D. de pet. here. l. proponebatur* 9. *D. de castr. pecul. & l. filiusfamilias l. si seruus* 18. *de stipul. seruo.*

In quo dispar sit condicio sui heredis & patris cuius filius reliquit castrense peculium.

to filij,atque filius idémque ſuus heres ex teſtamento patris. Hánque Pauli ſententiam illud etiam probat,quod ſubiungit *nam cùm apud patrem remanet, ius priſtinum durat,& peculium eſt*,quæ verba cùm ſint generalia illum quoque caſum comprehendunt,quo peculium remanſerit penes patrem heredẽ à filio inſtitutũ.Quid enim neceſſe eſt cõtra regulas iuris inducere hereditatẽ filiifamilias,cùm ſuo iure pater bona filij caſtrẽſia retinere poteſt?Nã & cùm hereditas ſit fictio,ius autem numquam inducat fictionem niſi ex neceſſitate,nihil cauſæ ſubeſſe videtur cur patre inſtituto à filiofamilias in peculio caſtrenſi,debeat induci hereditas potiùs quàm ſi filius inteſtatus deceſſiſſet. Solóque illo caſu ſubeſt neceſſitas hereditatis inducẽdæ,quo extraneus à filio ſcriptus proponatur, quoniam alioqui non poſſet fieri,vt inuito patre bona filiifamilias caſtrenſia ad extraneũ peruenirẽt.Cæterùm ſi cõtra Pauli ſentẽtiã velit quis hereditatẽ inducere patre quoq; inſtituto,illud etiã paullatim dici incipiet:Mortuo etiã filio inteſtato idẽ admittẽdũ eſſe,cùm quiſquis inteſtatus moriturcùm facere teſtamentũ poſſet,hoc ipſo tacitæ cuiuſdã inſtitutionis iure ſuã hereditatem ei relinquere intelligatur cui per teſtamentum auferre potuiſſet *l. 3. in princip. l. conficiuntur* 8.D.*de iur. codicill. l. ab exheredati* 126.*De legat.*1. Quibus rationibus auſim dicere ſi quid iudicij mei eſt,Pauli opinionem probabiliorem eſſe.Sequitur apud Paulum *nec huic contrarium eſt,quod in teſtamento eius qui apud hoſtes deceßit,exercetur Falcidia.*Quod tamen videbatur eſſe contrarium rationi, qua Paulus dixerat in propoſita quæſtione legi Falcidiæ locum eſſe non poſſe,quòd neque vlla hereditas eſſet.Nam & qui apud hoſtes decedit cùm reuera ſeruus decedat,hereditatem nullam ipſo iure habere poteſt,nõ magis quàm alius ſeruus quilibet,quem conſtat nec quandiu viuit, perſonam vllam capitve habere intelligi : Et tamen non eo minùs verum eſt in eius teſtamento quod ante captiuitatem fecerat,legi Falcidiæ locum eſſe. Verùm bene reſpondet Paulus eſſe iſta longè diſſimilia, quoniam fictio legis Corneliæ & hereditatem facit & heredem. Nulla autem lex eſt,nulla fictio quæ filiifamilias inteſtati quantumuis caſtrenſe peculium habentis hereditatem faciat, nec conſequenter heredem. Atqui certum eſt legem Falcidiam non niſi in hereditatibus & heredibus induci poſſe.Subinde tamen concludit Paulus ſe non dubitare,quin hoc quoque caſu id eſt, defuncto filiofamilias inteſtato qui fideicommiſſum à patre reliquerit,beneficium legis Falcidiæ indulgeri patri oportcat, cùm nec alio iure aut colore bona filij ſui caſtrenſia Titio ex fideicommiſſo reſtituere cogatur,quàm quaſi patrisfamilias, ac proinde tanquam eius qui potuerit habere hereditatem.Senſus eſt,non alia ratione poſſe meliùs defendi,non eſſe in propoſita ſpecie legi Falcidiæ locum,quàm quòd de eo fideicommiſſo agatur,quod filiusfamilias reliquerit. Sola enim perſonæ qualitas, & condicio illa eſt, quæ facit ne vlla ipſius hereditas eſſe poſſit, ſiquidem lex duodecim tabularum cùm hereditatis nomen & ius induxit, de patrefamilias tantùm locuta eſt ad filiifamilias excluſionem.Atqui voluntas iſta filiifamilias militis fideicommiſſum peculij caſtrenſis à patre ſuo relinquentis, non aliam ob cauſam defenditur vt patrem etiam inuitum fideicommiſſi onere obſtringat,quàm quia in peculio caſtrenſi filiusfamilias patrisfamilias iure cenſeatur, non eo tantum caſu quo teſtetur, ſed etiamſi teſtatus non ſit, dummodo aliqua ratione ſiue inter viuos,ſiue in vltima voluntate de eo diſpoſuerit.Priuilegium enim hoc datum eſt iudicio militum vt Pomponius loquitur in *l. vlt.*D.

l. 1. filiusfamilias ad leg. Falcid.

In vlt. D. ad SC. Tertyll.

ad

ad *SC. Tertyll.* non autem eorum duntaxat testamentis: Nec aliud exigitur ad priuilegium militis inducendum, nisi vt de castrensi peculio viuus aliquid aliquomodo decreuerit. Addit Paulus aliam rationē his verbis *& heres scriptus omissa ex testamento additione exemplo edicti legatorum nomine conueniatur*, Quæ tamen ratio subobscurior videtur. Non enim de patre intelligi potest, cùm is etiamsi heres scriptus sit, & testamentariæ successionis causam repudiet, non ideo dici possit omittere additionem, quia nec volens adire posset, si peculium filij ex testamento retinere vellet, vt diximus in præcedentibus. At rursum si de extraneo instituto verba illa intelligas, vix potest dici quonam casu locus fiat quæstioni, an qui omisit additionem ex testamento si ab intestato peculium retineat, cōuenirī possit ex sententia edicti nomine legatorum. Quomodo enim fieri queat vt destituto testamento filiusfamilias militis per repudiationē ab extraneo factam, ille ipse qui fuerat institutus peculium ab intestato retineat quod necesse sit penes patrem iure pristino patriæ potestatis remanere? Nisi fortè ponamus patrem iure suo vti noluisse, cùm necessarius filij successor non sit vt probauimus. Sed tamen facere id non potest, vt eo magis ab intestato succedere heres scriptus possit, aut vt reperiatur quisquam proximus agnatus eius, qui moriens fuerit in patris sui potestate. Ab intestato autem si suus heres nullus sit lex vocat eum tantùm qui sit proximus agnatus. Si non illud præterea ponamus deliberante extraneo herede qui fuerat institutus, patrem decessisse, ita vt eo tempore quo testamentum destituitur, neque patris persona neque aliud quicquam obstet iam, quominùs idem ille qui fuerat institutus succedere ab intestato possit, tanquam proximus agnatus aut cognatus, qui hereditatem adire potuerit iure ciuili, aut bonorum possessionem agnoscere iure prætorio. Nihil enim refert quod attinet ad causam illius edicti, *Si quis omiss. causa testam. hered. ab intest. possid.* Extraneúmq; hìc appellamus, etiam agnatum quemlibet, omnem denique præter patrem, quia solus pater ius potestatis habet, ex quo peculiū æstimatur, & quod impedit ne peculium hereditas fieri dicive possit. Hoc autē casu quāuis filiusfamilias idémq; testator moriens in patris sui fuerit potestate, nihil tamen vetat succedi ei ab intestato, quia nec priùs quæritur, quis sit agnatus aut cognatus proximus quàm factus sit locus successioni intestati, quod non contingit nisi destituto demum testamento *l. si quis l. si quis filio 6. De iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber. l. 1. §. sciendum l. 2. §. proximum D. de suis & legit.* Ergo ad hunc casum restringenda erit hæc ratio Pauli, si de extraneo herede instituto eodémque legitimo herede intelligatur. Quamquā habet etiam hæc interpretatio hoc incommodi, quòd casus hic ad ipsa verba edicti, non ad ipsius duntaxat exemplum pertineat, cùm is quem ponimus heredem institutum, verè testamentarius heres esse potuerit si ex testamento hereditatem adire voluisset, veréque legitimus heres fiat mortuo interim patre cuius solius interposita persona faciebat, ne alioquin legitimum heredē filius habere posset. Immò si verum amamus, tanto magis in dolo est hic heres, tantóque dignior qui edicti pœna teneatur, quòd non tantùm repudiauerit testamentariam successionem vt ab intestato hereditatem possideret, sed etiā dolo malo distulerit repudiationem testamenti in id vsque tēpus quo pater defunctus esset, vt viam sibi ad legitimam successionem aperire posset. Quare multò probabilius arbitror, vt de ipso patre herede instituto, nō de extraneo clausula hæc intelligatur, hoc sensu vt si pater institutus à filiofamilias omiserit adi

l. si quis l. si quis filio 6. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber. l. 1. §. sciendū l. 2. §. proximum D. de suis & legit.

d. l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid.

Digitized by Google

tionem ex testamento, & nihilominùs peculium retinuerit perinde teneatur sententia edicti ad præstationem legatorum & fideicommissorum omnium, quæ filius reliquerit, acsi ex testamento successisset. Non enim teneri potest verbis ipsis edicti, quia edicti verba non de alio loquuntur, quàm qui & hereditatem testamentariam omiserit, & legitimam ab intestato possideat. Porrò hic pater de quo agimus, neque testamentariam hereditatem repudiauit, quia filiifamilias etiam qui de castrensi peculio testatus fuerit, hereditas nulla esse potest nisi quæ per aditionem ex testamento subsecutam constituatur, ne tum quidem cùm extraneus heres institutus fuit, neque legitimam possidet quoniam nullo prorsus casu filiifamilias legitima hereditas vlla esse potest. Et tamen edicti sententia cum teneri æquum est, cùm repudiando filij testamentũ effecerit, vt interciderint legata quæ ille si testamentariæ successionis causam agnouisset, præstare ex testamento debuisset, Nec rursum minùs commodi ex peculij retentione consequatur, quàm si peculium illud hereditatis nomine, ac iure censeri posset. Estque hæc ratio accommodatissima ad id probandum quod Paulus probare vult, non minùs hoc casu permittendum patri, vt ex fideicommisso à se præstando falcidiam ab intestato deducere possit, quàm si verè legitimus filij heres esset, cùm in cæteris omnibus quæ ad ipsius incommodum & damnum pertinent, non sit melioris condicionis quàm si legitima filij hereditas aliqua esset, quæ tamen vtroque casu reuera nulla est, id est siue testamentum aliquod filiusfamilias fecerit ex quo aditionem pater omiserit, siue ab initio intestatus ipse decesserit. Videtur autem Paulus *aditionis* nomine vsus esse, non quòd pater qui castrensem filij successionem ex testamento sibi delatam agnoscit, eam adire propriè dici possit, cùm non nisi per aditionem ab extraneo instituto factam hereditas fiat vt ex eodem Paulo suprà diximus, sed minùs propriè sumpta aditionis significatione pro agnitione, Vt ostenderet differentiam quæ est inter patrem succedentem filio, & filium succedentem patri, Nec quemadmodum patri filius heres necessarius est tam ex testamento quàm ab intestato, ita & patrem filio necessarium successorem esse. *His consequens erit*, inquit Paulus, *vt si ex fructibus medio tempore quartam & quartæ fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatusconsultum inducamus*, id est vt hoc casu hereditatis restitutio fiat sine vlla deductione & retentione. Tunc enim restitui dicitur hereditas ex Trebelliano cùm restituitur sicuti testator voluit, ac proinde nulla quarta deducta, cuius nimirum detrahendæ ius contra testantis voluntatem ex Senatusconsulto Pegasiano inductum fuit §. *sed quia Instit. de fideic. hered.* iunct. *l. Titia* 86. *in fin. D. ad leg. Falcid.* Ideo autem Trebellianum Senatusconsultum hîc inducimus, quia fructus ab eo qui rogatus est percepti medio tempore & ante restitutionem, licèt non sint ex fideicommisso restituendi, quoniam qui hereditatem restituere rogatus fuit, videtur rogatus id reddere, quod fuit hereditatis, fructus autem non hereditati sed rebus hereditariis accepto feruntur vt ratiocinatur Vlp. in *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* in eam tamen quartam quam heres habere debet imputantur si modò ex iudicio defuncti non ex sola fideicommissarij negligentia percepti sint vt ibid. Vlp. subiungit, & in *l. mulier* 22. §. *si heres eod. tit.* Addit Paulus *& vtiles actiones exerceri possint*, Nimirum à fideicommissario cui hereditas fuerit restituta: Nam & actionum translatio est ex Senatusconsulto Trebelliano non ex Pegasiano quod è contrario induxerat vsum stipulationum

Aditionis nomen, pro agnitione.

Quid sit inducere SC. Trebellianum.

l. in fideicommissaria 18. *ad SC. Tre.*

num partis & pro parte, itémque emptæ & venditæ hereditatis, ne in damno moraretur heres qui post restitutam quoque hereditatem ob nullas in fideicõ missariũ translatas actiones remanebat obstrictus oneribus hereditarijs vt Iustinianus refert in *d. tit. De fid. hered.* Fiebat autem ex Trebelliano translatio actionum, nõn directarum, quæ scilicet non magis ab heredis rogati persona discedere possunt, quàm illud induci, vt qui per aditionem semel heres factus fuit desinat heres esse *§. restituta eo. tit. De fid. hered. l. ei qui soluendo* 88. D. *de he red. inst. l. si heres* 70. *in princ. D. ad SC. Treb.* Sed vtilium, hoc sensu vt quæ actiones fideicõmissario & in fideicõmissariũ cõpeterent vtiles essent non directæ, quamuis heres ipse per cuius restitutionem ea translatio actionum fieret vtiles numquam habuisset, sed directas cum quibus vtiles concurrere numquam possunt. Ob idque ad hanc translationem actionum inducendã necessaria fuit potestas & autoritas Senatusconsulti, cùm alioqui nec concurrens heredis & fideicõmissarij voluntas facere vnquã potuisset vt per restitutionẽ hereditatis transirẽt in fideicõmissariũ actiones vel directæ, quibus se exuere heres nequiret, vel vtiles quas heres ipse numquam habuisset. At illud magis nouum mirumque est quod Paulus subiicit *fiátque hereditas post restitutionem*. Nam cùm actionum translatio de qua nunc diximus, non fiat nisi per hereditatis restitutionem *l. 1. l. ita tamen* 27. *§. qui ex Trebelliano & pass. D. ad SC. Trebell.* quomodo fieri potest vt hereditas restituatur quæ non sit hereditas ante restitutionẽ? immò quæ numquam fuerit hereditas? Hic enim proculdubio Pauli sensus est, hereditatem hanc quæ ante restitutionem hereditas numquam fuit, incipere hereditatem esse ex quo die restituta sit. Cùm tamen in cæteris fideicommissarijs hereditatibus, ex diuerso eueniat, vt hereditas ab initio sit ex instanti mortis testatoris, desinat autem esse hereditas non per restitutionem, sed quod magis est per ipsam aditionẽ, cuius scilicet ea vis est vt defuncti hereditatẽ cõuertat in patrimonium heredis *l. 1. D. de separat.* Propter quã causam Vlp. in *d. l. in fideicommissaria* sic loquitur, vt dicat, eum qui hereditatẽ restituere rogatus est, id videri rogatum reddere non quod sit hereditatis, quomodo loquendũ erat si restitutionis tẽpore aliqua hereditàs adhuc esset, sed *quod fuit hereditatis* vt intelligamus non esse amplius hereditatẽ, quæ aliquando fuit, Eóque sensu necessariò intelligendi sunt loci omnes qui de fideicõmissaria hereditate tractãt, quę iam adita sit, siue restituta iã fuerit siue non vt eo hereditatis nomine non rem ipsam quæ nunc est significent, sed eam quæ fuit, id est idem quidem patrimonium quod fuit defuncti, & quod eo mortuo hereditatis nomen habuit ante aditionem, sed tanquam patrimonium, non tanquã hereditatem. In hoc tamen casu quem Paulus tractat, hoc est de successione filiifamilias intestati, qui castrensis peculij fideicommissum à patre suo reliquerit, singulari iure accidit, vt quemadmodum si extraneus heres à filiofamilias scriptus esset, inciperet eius esse hereditas per aditionem, quamuis omni ordine & naturæ & iuris & intellectus prius esse soleat vt hereditas aliqua sit, quæ adiri possit, quàm vt adeatur quæ nondum est. Ita & intestato filio defuncto, hereditas quæ nec adiri nec per aditionem induci potuit, quandiu peculium castrense resedit penes patrem, incipiat fieri hereditas post restitutionem, quasi tunc primùm cessante ratione illa quæ ante restitutionem faciebat, ne hereditas videri posset, nempe quod patriæ potestatis iure non ex aliqua causa extrinseca, & accidentali peculium filiifamilias defuncti ad patrem pertineret,

Differentia Senatusconsulti Trebelliani, & Pegasiani.

§. restituta de fideic. hered. l. ei qui soluendo 88. de here. inst. l. si heres 70. in princ. ad SC. Trebell.

d. l. filiusfamilias 8. ad leg. Falcid.

d. l. in fideicommissaria 8. ad SC. Trebell.

Digitized by Google

Desinit enim pertinere, mutatúrque causa bonorum per restitutionem, quæ facit vt ea bona quæ primùm filij fuerunt, deinde patris, incipiant pertinere ad fideicommissarium. Quonam verò iure nisi hereditatis? Nec enim peculij nomen retinere potest apud extraneum qui numquam habuit defunctum in potestate. Fit ergo hoc casu hereditas post restitutionem: ac proinde tanto minùs debet mirum videri quod Paulus in præcedentibus scribit inducendam hoc eodem casu potestatem & legis Falcidiæ & Senatusconsulti Trebelliani: quia ne induci posse videretur, illud tantùm faciebat quod hereditas hîc nulla esset. Atqui tametsi ab initio nulla sit, incipit tamen esse post restitutionem. Quidni ergo inducemus potestatem legis Falcidiæ & Senatusconsulti Trebelliani, cùm tam illius quàm huius verba pertineant ad hereditates., nec ob id minùs iuris nanciscatur fideicommissarius per hereditatis restitutionem, quod non fuerit illa hereditas ante restitutionem?

ILLATIO VI.

De *Falcidia exercenda in testamento eius qui apud hostes decessit.*

d.l. filiusfamilias.

SExtò ex hoc eodem nostro Principio fit vt in testamento eius qui apud hostes decessit, exerceatur Falcidia, siue ex legitimis siue ex fideicommissis deducenda sit, *d.l. filiusfamilias* 18. D. *ad leg. Falcid.* Non alia ratione, quàm quòd vt ea lex ait fictio legis Corneliæ & hereditatem faciat, & heredem. Ergo cùm nō tantùm testamentarias sed etiam legitimas captiuorum hereditates lex Cornelia confirmauerit *l. pater* 10. *§. 1. vers. planè D. de captiu. & postlim.* consequens est vt ab intestato quoque inducenda sit legis Falcidiæ potestas, si fortè legitimus captiui heres fideicommissis ab intestato relictis oneratus proponatur. Postquàm ex Diui Pij rescripto inductum fuit, vt ad intestatorum quoque successiones hereditarias lex Falcidia protrahatur *d. l. filiusfamilias*, de cuius sententia tam fusè scripsimus illatione superiore.

l. pater 10. *vers. planè* D. *de capt. & postlim.*

ILLATIO VII.

De patre qui substituit filio impuberi deinde captus ab hostibus ibi decessit.

d.l. pater in princip.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Papinianus scribit in *d.l. pater* 10. *in princip.* D. *de captiu. & postlim.* Si pater instituto impuberi filio substituerit, deinde ab hostibus captus apud eos decesserit, defuncto postea impubere potiores esse partes substituti pupillaris quàm legitimi heredis, falsáque illorum sententiam esse, qui negant valere posse tabulas secundas in persona huius impuberis, quasi qui viuo patre fuerit effectus sui iuris. Refragari nánque iuris rationem, quoniam, inquit Papinianus, si pater qui non rediit, iam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, vtique fàteri cogimur, substitutionem pupillarem necessariò vires suas tenere: quod & Iulianus sentit in *d.l. lex Cornelia* 28. *de vulgar. & pupill. subst.*

ILLA-

ILLATIO VIII.

De filio capto & mortuo apud hoſtes cui pater ſubſtituerat.

OCtauò ex eodem Principio fit vt ſi mortuo iam patre capiatur filius inſtitutus vel exheredatus qui poſtea decedat apud hoſtes, non poſſit lex Cornelia ſufficere ad tabulas pupillares confirmandas, quoniam de ſecundis tabulis locuta non fuit, ſed eius duntaxat perſonam demonſtrauit qui teſtamẽti factionem habuiſſet, vt ratiocinatur Papinianus in *d. l. pater* §. 1. ſubiiciens aliam eſſe hac in re rationem ſubſtituti pupillaris, aliam legitimi heredis pupilli, quoniam quæ ratio facit vt ad pupillarem ſubſtitutum lex Cornelia non pertineat, quia ſcilicet non habet pupillus actiuam teſtamenti factionem, eadem tanto magis facit vt ad legitimum pupilli heredem pertinere debeat quãdoquidem is qui teſtamentum facere non poteſt etiamſi velit, fieri nequit, vt non hoc ipſo decedat inteſtatus, tantóque certiùs legitimam habeat hereditatem, ſi modò paterfamilias ſit, qualis eſt pupillus. Monet tamen Papinianus ibidem, non eſſe alienum prætorem ſubſequi nón minùs patris quàm legis voluntatem vt quemadmodum vtiles actiones daret legitimo heredi pupilli quem lex Cornelia faceret heredem, data ſcilicet ei bonorum poſſeſſione *l. vnic. §. 1. D. vt ex leg. ſenat. conſult. bon. poſſ. det.* ita & in propoſita ſpecie det vtiles actiones ſubſtituto pupillari. In quo tamen videtur aliud fuiſſe Iuliani iudicium in *d. l. lex Cornelia* 28. §. 1. *De vulg. & pupill. ſubſtit.* Niſi eam vtriuſque loci interpretationem probes quam nos poſterioribus Coniecturarum noſtrarum libris tradidimus *lib. 10. cap. 5.*

d. l. pater §. 1.

L. vnic. D. vt ex legib. Senat. conſ. bon. poſſ. aet. l. lex Cornelia 28 §. 1. *D. de vulg. & pup. ſub.*

ILLATIO IX.

De filio impubere defuncto in ciuitate ante patrem iam tùm ab hoſtibus captum.

NOnò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus ſcribit in *l. quòd ſi filius* 11. *eod. tit. De capt. & poſthm.* Si filius impubes cui pater ſubſtituto pupillarem dederat deceſſerit ante patrem in ciuitate, ac poſtea quandocumque pater defunctus ſit, nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, id eſt pupillares tabulas nullómodo valere: ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur ſi pater ab hoſtibus reuerſus ſit, ſiue quia non reuerſo patre filius exinde ſui iuris fuiſſe videtur ex quo pater hoſtium potitus, id eſt, ab hoſtibus captus fuit. Sed ſi ambo apud hoſtes, pater tamen prior decedat, ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto pupillari, nec ei neceſſarium erit auxilium prætoris, perinde acſi apud hoſtes patre defuncto filius poſtea in ciuitate deceſſiſſet. Qui tamen locus etiam obſcurus eſt, noſtráque indiget interpretatione, quam nos attulimus *eod. libr. 10. Coniect. cap. 6. & 7.* vbi ſcripſimus quoque de ſententia & emendatione reſponſi Scæuolæ in *l. ſi pater captus* 29. *De vulg. & pupill. ſubſtit.*

l. quòd ſi filius 11. *D. de capt. & poſtlim.*

l. ſi pater captus 29. *De vulg. & pupill. ſubſt.*

ILLATIO X.

De filiofamilias defuncto apud hoſtes.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt fictio legis Corneliæ non pertineat ad filiũfamilias qui captus fit ab hoſtibus viuo in ciuitate patre & apud ho-

Digitized by Google

ſtes deceſſerit *d.l.pater §.1.de capt.& poſtlim.*vt pluribus probaui *eo.lib.*10.*Coniect.cap.*8.Ratione potiſſimùm illa quod lexCornelia non fingit captiuũ in ciuitate deceſſiſſe alia de cauſa,quàm vt inducat & hereditatem & heredem.*d.l. filiusfamilias* 18.D.*ad leg.Falcid.*Atqui nec hereditatem nec heredem dare poteſt ei qui etiamſi in ciuitate deceſſiſſet,neutram tamen habere potuiſſet, quia filiusfamilias deceſſiſſet.Nec enim hereditatem habere poteſt qui nulla bona in ciuitate reliquit nec relinquere potuit,vt Iulianus ratiocinatur in *d.l.lex Cornelia* 28.*verſ.quia per eam non efficitur D.de vulgar.& pupill.ſubſtit.*Cui rationi conſequens eſt vt aliud dicendum ſit ſi filiusfamilias hodie bona aliqua in ciuitate reliquerit,in quibus poſſit heredem habere,Quomodo poteſt hodie ex conſtitutione Iuſtiniani *Nouell.*118.*de hered.ab inteſt.venient §.*1.nimirum ſi & bona aduentitia,& filios naturales ac legitimos ex ſe ſuperſtites reliquerit. Erat quidem filiusfamilias etiam olim capax acquiſitionis patre nolente ſibi acquiri per filium vt alibi probauimus ex *l.is qui heres* 13.*§.vlt.De acquir. hered. l.cogi* 16.*§.ſi pater l.imperator* 50.D.*ad SC.Trebell.*Sed non ob id magis aut hereditatem aut heredem habere poterat,quia eo mortuo etiam ſuperſtitibus liberis,peculium ipſius vndecunque obueniſſet apud patrem remanebat peculij non hereditatis iure,etiam quod caſtrenſe fuiſſet,de quo tamen potuerat filiusfamilias teſtari ſi voluiſſet *l.2.D.de caſtr.pecul.*

l. lex Cornelia 28. D.de vulg.& pup ſubſt. Nouell. 118. De hered, ab inteſt. venient.§.1.

l.1.D.de caſtr.pecul.

ILLATIO XI.

De differentia fictionum legis Cornelie & poſtliminij.

VNdecimò ex eodem Principio fit,vt quamuis lex Cornelia retrofingat omnia in præteritum,in eóque potiſſimùm differat à poſtliminij fictione, quæ ex contrario fingit omnia in futurum,Numquam tamen fingat heredem fuiſſe illum qui eo tempore quo captiuus apud hoſtes moritur,iam in ciuitate defunctus fuerit,Quoniam nihil fingit niſi vt faciat heredem,heres autem fieri non poteſt qui iam eſt mortuus,& qui eo tempore quo fictio locum habere incipit,amplius in rerum natura non reperitur.Vt ſcripſimus *eod.lib.*10.*Coniect.*pluribus locis præſertim *cap.* 10. vnde peti volumus ea quæ alioquin ad hunc locum accommodatiſſimè pertinerent.

Lex Cornelia numquã retrofingit heredem illum qui moritur in ciuitate ante captiuum.

ILLATIO XII.

De cæteris,quæ pendent ex fictione legis Cornelie.

DVodecimò ad hoc idem Principium referenda ſunt, ne ſingula ſiggillatim exequamur,quæcunque in libris noſtris ſcripta ſunt de legis Cornelię fictione ac poteſtate. Pendent enim omnia ex eo quod lege Cornelia de confirmandis captiuorum hereditatibus inductum fuit vt quiſquis apud hoſtes decedit perinde & hereditatem ſiue teſtamentariam ſiue legitimam & conſequenter heredem habere poſſit, acſi numquam ab hoſtibus captus fuiſſet. *l.1.ad finem principij* D.*de ſuis & legit.hered.*Iunctis nimirum temporibus captiuitatis cum inſtanti mortis vt loquitur Papinianus in *l.inſto* 44.*§.vlt.*D.*de vſucap.*

l.1.ad finem principij De ſuis& legit. l.inſto 44.§. vlt.De vſucap.

PRIN.

PRINCIPIVM X.

De *emancipatione.*

EMancipatio *dissoluit ius vinculum patriæ potestatis, §. præterea hoc tit. quib. mod. ius patr. potest. solvit.* Nam cùm patria potestas sit iuris ciuilis vt diximus ad *tit. De patr. potest.* conueniens est vt actu illo qui sit iuris ciuilis, cuiusmodi est emancipatio, dissolui possit ex regula *l. nihil tam naturale* 35. *l. omnia quæ* 100 *l. ferè* 153. *De regul. iur.* Quia tamen tanti erat momenti, vt nihil pretiosius ciui romano datum videretur, quàm vt & suus heres esse, & suum heredem habere posset, Placuit non facilè & quauis declaratione voluntatis fieri emancipationem sed multis sollennitatibus interuenientibus, inter quas illa erat vt filium ter à patre vendi ac mancipari necesse esset, atque ita in seruitutem deduci, sed imaginariam, quia mancipationes illæ non fiebant, nisi contracta fiducia remancipandi vt in patris potestatem filius reuerti posset, post primam mancipationem, Ne alioqui secundò mancipari non posset, ac postremo manumitti, idque Iustinianus refert in hoc loco post *Vlpianum in fragm. tit.* 10. Vbi monet his sollennibus causam dedisse legem 12. tabul, cuius verba hæc fuerunt *si pater filium ter venundarit, filius à patre liber esto.* Quasi indignus esset pater, qui vllum ius potestatis haberet in filium quem ter venditum tam malè tractasset. Fuit autem hoc ius proprium liberorum masculorum & primi gradus, vt non nisi trina mancipatione ac manumissione possent exire de potestate. Cæteri enim liberi præter filium id est tam filiæ primi gradus quàm nepotes neptésque vnica mancipatione liberabantur, suíque iuris fiebant, vt ibidem addit Vlpianus, & in *l. verum* 8. §. 1. *De iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* de cuius loci sententia & ratione plura scripsimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 15. Filias enim quia per eas familia paterna conseruari non potest, sexus ipse facit quodammodo minùs coniunctas patri, aut saltem vinculo illo potestatis & familiæ minùs arctè colligatas. Nepotes verò neptésque etiam natura, cùm sint vno gradu remotiores. Cætera quæ ad huius Principij tractatum pertinent explicabimus ad *tit. De capit. diminut.*

§. præterea hoc tit.

Vlp. in frag. tit. 10.

L. verum 8. *§. 1. de inst. rupt.*

ILLATIO I.

De *noua familia, quæ per emancipationem constituitur.*

EX hoc Principio illud primùm fit, vt filiusfamilias ex quo die est emancipatus desinat esse filius, familiámque nouã nactus sicuti paterfamilias fit ita & pro extraneo habeatur, omniáque iura filij amittat iure ciuili. *l. quinetiam l. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.* Nec enim ius ciuile alium filium agnoscit, quàm qui sit filiusfamilias, sicut nec alium patrem, quàm qui sit paterfamilias, Omnia scilicet æstimans ex familiis, vtpote ex quibus constet ac constituatur respublica ad quam vnam tanquam ad scopum & finem vnicum refertur totum ius ipsum ciuile. Inde est quod emancipatus filius non magis instituendus est iure ciuili aut exheredandus aut ad legitimam patris hereditatem admittendus ab intestato, quàm si filius neque esset, neque vnquam fuisset. Quæ res induxit iuris prætorij æquitatem in danda huic filio bonorum possessione siue

55. in fin. D. de rit. nupt.

y Google

contra tabulas si in paterno testamento præteritus fuerit, siue ex capite, Vnde liberi ab intestato acsi mansisset in potestate cùm iniquum videretur vsque adeò haberi eũ pro extraneo qui tametsi emancipatus, reuera tamen & iure naturali filius maneret; Non valente arte iuris ciuilis tollere & corrũpere ea quæ sunt iuris naturalis, vt pluribus dicemus ad *tit. De bonor. possess.* Eadem ratio induxit etiam æquitatem Edicti *De capit. minut.* vt dicemus ad *ti. De capit. dimin.*

Ad finem De capit. minu.

ILLATIO II.

De agnatione quæ per emancipationem amittitur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem amittantur etiam iura agnationis. Nam qui non est suus heres patri propterea quòd is neque filius esse amplius, neque patrem habere per consequens intelligatur, ille nec agnatos habere potest, cùm agnati illi demùm sint, qui per patrem coniungun tur, & ex eadem sunt familia *l. iurisconsultus* 10. *§. cognati* D. *de gradib. & adfin.* Itaque non minùs fuit necessarium emancipatis auxilium edicti prætorij ex ea parte, Vnde legitimi vocantur, vt agnatis quos in patris familia aliquando habuerant succedere possent, quàm ex parte illa, Vnde liberi vt possent succedere patri. Admittit autem eos prætor & tanquam liberos & tanquam agnatos, non quasi emancipatos, ne ita posito iure minùs apertè vim iuri ciuili facere videretur, sed rescissa emancipatione, id est perinde acsi emancipati nõ essent, sed in patris potestate semper mansissent *§. emancipati 9. infr. De hered. quæ ab intest. defer.*

l. iurisconsultus 10. §. cognati de gradib. & adfin.

§. e ancipati 9. infr. de hered qualit. & differ.

ILLATIO III.

De *potestate emancipationis ad vinculum pietatis dissoluendum.*

TErtiò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem non tantùm patriæ potestatis, sed & pietatis vinculum dissolui dicatur in *l. vlt. D. si à parent. quis manum. sit.* Nimirùm quia cùm pietatem filius non alia ratione patri debeat, quàm quia filius est, per emancipationem verò filius esse desinat, omnino consequens est vt si nihil nisi ius ciuile inspicias, non minùs pietatis quã patriæ potestatis vinculum dissoluatur. At quemadmodum iure naturali filius manet etiam post emancipationem, ita & pietatis illius vinculum superest, quam à natura patri debet, quippe quæ non ex patria potestate sed ex ipsis naturæ legibus quæ immutabiles sunt æstimetur. *l. 4. D. de curat. furios.* vbi ob hãc causam scriptum est æquam pietatem debere filium parentibus licèt inæqualis sit eorum potestas. Nec enim habẽt matres liberos suos in potestate *l. mulierem 5. C. de adopt. §. fœminæ supr. tit prox.* Et sanè hoc sensu nihil commune habet nomen patris cum iure potestatis *l. profectitia 5. §. si pater pro filia 11. D. de iur. dot.* Inde est quod patrem in ius vocare non possit filius emancipatus nisi venia petita *l. 4. §. 1. l. parentes 6. D. de in ius vocand.* Pertinet enim edictum illud ad emancipatos duntaxat, cùm ij qui in potestate sunt, ne patrem in ius vocare possint, non tam imperio prætoris quàm potestatis iure prohibeantur, etiamsi pater non naturalis & legitimus, sed adoptiuus tantùm proponatur, vt ait Vlp. in *l. adoptiuum 8. eod. tit.*

L. vlt. D. si à parent. quis manum. sit.

l. 4. D. de curat. furios.

L. mulierem 5. C. de adopt. §. fœminæ supr. tit prox.

l. profectitia 5. §. si pater pro filia 11. D. de iur. dot.

L. 4. §. 1. l. parentes 6. D. de in ius vocand.

L. adoptiuũ 8. eod. tit.

ILL.

Digitized by Google

ILLATIO IV.

De *manumissoris iuribus quæ pater filium emancipando nanciscitur.*

QVartò ex eodem Principio fit, vt pater, qui iure ciuili desinit esse pater emancipando filium hoc ipso consequatur iura patroni tanquam manumissor in bonis filij emancipati tanquam liberti, vt scribit Iust. in hoc §. & constat ex *l. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum.* Vnde & eo loco manumissum dicit prætor & post eũ Iurisconsultus pro emãcipato. Ideóque scribit Vlp. initio *d. l. 1.* emancipatũ à parente in ea causa esse, vt in cõtra tabulas bonorũ possessione liberti exitũ patiatur. Quod æquissimum, inquit, prætori visum est, quia à patre beneficium habuit bonorum quærẽdorum, quippe si filiusfamilias esset, quodcũque sibi acquireret, eius emolumẽtũ patri aquireret. Quæ verba notari volumus ad probandũ id quod toties diximus, filiũfamilias iam olim fuisse acquisitionis capacem, alioqui non possent de illo vsurpari ea verba *quodcũque sibi acquireret*, non magis quàm de seruo, de quo nihil tale vspiã scriptũ reperitur. Nec eo minùs tamen verũ est eius quod filiusfamilias sibi acquirit emolumentũ vsque adeò confestim patri acquiri per filium, vt ne momẽto quidẽ tẽporis cõsistat acquisitio in filij persona. Illa enim verba *quodcunque sibi acquireret*, quãtò minus ad acquisitionis effectum referri possunt, tãtò magis adquirendi capacitatem in filiofamilias demonstrant. *Et ideo*, inquit Vlpianus, *sium est in hoc vt parẽs exemplo patroni ad cõtra tabulas bonorũ possessionẽ admittatur.* Edicto autẽ prætoris, vt ibidẽ subtilitur, sic enumerãtur personæ manumissorũ. *In eo qui à patre, auóve paterno, proauóve aui paterni patre.* Incipitúrque à patre, non quòd is qui patrem & auum habet in cuius potestate pater ipse sit, à patre suo manumitti possit, aut quasi prior & potior hac parte sit causa patris quàm aui (qui enim aliena in potestate est, is neque alium in potestate sua habere potest *l. sic euenit 21. D. ad leg. Iul. de adult.* neque consequẽtet de potestate sua eum mittere quod fit per emancipationem) sed quia non nisi per mediam patris personam auus nepoti coniungitur *l. dotem 6. D. de collat. bonor.* nec alio iure auus paternus habet nepotem in potestate, quàm quòd patrem ipsum eũdémque filium suum habeat. Itaque si nepos ab auo manumissus dederit se adrogandum patri suo, & pater eundẽ postea manumiserit potest dubitari cùm vterque, id est & auus & pater sit manumissor, vter in hac bonorũ possessione contra tabulas præferatur. Nec enim potest vterq; esse patronus eiusdẽ liberti, aut patroni iure censeri, sicut nec duo possunt in solidum domini esse eiusdem serui. Tractamus autẽ de patre qui & ipse fuerit manumissus, siue ante, siue post nepotem, vt filium suum postea potuerit adrogare, locúsque fieri possit quæstioni. Alioqui, neque adrogator, neque patronus esse, aut videri posset filius qui in patris sui esset potestate. Placet verò Vlpiano in proposita specie solum auum admitti ad huius nepotis successionem ex interpretatione edicti, siue in patris potestate manens hic nepos decesserit, siue ab eo rursum manumissus diẽ suum obierit. Redditque rationẽ, quia perinde defert prætor bonorũ possessionẽ, atque si ex vera non ex imaginaria seruitute manumissus esset is qui emancipatus fuit. Porrò si hoc esset, id est si nepos hic ex vera seruitute manumissus esset, aut non fuisset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, ne patrono iniuria fiat, cuius iura non possunt salua adroga-

L. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum. sit.

d. l. 1. D. si à parent quis manum. sit.

L. si paterfamilias 15. §. vlt. D. de adopt.

tione consistere *l. si paterfamilias* 15. §. *vlt.* D. *de adopt.* aut si obrepsisset, id est si se libertum esse tacuisset, patroni tamen ius integrum nihilominùs mansisset, cui scilicet ignoranti nedum inuito damnũ ex facto alieno inferri non potuisset *l. vlt. D. de stat. homin. liberto* 49. *De bon. libert.* Non ergo habet pater de quo possit conqueri, etiamsi in iure petendæ bonorum possessionis contra tabulas filij sui auus ei præferatur: Nisi proponas adrogatum à patre nepotem ex ipsius aui voluntate, quo casu non dubitarem quin potior esse deberet causa patris, cuius fauore ius suum auus adrogationi consentiendo remisisse intelligeretur. Cur verò scribit Vlpianus auum ad huius nepotis successionem solũ admitti ex interpretatione edicti? Quidni etiam ex verbis, cùm verba, vt diximus de auo loquantur, non minùs quàm de patre? Nimirum, vt puto, quia de auo locutus est prætor sub disiunctione, nec nisi post patrem, verbis ita cõceptis *in eo qui à patre auóve paterno* quorũ verborum idem propriè sensus est acsi scriptum esset *qui à patre, aut si pater non erit, ab auo paterno.* Quomodo si prætor locutus esset, dubitari non posset, quin patris potiorẽ quàm aui causam esse voluisset: quia nec fieri potest, vt à patre quis manumittatur, quin pater ipse sit suę potestatis, quẽadmodũ diximus. Prętor autẽ in deferẽda patri tãquã manumissori bonorũ possessione cõtra tabulas filij, nõ de alio patre sẽsisse potest quàm qui fuerit sui iuris, nec rursus de alio manumisso quàm qui à solo patre manumissus fuerit, aut à solo auo si in eiusdẽ aui potestate fuerit & pater, & filius qui manumissus fuit, Cùm fieri nequeat, vt à patre & auo quis manumittatur, Extra casũ hũc singularẽ quo nepos ex filio emãcipato in potestate retentus, ab auo fuerit postmodum manumissus, mox à patre suo adrogatus, rursúmque ab eo per manumissionem emãcipatus: Qui casus sicut insolitus est ita nec verbis edicti cõprehensus videri potest, quę de patre & auo disiũctim, vt diximus non cõiunctim loquuntur. Decidendus igitur est ex edicti interpretatione, & quidẽ pro auo non pro patre, quia sicuti cùm pater ipse in aui potestate est minus iuris habet in nepotem, quàm auus, immo prorsus nihil, ita & cùm abvtroque manumissus est nepos, sed quod semper euenire necesse est ab auo priusquàm à patre, potiorem aui causam esse conuenit, Eo scilicet iure communi, quo potiores esse solent, quibus ius quæsitum priùs fuit.

Differentia inter veram & imaginariam manumissionem.

Quamquam autem dicimus prętorẽ perinde bonorũ possessionem deferre, atque si ex vera seruitute manumissus esset, is qui emancipatus proponitur, nõ tamẽ in omnibus imaginaria hęc manumissio similis est verę manumissioni. Voco enim imaginariã manumissionẽ, quę fit ex imaginaria seruitute, quia fieri nequit, vt nõ sit imaginaria manumissio, cùm nõ nisi imaginaria seruitus fuit, Prima differẽtia illa est, quòd liberos patris qui manumisit cõstat nõ venire ad cõtra tabulas bonorũ possessionẽ filij quãuis veri patroni, supplè filij veniant ad cõtra tabulas bonorũ possessionẽ liberti paterni *d. l. 1. §. liberos si à parẽt. quis manu.* Altera est, quod neq; Fauiana, neque Caluisiana parenti datur ad reuocandas alienationes à filio factas quasi in ipsius fraudem patris factas, quomodo tamen danda esset si patrono parens in omnibus exęquaretur. Iniquum enim esset ingenuis hominibus non esse liberã rerum suarum alienationẽ, vt Caius scribit in *l. 2. eod. tit.* Atqui filius à patre suo emancipatus, quamuis liberti iure censeatur acsi ex vera seruitute manumissus esset, quãtum attinet ad ius bonorum possessionis contra tabulas, non eo magis tamen libertinus fit, sed ingenuus manet qualis fuerat ante emancipationem. Libertinus siquidem dicitur ille, qui ex iusta seruitute manumissus est *l. libertini* 6. D. *de stat. homin.* Iusta ve-

d. l. 1. §. liberos D. si à parent. quis manum. fil.

L. 2. eod. tit.

L. libertini 6. D. de stat. homin.

ſta verò ſeruitus abſolutè dici nõ poteſt, quæ nõ eſt vera, nec rurſus vera ea quæ non eſt niſi imaginaria. Et ob id ſic loquitur Vl. *in prin. d. l.* 1. vt dicat emãcipatũ à parente pati exitum liberti in cõtra tabulas bonorũ poſſeſſione. Quaſi exprimat, non niſi ex die mortis cùm ex hac vita exit, incipere illum liberti iure cenſeri, & quantum ad ius bonorum poſſeſſionis contra tabulas, vt intelligamus quãdiu viuit, ſicut reuera libertinus non eſt, ſed ingenuus, ita neque liberti iure eum cenſeri, ac proinde ad reuocandas alienationes quas ipſe viuus fecerit, actionem nullam patri competere poſſe, licèt per eas futurum ſit vt ius bonorum poſſeſſionis contra filij tabulas patri indulgendæ minuatur, aut ſaltẽ ipſius emolumentum. Sic & quorundam hominum eam olim conditionem fuiſſe legimus, vt viuerent liberi, & ſerui morerentur, vt ſcripſimus ad *tit. de libertin.* Eodem igitur exemplo dicendum eſt filium à parente emancipatum (parentis nomen vſurpamus non patris, vt auum quoque paternum & proauum aui paterni patrem cum prætore comprehendamus) viuere ingenuũ, ſed mori quaſi libertum. Inde fit, vt fruſtra pater operas ſtipuletur à filio libertatis cauſa, quas ab alio liberto quolibet benè ſtipulatur, quia de his quę à patre libertatis cauſa fuerint filio impoſita prætor nihil edicit, vt Marcellus ſcribit in *l. penult. eod.* Hoc ipſum autem ideo, quia cùm emancipatus maneat ingenuus, nec operas, nec quicquam aliud niſi pietatem patri debet *l. penult. D. de obſeq. parent. & patron. præſt.* vbi generaliter traditum eſt nullum ius habere patrem in filio emancipato ob ea quæ libertatis cauſa ſint impoſita, quia nihil imponi liberis ſolet, nec poteſt adeo vt nec iureiurando poſſit obligari filius patri manumiſſus, quomodo libertus obligatur patrono. Nam vt iuriſiurandi obligatio contrahatur libertum eſſe oportet qui iuret & libertatis cauſa iurare *l. vt iuriſiurandi 7. in princip. D. de oper. libert.* Iam autem diximus filium emancipatum quandiu viuit libertum non eſſe. Nec rurſus valde laborare is debet, vt ſe obliget ad conſequendam libertatem cùm ſeruitus in quam ſe deductum videt ad implendas emancipationis ſollennitates non ſit niſi imaginaria. Denique cùm obligationes iſtæ omnes tã operarũ, quàm cæterarũ rerũ libertatis nomine impoſitarũ nõ niſi ex prætoris iuriſdictione proficiſcantur, & ex eius edicto vires accipiant, vt ſcriptũ eſt in *l. 2. eod. tit.* ſufficit filio emãcipato ad hoc ne quid ab eo exigere pater ex huiuſmodi cauſa poſſit, quod nihil de hac re prętor edixerit. Planè mortuo filio emãcipato idẽ effectus eſt eius bonorũ poſſeſſionis quæ parenti datur contra tabulas filij tanquã liberti, qui eſſet agẽte alio quolibet patrono, Scilicet vt ſi turpem perſonam veluti meretricem filius heredem fecerit, totorum bonorum poſſeſſio contra tabulas parenti detur, aut ſi non turpis perſona inſtituta ſit, non niſi conſtitutæ partis *l. Paconius 3. D. ſi à parent. quis man.* Quænã autẽ pars illa ſit quoniã pro tẽporũ varietate alia atq; alia fuit, petendum eſt ex Triboniano in *tit. De ſucceſſ. libert.* Cui nec malè quis adſcripſerit eam dictionem *conſtituta* in *d. l. Paconius.* Solet enim ille ſic loqui cùm de iis rebus tractat quę aliter quàm olim fuerint, nouo iure ſunt cõſtituę: vt ob eo factũ eſſe in *l. nõ vt à patre* 8. D. *de capt. & poſtlim.* obſeruauit Cuiacius ad *Nou.* 22. Ideóq; & in *l. 1. §. vl. de bõ liber.* cùm Vlpianus vt credibile eſt ſcripſiſſet poſteriores prętores dimidię partis bonorũ poſſeſſionẽ pollicitos fuiſſe patrono, idẽ Tribonianus pro *dimidia* repoſuit *certa.* Sed & in eo parẽs qui filiũ manumiſit ſimilis eſt cuilibet alij patrono, quòd ſiue filius emãcipatus teſtamẽto patrẽ ſuũ prætericrit, ſiue heredẽ inſtituerit fideicõmiſſa nulla cogitur prętare

L. pen. D. ſi à parent. quis manu. ſit.

L. pen. D. de obſeq. paret. & patron. præſt.

L. vt iuriſiurandi 7. in princi. D. de oper. libert.

L. 2. eod. tit.

L. Paconius 3. D. ſi à parent. quis manum. ſit.

L. non vt à patre 8. D. de capt. & poſtlim. l. 1. §. vlt. de bon. libert.

Digitized by Google

tionem ex testamento, & nihilominùs peculium retinuerit perinde teneatur sententia edicti ad præstationem legatorum & fideicommissorum omnium, quæ filius reliquerit, acsi ex testamento successisset. Non enim teneri potest verbis ipsis edicti, quia edicti verba non de alio loquuntur, quàm qui & hereditatem testamentariam omiserit, & legitimam ab intestato possideat. Porrò hic pater de quo agimus, neque testamentariam hereditatem repudiauit, quia filiifamilias etiam qui de castrensi peculio testatus fuerit, hereditas nulla esse potest nisi quæ per aditionem ex testamento subsecutam constituatur, ne tum quidem cùm extraneus heres institutus fuit, neque legitimam possidet quoniam nullo prorsus casu filiifamilias legitima hereditas vlla esse potest. Et tamen edicti sententia eum teneri æquum est, cùm repudiando filij testamentũ effecerit, vt interciderint legata quæ ille si testamentariæ successionis causam agnouisset, præstare ex testamento debuisset, Nec rursum minùs commodi ex peculij retentione consequatur, quàm si peculium illud hereditatis nomine, ac iure censeri posset. Estque hæc ratio accommodatissima ad id probandum quod Paulus probare vult, non minùs hoc casu permittendum patri, vt ex fideicommisso à se præstando falcidiam ab intestato deducere possit, quàm si verè legitimus filij heres esset, cùm in cæteris omnibus quæ ad ipsius incommodum & damnum pertinent, non sit melioris conditionis quàm si legitima filij hereditas aliqua esset, quæ tamen vtroque casu reuera nulla est, id est siue testamentum aliquod filiusfamilias fecerit ex quo aditionem pater omiserit, siue ab initio intestatus ipse decesserit. Videtur autem Paulus *aditionis* nomine vsus esse, non quòd pater qui castrensem filij successionem ex testamento sibi delatam agnoscit, eam adire propriè dici possit, cùm non nisi per aditionem ab extraneo instituto factam hereditas fiat vt ex eodem Paulo suprà diximus, sed minùs propriè sumpta aditionis significatione pro agnitione, Vt ostenderet differentiam quæ est inter patrem succedentem filio, & filium succedentem patri, Nec quemadmodum patri filius heres necessarius est tam ex testamento quàm ab intestato, ita & patrem filio necessarium successorem esse. *His consequens erit*, inquit Paulus, *vt si ex fructibus medio tempore quartam & quartæ fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatusconsultum inducamus*, id est vt hoc casu hereditatis restitutio fiat sine vlla deductione & retentione. Tunc enim restitui dicitur hereditas ex Trebelliano cùm restituitur sicuti testator voluit, ac proinde nulla quarta deducta, cuius nimirum detrahendæ ius contra testantis voluntatem ex Senatusconsulto Pegasiano inductum fuit *§. sed quia Instit. de fideic. hered.* iunct. *l. Titia* 86. *in fin. D. ad leg. Falcid.* Ideo autem Trebellianum Senatusconsultum hîc inducimus, quia fructus ab eo qui rogatus est percepti medio tempore & ante restitutionem, licèt non sint ex fideicommisso restituendi, quoniam qui hereditatem restituere rogatus fuit, videtur rogatus id reddere, quod fuit hereditatis, fructus autem non hereditati sed rebus hereditariis accepto feruntur vt ratiocinatur Vlp. in *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* in eam tamen quartam quam heres habere debet imputantur si modò ex iudicio defuncti non ex sola fideicommissarij negligentia percepti sint vt ibid. Vlp. subiungit, & in *l. mulier* 22. *§. si heres eod. tit.* Addit Paulus *& vtiles actiones exerceri possint*, Nimirum à fideicommissario cui hereditas fuerit restituta: Nam & actionum translatio est ex Senatusconsulto Trebelliano non ex Pegasiano quod è contrario induxerat vsum stipulationum

Aditionis nomen, pro agnitione.

Quid sit inducere SC. Trebellianum.

§. in fideicommissaria 18. ad SC. Tre.

num partis & pro parte, itéinque emptæ & venditæ hereditatis, ne in damno moraretur heres qui poſt reſtitutam quoque hereditatem ob nullas in fideicõmiſſariũ tranſlatas actiones remanebat obſtrictus oneribus hereditarijs vt Iuſtinianus refert in *d.tit. De fid.hered.* Fiebat autem ex Trebelliano tranſlatio actionum, nõn directarum; quæ ſcilicet non magis ab heredis rogati perſona diſcedere poſſunt, quàm illud induci, vt qui per aditionem ſemel heres factus fuit deſinat heres eſſe *§. reſtituta eo.tit. De fid.hered. l. ei qui ſoluendo* 88. D. *de he red.inſt. l. ſi heres* 70. *in princ. D. ad SC. Treb.* Sed vtilium, hoc ſenſu vt quæ actiones fideicõmiſſario & in fideicõmiſſariũ cõpeterent vtiles eſſent non directæ, quamuis heres ipſe per cuius reſtitutionem ea tranſlatio actionum fieret vtiles numquam habuiſſet, ſed directas cum quibus vtiles concurrere numquam poſſunt. Ob idque ad hanc tranſlationem actionum inducendã neceſſaria fuit poteſtas & autoritas Senatuſconſulti, cùm alioqui nec concurrens heredis & fideicõmiſſarij voluntas facere vnquã potuiſſet vt per reſtitutionẽ hereditatis tranſirẽt in fideicõmiſſariũ actiones vel directæ, quibus ſe exuere heres nequiret, vel vtiles quas heres ipſe numquam habuiſſet. At illud magis nouum mirumque eſt quod Paulus ſubiicit *fiátque hereditas poſt reſtitutionem*. Nam cùm actionum tranſlatio de qua nunc diximus, non fiat niſi per hereditatis reſtitutionem *l.1. l.ita tamen* 27. *§. qui ex Trebelliano & paſſ. D. ad SC. Trebell.* quomodo fieri poteſt vt hereditas reſtituatur quæ non ſit hereditas ante reſtitutionẽ? imò quæ numquam fuerit hereditas? Hic enim procul dubio Pauli ſenſus eſt, hereditatem hanc quæ ante reſtitutionem hereditas numquam fuit, incipere hereditatem eſſe ex quo die reſtituta ſit. Cùm tamen in cæteris fideicommiſſarijs hereditatibus, ex diuerſo eueniat, vt hereditas ab initio ſit ex inſtanti mortis teſtatoris, deſinat autem eſſe hereditas non per reſtitutionem, ſed quod magis eſt per ipſam aditionẽ, cuius ſcilicet ea vis eſt vt defuncti hereditatẽ cõuertat in patrimonium heredis *l.* 1. D. *de ſeparat.* Propter quã cauſam Vlp. in *d.l. in fideicommiſſaria* ſic loquitur, vt dicat, eum qui hereditatẽ reſtituere rogatus eſt, id videri rogatum reddere non quod ſit hereditatis, quomodo loquendũ erat ſi reſtitutionis tẽpore aliqua hereditas adhuc eſſet, ſed *quod fuit hereditatis* vt intelligamus non eſſe amplius hereditatẽ, quæ aliquando fuit, Eóque ſenſu neceſſariò intelligendi ſunt loci omnes qui de fideicõmiſſaria hereditate tractãt, quę iam adita ſit, ſiue reſtituta iã fuerit ſiue non vt eo hereditatis nomine non rem ipſam quæ nunc eſt ſignificent, ſed eam quæ fuit, id eſt idem quidem patrimonium quod fuit defuncti, & quod eo mortuo hereditatis nomen habuit ante aditionem, ſed tanquam patrimonium, non tanquã hereditatem. In hoc tamen caſu quem Paulus tractat, hoc eſt de ſucceſſione filiifamilias inteſtati, qui caſtrenſis peculij fideicommiſſum à patre ſuo reliquerit, ſingulari iure accidit, vt quemadmodum ſi extraneus heres à filiofamilias ſcriptus eſſet, inciperet eius eſſe hereditas per aditionem, quamuis omni ordine & naturæ & iuris & intellectus prius eſſe ſoleat vt hereditas aliqua ſit, quæ adiri poſſit, quàm vt adeatur quæ nondum eſt. Ita & inteſtato filio defuncto, hereditas quæ nec adiri nec per aditionem induci potuit, quandiu peculium caſtrenſe reſedit penes patrem, incipiat fieri hereditas poſt reſtitutionem, quaſi tunc primùm ceſſante ratione illa quæ ante reſtitutionem faciebat, ne hereditas videri poſſet, nempe quod patriæ poteſtatis iure non ex aliqua cauſa extrinſeca, & accidentali peculium filiifamilias defuncti ad patrem pertineret,

Differentia Senatuſconſulti Trebelliani, & Pegaſiani.

§. reſtituta de fideic. hered. l. ei qui ſoluendo 88. de here. inſt. l. ſi heres 70. in princ. ad SC. Trebell.

d.l. filiusfamilias 8. ad leg. Falcid.

d.l. in fideicommiſſaria 8. ad SC. Trebell.

Desinit enim pertinere, mutatúrque causa bonorum per restitutionem, quæ facit vt ea bona quæ primùm filij fuerunt, deinde patris, incipiant pertinere ad fideicommissarium. Quoniam verò iure nisi hereditatis? Nec enim peculij nomen retinere potest apud extraneum qui numquam habuit defunctum in potestate. Fit ergo hoc casu hereditas post restitutionem: ac proinde tanto minùs debet mirum videri quod Paulus in præcedentibus scribit inducendam hoc eodem casu potestatem & legis Falcidiæ & Senatusconsulti Trebelliani: quia ne induci posse videretur, illud tantùm faciebat quod hereditas hîc nulla esset. Atqui tametsi ab initio nulla sit, incipit tamen esse post restitutionem. Quidni ergo inducemus potestatem legis Falcidiæ & Senatusconsulti Trebelliani, cùm tam illius quàm huius verba pertineant ad hereditates., nec ob id minùs iuris nanciscatur fideicommissarius per hereditatis restitutionem, quod non fuerit illa hereditas ante restitutionem?

ILLATIO VI.

De *Falcidia exercenda in testamento eius qui apud hostes decesſit.*

d.l. filiusfamilias.

SExtò ex hoc eodem nostro Principio fit vt in testamento eius qui apud hostes decessit, exerceatur Falcidia, siue ex legatus siue ex fideicommissus deducenda sit, *d.l. filiusfamiliae* 18. D. *ad leg. Falcid.* Non alia ratione, quàm quòd vt ea lex ait fictio legis Corneliæ & hereditatem faciat, & heredem. Ergo cùm nõ tantùm testamentarias sed etiam legitimas captiuorum hereditates lex Cornelia confirmauerit *l. pater* 10. *§. 1. vers. planè D. de captiu. & postlim.* consequens est vt ab intestato quoque inducenda sit legis Falcidiæ potestas, si fortè legitimus captiui heres fideicommissis ab intestato relictis oneratus proponatur. Postquàm ex Diui Pij rescripto inductum fuit, vt ad intestatorum quoque successiones hereditarias lex Falcidia protrahatur. *d. l. filiusfamilias*, de cuius sententia tam fusè scripsimus illatione superiore.

l. pater 10. *vers. planè* D. *de capt. & postlim.*

ILLATIO VII.

De patre qui substituit filio impuberi deinde captus ab hostibus ibi decesſit.

d.l. pater in princip.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Papinianus scribit in *d.l. pater* 10. *in princip.* D. *de captiu. & postlim.* Si pater instituto impuberi filio substituerit, deinde ab hostibus captus apud eos decesserit, defuncto postea impubere potiores esse partes substituti pupillaris quàm legitimi heredis, falsáque illorum sententiam esse, qui negant valere posse tabulas secundas in persona huius impuberis, quasi qui viuo patre fuerit effectus sui iuris. Refragari nánque iuris rationem, quoniam, inquit Papinianus, si pater qui non rediit, iam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, vtique fàteri cogimur, substitutionem pupillarem necessariò vires suas tenere: quod & Iulianus sentit in *d.l. lex Cornelia* 28. *de vulgar. & pupill. subst.*

ILLA-

ILLATIO VIII.

De filio capto & mortuo apud hostes cui pater substituerat.

OCtauò ex eodem Principio fit vt si mortuo iam patre capiatur filius institutus vel exheredatus qui postea decedat apud hostes, non possit lex Cornelia sufficere ad tabulas pupillares confirmandas, quoniam de secundis tabulis locuta non fuit, sed eius duntaxat personam demonstrauit qui testamẽti factionem habuisset, vt ratiocinatur Papinian. in *d. l. pater §. 1.* subiiciens aliam esse hac in re rationem substituti pupillaris, aliam legitimi heredis pupilli, quoniam quæ ratio facit vt ad pupillarem substitutum lex Cornelia non pertineat, quia scilicet non habet pupillus actiuam testamenti factionem, eadem tanto magis facit vt ad legitimum pupilli heredem pertinere debeat quãdoquidem is qui testamentum facere non potest etiamsi velit, fieri nequit, vt non hoc ipso decedat intestatus, tantoque certiùs legitimam habeat hereditatem, si modo pater familias sit, qualis est pupillus. Monet tamen Papinianus ibidem, non esse alienum prætorem subsequi non minùs patris quàm legis voluntatem vt quemadmodum vtiles actiones daret legitimo heredi pupilli quem lex Cornelia faceret heredem, data scilicet ei bonorum possessione *l. vnic. §. 1. D. vt ex leg. senat. consult. bon. poss. det.* ita & in propósita specie det vtiles actiones substituto pupillari. In quo tamen videtur aliud fuisse Iuliani iudicium in *d. l. lex Cornelia 28. §. 1. De vulg. & pupill. substit.* Nisi eam vtriusque loci interpretationem probes quam nos posterioribus Coniecturarum nostrarum libris tradidimus *lib. 10. cap. 5.*

d. l. pater §. 1.

L. vnic. D. vt ex legib. Senat. conf. bon. poss. aet. l. lex Cornelia 28 §. 1. D. de vulg. & pup. sub.

ILLATIO IX.

De filio impubere defuncto in ciuitate ante patrem iam tùm ab hostibus captum.

NOnò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus scribit in *l. quòd si filius 11. eod. tit. De capt. & postlim.* Si filius impubes cui pater substitutu pupillarem dederat decesserit ante patrem in ciuitate, ac postea quandocumque pater defunctus sit, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, id est pupillares tabulas nullòmodo valere: siue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur si pater ab hostibus reuersus sit, siue quia non reuerso patre filius exinde sui iuris fuisse videtur ex quo pater hostium potitus, id est, ab hostibus captus fuit. Sed si ambo apud hostes, pater tamen prior decedat, sufficiet lex Cornelia substituto pupillari, nec ei necessarium erit auxilium prætoris, perinde acsi apud hostes patre defuncto filiùs postea in ciuitate decessisset. Qui tamen locus etiam obscurus est, nostráque indiget interpretatione, quam nos attulimus *eod. libr. 10. Coniect. cap. 6. & 7.* vbi scripsimus quoque de sententia & emendatione responsi Scæuolæ in *l. si pater captus 29. De vulg. & pupill. substit.*

l. quòd si filius 11. D. de capt. & postlim.

l. si pater captus 29. De vulg. & pupill. substit.

ILLATIO X.

De filiofamilias defuncto apud hostes.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt fictio legis Corneliæ non pertineat ad filiũfamilias qui captus fuit ab hostibus viuo in ciuitate patre & apud ho-

Digitized by Google

ſtes deceſſerit *d.l.patet §.1.de capt.& poſtlim.* vt pluribus probaui *eo.lib.*10.*Coniect.cap.*8.Ratione potiſſimùm illa quod lexCornelia non fingit captiuũ in ciuitate deceſſiſſe alia de cauſa,quàm vt inducat & hereditatem & heredem.*d.l. filiusfamilias* 18.D.*ad leg.Falcid.* Atqui nec hereditatem nec heredem dare poteſt ei qui etiamſi in ciuitate deceſſiſſet,neutram tamen habere potuiſſet, quia filiusfamilias deceſſiſſet.Nec enim hereditatem habere poteſt qui nulla bona in ciuitate reliquit nec relinquere potuit,vt Iulianus ratiocinatur in *d.l.lex Cornelia* 28.*verſ.quia per eam non efficitur D.de vulgar.& pupill.ſubſtit.* Cui rationi conſequens eſt vt aliud dicendum ſit ſi filiusfamilias hodie bona aliqua in ciuitate reliquerit,in quibus poſſit heredem habere,Quomodo poteſt hodie ex conſtitutione Iuſtiniani *Nouell.*118.*de hered.ab inteſt.venient §.*1.nimirum ſi & bona aduentitia,& filios naturales ac legitimos ex ſe ſuperſtites reliquerit. Erat quidem filiusfamilias etiam olim capax acquiſitionis patre nolente ſibi acquiri per filium vt alibi probauimus ex *l.is qui heres* 13.*§.vlt.De acquir. hered. l.cogi* 16.*§.ſi pater l.imperator* 50.D.*ad SC.Trebell.* Sed non ob id magis aut hereditatem aut heredem habere poterat,quia eo mortuo etiam ſuperſtitibus liberis,peculium ipſius vndecumque obueniſſet apud patrem remanebat peculij non hereditatis iure,etiam quod caſtrenſe fuiſſet,de quo tamen potuerat filiusfamilias teſtari ſi voluiſſet *l.*2.*D.de caſtr.pecul.*

l. lex Cornelia 28.*D.de vulg.& pup ſubſt. Nouell.* 118. *De hered. ab inteſt.venient.§.*1.

*l.*1.D.*de caſtr.pecul.*

ILLATIO XI.

De differentia fictionum legis Cornelie & poſtliminij.

VNdecimò ex eodem Principio fit,vt quamuis lex Cornelia retrofingat omnia in præteritum,in eóque potiſſimùm differat à poſtliminij fictione, quæ ex contrario fingit omnia in futurum,Numquam tamen fingat heredem fuiſſe illum qui eo tempore quo captiuus apud hoſtes moritur,iam in ciuitate defunctus fuerit,Quoniam nihil fingit niſi vt faciat heredem,heres autem fieri non poteſt qui iam eſt mortuus,& qui eo tempore quo fictio locum habere incipit,amplius in rerum natura non reperitur.Vt ſcripſimus *eod.lib.*10.*Coniect.*pluribus locis præſertim *cap.* 10. vnde peti volumus ea quæ alioquin ad hunc locum accommodatiſſimè pertinerent.

Lex Cornelia numquã retrofingit heredem illum qui moritur in ciuitate ante captiuum.

ILLATIO XII.

De cæteris,quæ pendent ex fictione legis Cornelia.

DVodecimò ad hoc idem Principium referenda ſunt, ne ſingula ſiggillatim exequamur,quæcunque in libris noſtris ſcripta ſunt de legis Cornelię fictione ac poteſtate. Pendent enim omnia ex eo quod lege Cornelia de confirmandis captiuorum hereditatibus inductum fuit vt quiſquis apud hoſtes decedit perinde & hereditatem ſiue teſtamentariam ſiue legitimam & conſequenter heredem habere poſſit, acſi numquam ab hoſtibus captus fuiſſet. *l.*1.*ad finem principij De ſuis & legit.* D.*de ſuis & legit.hered.* Iunctis nimirum temporibus captiuitatis cum inſtanti mortis vt loquitur Papinianus in *l.inſto* 44.*§.vlt.*D.*de vſucap.*

*l.*1.*ad finem principij De ſuis & legit. l.inſto* 44.*§. vlt. De vſu cap.*

PRIN.

Digitized by Google

PRINCIPIVM X.

De *emancipatione.*

EMancipatio *dissoluit ius & vinculum patriæ potestatis, §. præterea hoc tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Nam cùm patria potestas sit iuris ciuilis vt diximus ad *tit. De patr. potest.* conueniens est vt actu illo qui sit iuris ciuilis, cuiusmodi est emancipatio, dissolui possit ex regula *l. nihil tam naturale* 35. *l. omnia quæ* 100 *l. ferè* 153. *De regul. iur.* Quia tamen tanti erat momenti, vt nihil pretiosius ciui romano datum videretur, quàm vt & suus heres esse, & suum heredem habere posset, Placuit non facilè & quauis declaratione voluntatis fieri emancipationem sed multis sollennitatibus interuenientibus, inter quas illa erat vt filium ter à patre vendi ac mancipari necesse esset, atque ita in seruitutem deduci, sed imaginariam, quia mancipationes illæ non fiebant, nisi contracta fiducia remancipandi vt in patris potestatem filius reuerti posset, post primam mancipationem, Ne alioqui secundò mancipari non posset, ac postremo manumitti, idque Iustinianus refert in hoc loco post *Vlpianum in fragm. tit.* 10. Vbi monet his sollennibus causam dedisse legem 12. tabul. cuius verba hæc fuerunt *si pater filium ter venundarit, filius à patre liber esto.* Quasi indignus esset pater, qui vllum ius potestatis haberet in filium quem ter venditum tam malè tractasset. Fuit autem hoc ius proprium liberorum masculorum & primi gradus, vt non nisi trina mancipatione ac manumissione possent exire de potesta te. Cæteri enim liberi præter filium id est tam filiæ primi gradus quàm nepotes neptésque vnica mancipatione liberabantur, suique iuris fiebant, vt ibidem addit Vlpianus, & in *l. verum* 8. §. 1. *De inius. rupt. & irrit. fact. testam.* de cuius loci sententia & ratione plura scripsimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 15. Filias enim quia per eas familia paterna conseruari non potest, sexus ipse facit quodammodo minùs coniunctas patri, aut saltem vinculo illo potestatis & familiæ minùs arctè colligatas. Nepotes verò neptésque etiam natura, cùm sint vno gradu remotiores. Cætera quæ ad huius Principij tractatum pertinent explicabimus ad *tit. De capit. diminut.*

§. præterea hoc tit.

Vlp. in frag. tit. 10.

L. verum 8. *§. 1. de inius. rupt.*

ILLATIO I.

De *noua familia, quæ per emancipationem constituitur.*

EX hoc Principio illud primùm fit, vt filiusfamilias ex quo die est emancipatus desinat esse filius, familiámque nouã nactus sicuti paterfamilias fit ita & pro extraneo habeatur, omniáque iura filij amittat iure ciuili. *l. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.* Nec enim ius ciuile alium filium agnoscit, quàm qui sit filiusfamilias, sicut nec alium patrem, quàm qui sit paterfamilias, Omnia scilicet æstimans ex familiis, vtpote ex quibus constet ac constituatur respublica ad quam vnam tanquam ad scopum & finem vnicum refertur totum ius ipsum ciuile. Inde est quod emancipatus filius non magis instituendus est iure ciuili aut exheredandus aut ad legitimam patris hereditatem admittendus ab intestato, quàm si filius neque esset, neque vnquam fuisset. Quæ res induxit iuris prætorij æquitatem in danda huic filio bonorum possessione siue

l. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.

Digitized by Google

contra tabulas si in paterno testamento præteritus fuerit, siue ex capite, Vnde liberi ab intestato acsi mansisset in potestate cùm iniquum videretur vsque adeò haberi eũ pro extraneo qui tametsi emancipatus, reuera tamen & iure naturali filius maneret, Non valente arte iuris ciuilis tollere & corrũpere ea quæ sunt iuris naturalis, vt pluribus dicemus ad *tit. De bonor. possess.* Eadem ratio induxit etiam æquitatem Edicti *De capit. minut.* vt dicemus ad *ti. De capit. dimin.*

Ad finem De capit. minut.

ILLATIO II.

De agnatione quæ per emancipationem amittitur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem amittantur etiam iura agnationis. Nam qui non est suus heres patri propterea quòd is neque filius esse amplius, neque patrem habere per consequens intelligatur, ille nec agnatos habere potest, cùm agnati illi demùm sint, qui per patrem coniungun

l. iurisconsultus 10. §. cognati de gradib. & adfin.

tur, & ex eadem sunt familia *l. iurisconsultus* 10. *§. cognati* D. *de gradib. & adfin.* Itaque non minùs fuit necessarium emancipatis auxilium edicti prætorij ex ea parte, Vnde legitimi vocantur, vt agnatis quos in patris familia aliquando habuerant succedere possent, quàm ex parte illa, Vnde liberi vt possent succedere patri. Admittit autem eos prætor & tanquam liberos & tanquam agnatos, non quasi emancipatos, ne ita posito iure minùs apertè vim iuri ciuili facere videretur, sed rescissa emancipatione, id est perinde acsi emancipati nõ essent, sed in patris potestate semper mansissent *§. emancipati 9. infr. De hered. quæ ab intest. defer.*

§. emancipati 9. infr. de hered. qualit. & differ.

ILLATIO III.

De *potestate emancipationis ad vinculum pietatis dissoluendum.*

TErtiò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem non tantùm patriæ potestatis, sed & pietatis vinculum dissolui dicatur in *l. vlt.* D. *si à parent. quis manum. sit.* Nimirùm quia cùm pietatem filius non alia ratione patri debeat, quàm quia filius est, per emancipationem verò filius esse desinat, omnino consequens est vt si nihil nisi ius ciuile inspicias, non minùs pietatis quã patriæ potestatis vinculum dissoluatur. At quemadmodum iure naturali filius manet etiam post emancipationem, ita & pietatis illius vinculum superest, quam à natura patri debet, quippe quæ non ex patria potestate sed ex ipsis naturæ legibus quæ immutabiles sunt æstimetur. *l.* 4. D. *de curat. furios.* vbi ob hãc causam scriptum est æquam pietatem debere filium parentibus licèt inæqualis sit eorum potestas. Nec enim habẽt matres liberos suos in potestate *l. mulierem* 5. *C. de adopt. §. fœminæ supr. tit prox.* Et sanè hoc sensu nihil commune habet nomen patris cum iure potestatis *l. profectitia* 5. *§. si pater pro filia* 11. *D. de iur. dot.* Inde est quod patrem in ius vocare non possit filius emancipatus nisi venia petita *l.* 4. *§.* 1. *l. parentes* 6. D. *de in ius vocand.* Pertinet enim edictum illud ad emancipatos duntaxat, cùm ij qui in potestate sunt, ne patrem in ius vocare possint, non tam imperio prætoris quàm potestatis iure prohibeantur, etiamsi pater non naturalis & legitimus, sed adoptiuus tantùm proponatur, vt ait Vlp. in *l. adoptiuum* 8. *eod. tit.*

L. vlt. D. si à parent. quis manum sit.

l. 4. D. de curat. furios.

L mulierem 5. C. de adopt.

§. fœminæ sup. tit prox.

l. profectitia 5. § si pater pro filia 11. D. de iur. dot.

L. 4. §. 1. l. parentes 6. D. de in ius vocand.

L. adoptiuũ 8. eod. tit.

ILL.

Digitized by Google

ILLATIO IV.

De manumissoris iuribus quæ pater filium emancipando nanciscitur.

QVartò ex eodem Principio fit, vt pater, qui iure ciuili desinit esse pater emancipando filium hoc ipso consequatur iura patroni tanquam manumittor in bonis filij emancipati tanquam liberti, vt scribit Iust. in hoc §. & constat ex *l. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum.* Vnde & eo loco manumissum dicit prætor & post eũ Iurisconsultus pro emãcipato. Ideóque scribit Vlp. initio *d. l. 1.* emancipatũ à parente in ea causa esse, vt in cõtra tabulas bonorũ possessione liberti exitũ patiatur. Quod æquissimum, inquit, prætori visum est, quia à patre beneficium habuit bonorum quærẽdorum, quippe si filiusfamilias esset, quodcũque sibi acquireret, eius emolumẽtũ patri aquireret. Quæ verba notari volumus ad probandũ id quod toties diximus, filiũfamilias iam olim fuisse acquisitionis capacem, alioqui non possent de illo vsurpari ea verba *quodcũque sibi acquireret*, non magis quàm de seruo, de quo nihil tale vspiã scriptũ reperitur. Nec eo minùs tamen verũ est eius quod filiusfamilias sibi acquirit emolumentũ vsque adeò confestim patri acquiri per filium, vt ne momẽto quidẽ tẽporis cõsistat acquisitio in filij persona. Illa enim verba *quodcunque sibi acquireret*, quãtò minùs ad acquisitionis effectum referri possunt, tãtò magis adquirendi capacitatem in filiofamilias demonstrant. *Et ideo*, inquit Vlpianus, *tum est in hoc vt parẽs exemplo patroni ad cõtra tabulas bonorũ possessionẽ admittatur.* Edicto autẽ prætoris, vt ibidẽ subiicitur, sic enumerãtur personæ manumissorũ. *In eo qui à patre, auóve paterno, proauóve aui paterni patre.* Incipitúrque à patre, non quòd is qui patrem & auum habet in cuius potestate pater ipse sit, à patre suo manumitti possit, aut quasi prior & potior hac parte sit causa patris quàm aui (qui enim aliena in potestate est, is neque alium in potestate sua habere potest *l. sic euenit* 21. D. *ad leg. Iul. de adult.* neque consequẽter de potestate sua eum mittere quod fit per emancipationem) sed quia non nisi per mediam patris personam auus nepoti coniungitur *l. dotem* 6. D. *de collat. bonor.* nec alio iure auus paternus habet nepotem in potestate, quàm quòd patrem ipsum eũdémque filium suum habeat. Itaque si nepos ab auo manumissus dederit se adrogandum patri suo, & pater eundẽ postea manumiserit potest dubitari cùm vterque, id est & auus & pater sit manumissor, vter in hac bonorũ possessione contra tabulas præferatur. Nec enim potest vterq; esse patronus eiusdẽ liberti, aut patroni iure censeri, sicut nec duo possunt in solidum domini esse eiusdem serui. Tractamus autẽ de patre qui & ipse fuerit manumissus, siue ante, siue post nepotem, vt filium suum postea potuerit adrogare, locúsque fieri possit quæstioni. Alioqui, neque adrogator, neque patronus esse, aut videri posset filius qui in patris sui esset potestate. Placet verò Vlpiano in proposita specie solum auum admitti ad huius nepotis successionem ex interpretatione edicti, siue in patris potestate manens hic nepos decesserit, siue ab eo rursum manumissus diẽ suum obierit. Redditque rationẽ, quia perinde defert prætor bonorũ possessionẽ, atque si ex vera non ex imaginaria seruitute manumissus esset is qui emancipatus fuit. Porrò si hoc esset, id est si nepos hic ex vera seruitute manumissus esset, aut non fuisset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, ne patrono iniuria fiat, cuius iura non possunt salua adroga-

L. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum. sit.

d. l. 1. D. si à parent quis manum. sit.

sta verò seruitus absolutè dici nõ potest, quæ nõ est vera, nec rursus vera ea quæ non est nisi imaginaria. Et ob id sic loquitur Vl. *in prin. d. l.* 1. vt dicat emãcipatũ à parente pari exitum liberti in cõtra tabulas bonorũ possessione. Quasi exprimat, non nisi ex die mortis cùm ex hac vita exit, incipere illum liberti iure censeri, & quantum ad ius bonorum possessionis contra tabulas, vt intelligamus quãdiu viuit, sicut reuera libertinus non est, sed ingenuus, ita neque liberti iure eum censeri, ac proinde ad reuocandas alienationes quas ipse viuus fecerit, actionem nullam patri competere posse, licèt per eas futurum sit vt ius bonorum possessionis contra filij tabulas patri indulgendæ minuatur, aut saltẽ ipsius emolumentum. Sic & quorundam hominum eam olim conditionem fuisse legimus, vt viuerent liberi, & serui morerentur, vt scripsimus ad *tit. de libertin.* Eodem igitur exemplo dicendum est filium à parente emancipatum (parentis nomen vsurpamus non patris, vt auum quoque paternum & proauum aui paterni patrem cum prætore comprehendamus) viuere ingenuũ, sed mori quasi libertum. Inde fit, vt frustra pater operas stipuletur à filio libertatis causa, quas ab alio liberto quolibet benè stipulatur, quia de his quę à patre libertatis causa fuerint filio imposita prætor nihil edicit, vt Marcellus scribit in *l. penult. eod.* Hoc ipsum autem ideo, quia cùm emancipatus maneat ingenuus, nec operas, nec quicquam aliud nisi pietatem patri debet *l. penult. D. de obseq. parent. & patron. præst.* vbi generaliter traditum est nullum ius habere patrem in filio emancipato ob ea quæ libertatis causa sint imposita, quia nihil imponi liberis solet, nec potest adeo vt nec iurciurando possit obligari filius patri manumissori, quomodo libertus obligatur patrono. Nam vt iurisiurandi obligatio contrahatur libertum esse oportet qui iuret & libertatis causa iurare *l. vt iurisiurandi 7. in princip. D. de oper. libert.* Iam autem diximus filium emancipatu n quandiu viuit libertum non esse. Nec rursus valde laborare is debet, vt se obliget ad consequendam libertatem cùm seruitus in quam se deductum videt ad implendas emancipationis sollennitates non fit nisi imaginaria. Denique cùm obligationes istæ omnes tã operarũ, quàm cæterarũ rerũ libertatis nomine impositarũ nõ nisi ex prætoris iurisdictione proficiscantur, & ex eius edicto vires accipiant, vt scriptũ est in *l. 2. eod. tit.* sufficit filio emãcipato ad hoc ne quid ab eo exigere pater ex huiusmodi causa possit, quod nihil de hac re prętor edixerit. Planè mortuo filio emãcipato idẽ effectus est eius bonorũ possessionis quæ parenti datur contra tabulas filij tanquã liberti, qui esset agẽte alio quolibet patrono, Scilicet vt si turpem personam veluti meretricem filius heredem fecerit, totorum bonorum possessio contra tabulas parenti detur, aut si non turpis persona instituta sit, non nisi constitutæ partis *l. Paconius 3. D. si à parent. quis man.* Quænã autẽ pars illa sit quoniã pro rẽporũ varietate alia atq; alia fuit, petendum est ex Triboniano in *tit. De succes. libert.* Cui nec malè quis adscripserit eam dictionem *constituta* in *d. l. Paconius.* Solet enim ille sic loqui cùm de iis rebus tractat quę aliter quàm olim fuerint, nouo iure sunt cõstitutę: vt ab eo factũ esse in *l. nõ vt à patre 8. D. de capt. & postli.* obseruauit Cuiacius ad *Nou. 22.* Ideóq; & in *l. 1. §. vl. de bõ liber.* cùm Vlpianus vt credibile est scripsisset posteriores prętores dimidię partis bonorũ possessionẽ pollicitos fuisse patrono, idẽ Tribonianus pro *dimidia* reposuit *certa.* Sed & in eo parẽsqui filiũ manumisse similis est cuilibet alij patrono, quòd siue filius emãcipatus testamẽto patrẽ fuũ preterierit, siue heredẽ instituerit fideicõmissa nulla cogitur prętiare

L pen. D. si à parent. quis manu. sit.

L pen. D. de obseq. paret. & patron. præst.

L. vt iurisiurandi 7. in princi. D. de oper. libert.

L. 2. eod. tit.

L. Paconius 3. D si à parent. quis manum. sit.

L. non vt à patre 8. D. de capt. & postlim. l. 1. §. vlt. de bon. libert.

d.l. Paconius §.1. pater ex ſua parte quæ ei debetur, etiáſi adierit filij hereditatẽ *d.l. Paconius §.1.* Nam nec alius quilibet patronus ea fideicommiſſa deberet, ne alioqui facile liberto eſſet fraudem legibus & patrono facere ſi liceret ei per fideicõmiſſa huiuſmodi, vel qua alia arte imminuere ius patroni *l. ſi libertus 41. l. ſi patronũ 44. D. de bon. libert.* vbi hac ratione defendit Paulus, ne ſatiſdatione quidẽ onerandum patronũ, ideóque ſi patronum ex debita parte libertus heredẽ inſtituerit, eúmque purè rogauerit vt fundũ daret, rurſúmque patrono tãtũdem ſub conditione legauerit non modò in condicionem fideicommiſſum redigi hoc eſt cõdicionale fideicõmiſſum fieri, quod à patrono alioqui purè pręſtãdũ fuiſſet, verùm etiá fideicõmiſſario cauendũ eſſe ab eo ipſo à quo legatũ fuit patrono, id eſt à coherede, ne aliter poſito iure etiá poſt factã trãſlationẽ fideicõmiſſi puri in cõdicionale adhuc patronus oneretur ea ſatiſdatione quã ex prętoris edicto pręſtare debet quiſquis in diẽ, vel ſub cõdicione legato, aut fideicõmiſſo aliquo eſt oneratus *tot. tit. vt legat. ſeu fideic. nom. caueat.* Quãquã nõ facilè poſſum intelligere, quonã iuris, aut æquitatis prætextu induci poſſit, vt coheres à quo nõ ille fundus legatus patrono eſt, quẽ patronus alteri per fideicõmiſſum dare rogatus fuit, ſed tãtundẽ, vt lex ait, hoc eſt quãti fundus ille ſit (nõ enim fundus ex catũ rerũ numero eſt, quæ in ſuo genere functionem recipiũt, cùm ſpecies ſit nõ genus *l. 1. §. mutui datio D. de reb. cred.*) cauere debeat fideicõmiſſario, tanquam vice coheredis eiuſdémque patroni ad quem ſi patronus non eſſet, onus cautionis ex edicto pertineret. De qua enim alia re poſſet caueri fideicommiſſario quàm de eo ipſo fundo præſtando qui relictus eſt per fideicommiſſum? Quomodo autẽ cauebit de illo præſtando, aut eũ pręſtabit coheres qui eũ non habeat? Taceo quod nec edicti verba obligãt aliũ ad ſatiſdandũ, quàm eum ipſum qui legatũ, vel fideicõmiſſum in diẽ, aut ſub condicione debeat, nec rurſus alij quàm ei ipſi cui debeat. Itaque vt quod ſentio fatear locus mihi valde ſuſpectus eſt, & qui, ni fallor, Tribonianum ſapit. Cuius inſcitiam videtur mihi prodere verba illa *vt vndique patronus ius ſuum habeat imminutum.* Dixit enim ille *imminutum* pro *non minutũ*, quaſi particula *in* ſit hîc priuatiua, quę cõtra ex latini ſermonis ratione auget ſenſum & ſignificationẽ ſui adiuncti. Quid ergo, aut quomodo Paulus ſcripſerat? Difficile eſt diuinare. Sed tamen probabile eſt nihil aliud ab eo ſcriptum fuiſſe, niſi illud ipſum quod Triboniano errandi anſam præbuit: Rationem ſcilicet dubitandi expreſſam iis verbis *erit tamen & hîc quod moueat. Onerabitur enim patronus ſatiſdatione fideicommiſſi.* Mouit verò hæc ratio Tribonianum, quæ Paulum mouiſſe non videtur. Parvum enim patroni damnum eſt, aut potiùs incommodum (re vera nãq; nullũ dãnũ eſt) in eo quod ſatiſdare cogitur, cùm ſatiſdationes facilè pręſtentur earũ rerum, quę ipſę facilè quoque præſtantur, vt contingit quoties quis eã ſpeciem debet quam in manibus habeat, non etiam cùm pecunia debetur, quæ explicanda, aut conquirenda eſt, & cuius numeratio non ſemper eſt in expedito *l. ſi dubitatio. D. de fideiuſſ.* Quòd ſi nec damnum curari ſolet quod modicum eſt *l. ſcio 4. D. de in integr. reſtit. l. ſi debitor 21. D. de iudic. l. res bona fide 54. D. de contr. empt.* quanto minùs curari debet modicum incommodum, quod ſit ſine damno? Cùm nec oneroſus creditor ſit audiendus non magis quàm debitor delicatus *l. ſi ſeruos 25. in fin. D. de pign. act.* Atqui etiamſi ponas eã portionẽ quæ patrono debetur ex bonis liberti ęris alieni loco cẽſendã eſſe, vt de illa quarta ſcriptũ eſt quę adrogato debetur in bonis adrogatoris *l. Papinian 78. §. ſi*

L. ſi libertus 41. l. ſi patronum. 44. de bon. libert.

Tribonianiſmus.

Modicum damnum nõ curatur. Multo minùs verò modicum incommodum.

quis

Suis impubes D.de inoff.testa. nihil aliud tamen assequi possis nisi vt patronus in ea portione creditor videatur. Quidni ergo contentus esse debeat, vt totum id quod tibi debetur consequatur, quamuis ex causa fideicommissi à se præstãdi cogatur satisdare fideicommissario? Quamquam si quis tam fauorabiliter eũ tractare vellet vt ne minimo quidem huius satisdationis incommodo eum onerari pateretur, Dicerem potiùs fideicommissum hoc quod patronus præstare iussus esset nullius momenti fore, nisi fideicommissarius satisdandi necessitatem vltro ei remittere paratus esset, aut saltem remittendam illi à prætore satisdationem quæ & quocũque volũtatis indicio remitti solet *l.unia 77.§.vl. De cond. & demonstr.* quàm vt admittere vnquam possem vt cogatur patroni coheres ei satisdare cui nõ ipse, sed patronus fideicõmissum præstare rogatus fuerit. Nec improbabile est alterutrum ex his quæ nos faciliùs admitti posse dicimus à Paulo ita scriptum fuisse. Etsi enim est in vtroque aliquid est quod à iuris communis ratione abhorrere videatur, illud tamen non solùm iniquius, sed etiam multò absurdius est quod Tribonianus vult cauere quem de fideicommisso quod non ipie, sed alius præstare debeat. Quoties autem tale quid occurrit in quo nihil sine captione inuestigari possit, eligendum semper illud est quod minimum habeat iniquitatis aut absurditatis *l.quoties 200. De regul. iur.* Longéque dissimile est quod Vlp. tractat in *l.is cui 5.§.si Titio 29. D. vt in possess. legat.* in cuius specie translatio sit præstandæ satisdationis à persona Titii in personam Sempronij: nec tantùm oneris satisdandi, sed etiam possessionis. Habet enim species illa rationem hãc, quod cùm legati, vel fideicommissi nomine non cauetur ei cui cauendum est, res ipsa quæ per legatum, aut fideicommissum relicta fuit, aut saltẽ eius possessio vice cautionis esse potest & debet, neque in eo fit vlla iniuria ei qui cauere debet, nec cauet, cùm è contrario ipsi caueatur de eadem re si condicio defecerit ei restituenda. Quod diuersum est in casu nostro in quo agitur de transferendo cautionis onere ab eo qui debuit cauere fideicommissario in eum qui neque fideicommissum neque cautionẽ huic fideicommissario vnquam debuit, quamuis legatum ille debeat patrono, sub condicione, & consequenter eius legati condicionalis nomine cautionem. Sed hoc ad Paulum obiter, quamuis nõ omnino extra rẽ dictum sit. Redeamus ad id quod dicebamus ex eodem Paulo in *dict.l.Paconius 3.§.1. D.si à parent. quis manum.* Si filius emancipatus testamento suo patrem præterierit, siue illũ heredem instituerit, non cogendum patrẽ fideicõmissa vlla præstare ex sua parte, quæ ei debetur, etiãsi adierit hereditatẽ. Quod nec hodie aliud erit, tametsi ponas aditam à patre hereditatem filij nõ implorato beneficio legis & inuentarij, quia ei tantùm nocet beneficium illud neglexisse, qui hoc ipso quod heres est, creditoribus omnibus & legatariis, & fideicommissariis obligatus repetitur. Qualis non est patronus ex ea dũtaxat portione quæ sibi debita est institutus, cùm in ea sit ipse quoque creditor. Subiicit Paulus, Sed etsi filia, vel nepos neptisve manumissa sit, & pater, vel auus præteritus petat bonorum possessionem eadem hîc dicenda esse quæ in filio diximus: vt intelligamus quamuis in aliis nonnullis alia ratio sit filij alia filiæ nepotúmque quod ad hoc vt citiùs & faciliùs isti liberentur à patria potestate quàm ille, nullam tamen hac parte inter eos differentiam esse, sed omnes sicut in eo conueniunt post emancipationem quod æquè sunt à parente manumissi, ita & parem exitum facere liberorum ex contra tabulas bonorum possessione. Tres tamen casus sunt in

L.unia 77 §. vl. De cond. & demonstr.

L. quoties 200. de reg. iur.

L.is cui 5.§. si Titio 29. D. vt in poss. legat.

d.l. Paconius; §.1. D. si à parent. quis manum. sit.

Tres casus in quibus pater qui filium emancipauit repellitur à beneficio bonorũ possessionis contra tabulas. d.l.1.§.si parens.eod.

quibus ab eo beneficio bonorum possessionis contra tabulas pater repellitur. Primus est si parens acceperit pecuniam, vt filium emanciparet, vt proinde nõ possit videri dedisse merum beneficium qui pro eo precium & pecuniam acceperit, alius si post emancipationem filius inter viuos tantùm in eum contulerit quantum satis est ne iudicia eius inquietet. Sic enim constituendus & intelligendus est Vlp. in *d.l.1.§.si parens.* Non quomodo ab interpretibus vulgo accipitur, qui ex eo loco solent colligere differentiam inter eam portionem, quæ patri debetur in bonis filij, & eam quæ filio debetur in bonis patris, quasi possit illa magis quàm hæc tolli per pactum de non succedendo, quod euidenter falsum est, & à nobis iam aliàs refutatum in Decadibus nostris *De errorib. pragmatic.* Porrò duobus his casibus ait Vlpianus doli exceptione repellendũ esse patrem si post filij mortem velit petere bonorum possessionem contra tabulas, cùm ei filius adhuc viuus, id est inter viuos prouidisse posteriore casu videatur, vt in *l.cùm quo* 56.§.*vlt.D.ad leg.falcid.* Tertius casus est, quo bonorum possessionem contra filij tabulas parens non accipit, si fortè filius militare coperit. Nam Diuus Pius rescripsit patrẽ ad contra tabulas bonorum possessionem hoc casu venire non posse *d.l.1.§.est & alius.* Scilicet quod ad bona filij castrensia ad quæ restringendum esse rescriptum Diui Pij constat ex *l.nam in bona* 30.iunct.§.*vl.l.præced.D de testam milit.* Quamuis in querela inofficiosi testamenti hæc distinctio non adhibeatur. Est enim hoc vnum ex priuilegiis militum inter cætera vt ipsorum testamenta per querelam inofficiosi testamenti rescindi non possint *l.de inofficioso* 9.*C.de inoff.testam.* Et ratio diuersitatis illa fortasse est quod querela inofficiosi suggillat existimationem defuncti non etiam bonorum possessio contra tabulas, ideóque minùs hæc odiosa quàm illa est. Quartus casus addendus est ex Diui Traiani rescripto, quod Papinianus refert in *l.vlt.eod.tit.si à parent.quis manum.* de patre qui coactus sit à Principe (ab alio enim cogi non posset) emancipare filium quem malè & contra pietatem afficiebat. Nam si velit ille tanquam manumissor defuncto postea filio bonorum possessionem contra tabulas petere, deneganda illi est, propter necessitatem soluendæ pietatis, vt ea lex ait, id est, quia non nisi coactus & ex necessitate ius suum patriæ potestatis remiserit, non vt beneficium aliquod in filium conferret. Omnium difficillimum in hoc tractatu illud est quod ex Iuliano Vlpianus scribit in *d.l.1.§.vlt si à parent.quis manumiss.sit.* Patrem accepta contra tabulas bonorum possessione etiam ius antiquum, quod & sine manumissione habebat posse sibi defendere. Nec enim nocere ipsi debere quòd iura patronatus habeat cùm sit & pater. Etsi namque non ignoro ius antiquum à plerisque intelligi ius querelæ inofficiosi testamenti, tanquam quæ competat patri præterito *l.pater filium* 14.*cum seq.*D.*de inoff.testam.* & quidem ex iure ciuili quod antiquius est prætorio ad differentiam scilicet bonorum possessionis contra tabulas, quæ cùm sit ex iurisdictione prætoria ius nouum dici non male potest (quam sententiam à Viglio primùm inductam ad *tit.De inof. testam.* postea que à Cuiacio confirmatam *lib.*8.*obseruat.cap.*23. nos quoque aliquando bona fide secuti sumus) Ne tamen hanc interpretationẽ probare possim duo faciunt. Illud primùm quod Iulianus & Vlpianus de eo iure antiquo loquuntur, quod possit pater sibi defendere accepta contra tabulas filij bonorum possessione, ac proinde rescisso iam per eam bonorum possessionem testamento, Atqui fieri non potest, vt testamentum quod iam rescissum sit per

L.cùm quo 56.§.vlt.D. ad leg.falcid.

d.l.1.§.est & alius l.nam in bona 30. D. de testam milit.

L.vlt. D si à parent. quis manum. sit.

d.l.1.§. vlt. si à parent. quis manum. sit.

l.pater filiũ 14.cum seq. D. de inoff. testam.

contra

contra tabulas rursum per querelam rescindatur,nõ magis quàm vt quod nullam eius causam possit *l.5.verſ.poſt defectum D.de inius.rupt.* Ergo nec illud vt pater filij contra tabulas filij bonorum possessionem accepit querelam inofficiosi testamenti præterea possit. Nec possum satis mirari quod Cuiacius supradicto loco scribit ex hac specie sumi posse accommodatissimum exemplum ad eam quæ regulam de qua in *l.quoties duplici* 91.*De regul.iur.* Regula siquidem hoc tantùm habet,Quoties duplici iure defertur alicui successio repudiato no- *l.quoties duplici 91. de regul.iur.*
no iure,quod ante defertur superesse vetus. At nos eum casum tractamus quo filij nostri bonorum possessionis contra tabulas non sit repudiatum,sed agnitum,vbi pertè probant verba illa Iuliani *accepta contra tabulas bonorum possessione.* Itaque rursus verum est querelam inofficiosi testamenti esse ius aliquod siue actionem,siue vetus quo successio deferatur:Quandoquidem is qui de inofficioso conqueritur,non ideo succedit,sed tantùm aperit sibi viam ad ius legitimæ successionis cui locus omnimodo futurus sit rescisso demum testamento. Quæ nec aliud exemplum ad eam regulam accommodatius quærendum est,quàm de legitimo alicuius herede,qui etiam testamento institutus proponatur. Habet enim hic duplex ius succedendi ex testamento scilicet & ab intestato,quorum prius dicitur nouum quamuis priore loco deferatur,posterius verò vetus,quia quod quis ab intestato succedere possit tãquam filius,aut quasi agnatus habet à natura,vt autem possit succedere ex testamento, habet à domicilio & ex ipsius voluntate, quam negari non potest esse posteriorẽ iure falcidiæ,ex quo ius legitimæ successionis inducitur. Repudiata verò testamentaria successione quàm quia prius quoque repudiari necesse est, vtique superest ius vetus succedendi ab intestato,nisi proponas adfuisse animum vtriusque filij repudiandæ *l.illud dubitari 77.De acq hered.* Sed &,quis dicat patri prius patri bonorum possessionem contra tabulas filij à quo sine causa prætertus est,quàm inofficiosi querelam testamenti? Nec enim habent hæc duo iura ordinem inter se vllum prioritatis,vt ita dicam & posterioritatis,quomodo de hac successio testati,& successio intestati. Hæc enim sequitur, illa præcedit. Neque regula iuris loquitur de eo iure nouo quod antè quàm vetus defertur. Non ergo de bonorum possessione contra tabulas, nec de querela inofficiosi testamenti patri detur. Aliud quod me mouet illud est,quod Iulianum & Vlpianum ita scripsisse video *& sui antiquum quod & sine manumissione habebat.* Atqui si pater filium nõ manumisisset,filius testamentum facere nunquã potuisset patre quidem volente *l.qui in potestate 6.D.qui testam.facer.poss l.tam si 25.§.fi D.de mort.caus.don.* nec proinde querelam inofficiosi testamenti proponere pater vnquam posset. Igitur de alio iure antiquo,quàm de querela inofficiosi testamenti hic intelligi debet: Ac nisi me fallo(est enim sanè lubricus & periculosus hic iure dominij quod in bonis omnibus filij prædefuncti habet pater qui filium nunquam emancipauit,licèt testamentum facere filius potuerit,& fecerit,quodò aliqua ratione apud patrem bona illa filij remanserint, vt cuenim filiusfamilias peculium castrense habens decessit,aut intestatus,aut patre instituto, aut etiam extraneo si voles,sed qui hereditatem filiifamilias aliquam facere adeundo noluerit:Quibus casibus constat patrẽ retrouideri semper habuisse dominia rerum omnium filij antiquo iure,vt Thryphon. loquitur in *l.de hereditate 19.§.pater in fin.D.de castrens.pecul.* & nos pluribus explicauimus ad Princip.6.illat.12. & ad Princip.prox.illat.5. Dices id fieri iure *L.illud dubitari 77. D. de acquir. hered.* *L.de hereditate 19.§.pater D. de castr. pecul.*

ized by Google

patriæ potestatis,quæ ipso iure tollitur per emancipationem, & ideo fieri non posse,vt dominium quod haberet pater in bonis filij castrensibus, habeat etiã in bonis filij emancipati. Respondebo filiofamilias milite de castrensibus bonis suis testato, non plus iuris habere posse patrem in iis bonis quàm si filius fuisset emancipatus cùm hoc casu & quantum ad ius disponendi de his bonis pertinet filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l.2.D.de SC.Mace.l.vl.D. ad SC.Tertyll.* Emancipatio verò quid aliud facere posset, nisi ex filiofamilias patremfamilias atque ita ei tribuere ius faciendi testamenti? Rursum quid interest an filius testamento facto heredem patrem instituerit, an verò eum ita præterierit,aut ex minore quàm ex debita portione instituerit, vt acceperit pater contra tabulas filij bonorum possessionem? Vtroque siquidem casu succeditur si non ex testamento saltem ex causa testati, neutro autem ab intestato. Nec minùs intestati successionem impedit bonorum possessio contra tabulas quàm si secundum tabulas accepta esset. Ob idque nec fieri potest, vt concurrat cum querela inofficiosi testamenti,quæ semper ita rumpit testamentum,vt inducat successionem intestati: facit *l.non putauit 8.D.de contr.tab.§.sunt autem infr.de bonor.poss.* Itaque quamùis diuersa sit meliórque condicio emancipati filij quàm filiusfamilias castrense peculium habentis, in eo quod ab intestato quoque heredem habere potest,vt & alius paterfamilias quilibet, nõ etiam filiusfamilias miles *l.2.De castrens.pecul.* hic tamen cùm pater contra tabulas filij emancipati bonorum possessionem accepit, nihil est, quod de successione intestati tractari possit,nec quod emancipatio videri queat filio attulisse, nisi vt eum capacem fecerit bonorum sibi quærendorum, quorum alioqui capax etiam esse potuisset filiusfamilias manens non tantùm ex causa castrensis pecu lij in quo patrisfamilias iure cẽsetur,quemadmodum diximus,sed etiam si pater ipse sibi per filium acquiri noluisset,vt in specie *l.cogi 16.§.si pater D.ad SC. Trebell.* aut in fraudem fideicommissi filio à se relicti aliquid fecisset,vt in specie *l.imperator 50.eod.* Ergo non esset bona consecutio si quis diceret,emancipatum filium capacem esse bonorum acquirẽdorum,ac proinde nõ posse patrẽ in iis bonis dominium habere,ne quidẽ filio defuncto, Alioqui perinde hoc ipsum quis inferret cõtra patrẽ,cuius filiusviuẽs propriũ aliquid habuisset. Etsi autẽ bonorũ possessio cõtra tabulas quę filij tabulas rescindit,nõ similiter rescindit emãcipationẽ,nec proinde restituit patri ius potestatis,quod emãcipatio sustulerat,cùm tamen totus emancipationis effectus, & finis ille fuerit, vt filius & sibi acquirere posset,& de bonis acquisitis pro arbitrio, siue inter viuos,siue in vltima voluntate disponere,hoc ipsum verò vtrumque fiat irritũ eo casu quo emancipatus filius ita fuerit testatus,vt bona omnia quæ adquisierat,& de quibus in vltima voluntate disposuerat,apud patrem remanserint, quid obsecro impedire potest,quominùs eodem iure pater hic censeatur,quo si numquam emancipasset filium,qui tamen aliqua bona sibi propria habuisset? Aut quid prodest retinere memoriam & potestatem emancipationis eo casu,quo pater omnia filij bona perinde retineat acsi emancipatio nulla præcessisset? Denique hoc volo,potestatem bonorum possessionis huius cõtra tabulas licèt non tollat emancipationem nec eam rescindat,tollere tamen intellectum emancipationis,quod ad id vt in iis bonis quæ per eam bonorum possessionem apud patrẽ resident,nulla emancipationis ratio haberi possit, Exẽplo eius quod Papin.scribit in *l.si patroni 55.§.vlt.D.ad SC.Trebell.* potestatem

Per bonorũ possessionem contra tabul. succeditur ex testamento.

l. si patroni §. vlt. ad SC. Trebell.

euictionis in illa ſpecie tollere intellectum reſtitutionis. Ob idque ſic Iulianus noſter loquitur, vt dicat patrem accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione ius antiquum poſſe ſibi defendere, vt intelligamus non ſentire Iulianum de tali iure antiquo, ex quo poſſit pater ſuccedere aut agere (quid enim eget ille iure ſuccedendi aut agendi ſiue antiquo, ſiue nouo, qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepit?) ſed quod ſolam aſſertionem inducat & defenſionem. Quod euenit cùm pater dominum ſe dicit tanquam pater bonorum quorum factus erat poſſeſſor tantùm, aut ſaltem nonniſi bonitarius dominus ex beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas. Nec enim prætor dominum quiritiarium facere poterat ob idque nec heredem *§. quos autem Inſtit. de bonor. poſſ.* ſed bonitarium duntaxat *l. 1. D. de fund. dotal. l. ſi finita* 15. *§. Iulianus D. de damn. infect.* Nemo autem neſcit quantum olim interfuerit an quis dominus eſſet bonitarius an quiritiarius, cùm non alius verè & abſolutè dominus dici poſſet, quàm qui iure Quiritium talis eſſet. Itaque cùm interſit patris qui tanquam manumiſſor accepit contra tabulas filij emancipati bonorum poſſeſſionem vt non tantùm bonorum poſſeſſor ſit dominúſve bonitarius, ſed etiam dominus iure Quiritium (qualis proculdubio eſſet ſi prædefunctus filius numquam manumiſſus fuiſſet, nec eo minùs tamen aliqua bona moriens reliquiſſet ex iis ſcilicet cauſis ex quibus filiusfamilias proprium aliquid habere poteſt) fatendum eſt quod ex Iuliano Vlpianus ſcribit acceptam iure prætorio à patre bonorum poſſeſſionem contra tabulas filij emancipati, non debere patri obſtare, quominùs idem ille ex iure ſuo antiquo quod tanquam pater habiturus erat etiam citra manumiſſionem poſſit dominium ſibi adſerere, vt hoc ipſo plus iuris habeat, quàm ſola bonorum poſſeſſio contra tabulas eſſet ei allatura. Videtur autem omnium elegantiſſimè locus hic probare filiumfamilias iam olim fuiſſe acquiſitionis capacem, Alioqui nullum ius habere poſſet pater in bonis filij ſine manumiſſione ſi nec filius ipſe bona vlla habere poſſet, etiam extra cauſam caſtrenſium, cùm de caſtrenſibus hoc loco Vlpianus non loquatur. De quo tamen alibi ſæpius à nobis tractatum eſt, quamuis numquam citato in eam rem hoc reſponſo.

L. 1. D. de fund. dotal. l. ſi finita 15. *§. Iulianus De damn. infect.*

Filiumfamilias iam olim fuiſſe acquiſitionis capacē.

ILLATIO V.

De legitima parentum tutela.

Tit. De legit. parent. tutel.

QVintò ex eodem Principio fit vt ſi impubes ſit filius qui emancipatur vel filia, pater qui emancipauit hoc ipſo legitimam filij tutelam nanciſcatur, vt Iuſtinianus ſcribit in *hoc §. & latiùs in tit. De legit. parent. tutel. infr.* Nam cùm tutela ſit ius & poteſtas in capite libero vt dicemus ad *tit. ſeq.* nec fieri poſſit vt vnus & idem eodem tempore ſit in duorum poteſtate, conſequens eſt vt qui in patris tanquam tutoris poteſtate eſt deſinat, immò verò iam priùs deſierit eſſe in poteſtate ipſius tanquam patris. Diſſolutio enim patriæ poteſtatis illa eſt, quæ tutoriæ locum facit. Et quamuis filiusfamilias per emancipationem deſinat eſſe filius, quantum ad ius ciuile attinet, quia tamen pater reuera & naturaliter manet pater, nec ideo amiſit filiumfamilias quod eum malè tractauerit, ſed potiùs quòd ſuo incommodo tantùm beneficium in eum contulerit, Nihil cauſæ eſt cur non eidem ipſi patri potiùs quàm alij vlli committenda ſit vita totúmque patrimonium impuberis emancipati iure legitimæ tutelæ. Quãuis inter patrem & filium emancipatum ius nullum ſuperſit legitimæ ſucceſ-

l. quo tutela 71. De regu. iur.

sionis, dicíque soleat quo tutela redit eò & hereditatem redire oportere. *l. quò tutela 73. De regul. iur.* Aliud enim hac parte ius est tutelæ legitimæ, aliud verò legitimæ successionis. Solius nãque impuberis fauor in eo vertitur, vt tutorem habeat patrem potiùs quàm alium: quæ pupilli vtilitas vt scilicet ipsius vita in tutiore loco sit, cum reipublicæ quoque vtilitate coniuncta est, ad quam vel illud maximè pertinet vt impuberum saluti, & securitati consulatur per quos fieri possit aliquando vt respublica gubernetur, conseruetur, adeóque collapsa restauretur. At vt defuncti impuberis puberísve successio ad patrem potiùs quã ad alium pertineat nihil interest reipublicæ. Ideóque non quemadmodum tutela ita & successio vlla legitima parentum qui liberos emancipassent constituta fuit. Quamquam si verum amamus, habet pater legitimam hanc filij sui impuberis emancipati tutelam non tanquam pater sed tanquam patronus ob hoc ipsum quod filium emancipando manumisit, secundum ea quæ diximus illatione præcedenti. Nam & Iustinianus ipse in hoc §. scribit patrem nanciscí tutelam hanc ex manumissione, & in *dict. tit. De legat. parent. tutel.* idem ille ait exemplo legitimæ tutelæ patronorum, & hanc quoque receptam esse, quæ & ipsa inquit legitima vocatur, Eodem prorsus modo quo & legitima tutela patronorum, Non quòd de ea quicquam nominatim cautum sit lege 12. tabul. sed quia perinde accepta est per interpretationem acsi verbis legis introducta esset. Eò enim ipso, quod libertorum libertarúmque hereditates si intestati decessissent iusserat lex ad patronos eorúmve liberos pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, sumpto argumentò ab agnatis quos & ad hereditatem & ad tutelam quoque eadem lex vocat vt Iustinianus ratiocinatur in *tit. De legat. patron. tutel.* Quod cùm ita sit fatendum est non esse hac parte diuersam rationem legitimæ tutelæ, & legitimæ successionis, nec violari hoc casu regulam illam iuris quæ tutelam defert iisdem personis quibus & hereditatem nisi cùm fœminæ intercedunt. Pater enim tanquam patronus, sicut impuberis emancipati legitimus tutor est, ita & legitimus heres ex lege 12. tabul. Quo etiam exemplo dat ei prætor bonorũ possessionem contra tabulas filij, sicut & patrono alij cuilibet contra tabulas liberti, vt diximus illatione præcedenti ex *l. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum. sit.*

§. *præterea hoc tit.*

Legitima patronorum tutela.

Tit. de legit. patr. tut.

L. 1. & tot. tit. D. si à parent. quis manum. sit.

ILLATIO VI.

De *iure quod habet parens manumittendi quos velit ex suis liberis.*

SExtò ex eodem Principio sit, vt liberum sit ei qui filium & ex eo nepotem vel neptem in potestate habet filium quidem de potestate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere, ac è contrario filium quidem in potestate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere, sicut & omnes sui iuris efficere si vellet, posset. Idémque de pronepote & pronepte iuris est, quemadmodũ scribit Iustin. in *§. admonendi hoc tit.* post Caium in *l. liberum 28. D. de adopt.* Nam cùm ius patriæ potestatis sit patris nec tantùm in liberos suos primi gradus, sed etiam in omnes ex eis descendentes, non est ille cogendus vt ius suum vel retineat, vel remittat nisi eo ipso quo velit modo: quandoquidem patria potestas inæstimabilis res esse creditur vt est *l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos De legat. 1.*

§. admonendi hoc tit. l. liberum 28. D. de adopt.

ILLA-

ILLATIO VII.

De filiofamilias in adoptionem date.

SEptimò ex eodem Principio fit vt quisquis filiumfamilias suum alij dat in adoptionem hoc ipso amittat ius patriæ potestatis, inspecta scilicet iuris veteris ratione cùm adoptio non posset fieri quin emancipatio vna pluréfve interuenirent vt Iustin. refert in *l. vlt. C. de adopt.* Nec rursus quin adoptatus in familiam & potestatem veniret adoptantis. Atqui iam sæpius diximus fieri nunquam posse vt quis sit in duorum potestate. Nec illud igitur fieri poterat vt nõ exiret de patris naturalis potestate qui in patris adoptiui potestate constitueretur. Sed Iustiniani constitutionibus immutatum hoc est, non ex illa solùm parte qua veteres illos circuitus sustulit in *l. vlt. C. de adopt.* verùm ex illa etiam qua induxit vt qui in adoptionem datur à patre naturali & legitimo non idcir eò exeat de ipsius potestate, sed remaneant patris naturalis iura integra, perinde acsi adoptio nulla facta esset nisi eo vno casu quo pater filium quem in potestate sua habet auo vel proauo naturali dederit in adoptionem *l. penult. eod. tit. C. de adopt.* de cuius sententia quam Iustinianus repetit in *§. sed etsi pater hoc nit* scripsimus nonnulla ad *tit. De patr. potest Princ. 4. illat. 4. & ad tit. De adopt. Princip. 1 allat. 12.*

L. vlt. C. de adopt.

L. pen. eod. tit. C. de adopt.

ILLATIO VIII.

De nepote concepto ante vel post filij emancipationem.

OCtauò ex eodem Principio fit vt si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium postea emancipaueris vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominùs quod ex ea nascitur in potestate tua nascatur. Quòd si post patris sui emancipationem vel adoptionẽ conceptus fuerit, patris sui emãcipati, vel aui adoptiui potestati subiiciatur vt Iustin. scribit in *§. illud autem penult. huius tit.* Hac enim parte vt & in aliis plerisque conceptionis tempus attenditur potiùs quàm natiuitatis eodémque iure censetur qui in matris vtero est quamuis nondum natus sit, quo si iam natus esset; cùm scilicet de ipsius partus commodo agatur *l. 7. l. qui in vtero 26. De stat. hom.* Nec enim dubitandum est quin nepotis interfit vt patre emancipato retineatur ille in aui sui paterni potestate vel ob hoc ipsum vt suus heres nasci & sui heredis iura nanciscí possit, in familia & hereditate aui, perinde acsi patrem nullum haberet. Quamquam enim patri etiam emancipato dat prætor bonorum possessionem acsi emancipãtus non fuisset, coniungit tamen cum eo liberos ipsius in aui potestate retentos. Ex ea parte edicti quæ est *De coniung. cum emancip. liber. eius.* Non alia ratione, quàm quod æquissimum temperamentum illud visum sit vt neque emancipatus solus veniat, & in totum excludat nepotes in potestate manentes, qui è contrario totum iure ciuili habere deberent, neque nepotes iure potestatis obiiciantur in totum patri suo, quem prætor perinde nocet acsi emancipatus non fuisset. Porrò si emancipatus non esset nõ solũ partẽ bonorũ haberet sed totam ipsam bonorum vniuersitatem vt ratiocinatur Vlp. in *l. 1. §. 1. ill. tit.* Neq; est quod quis dicat, immò verò vtilius fore huic nepoti qui adhuc in vtero est si non remaneat in potestate aut patre emancipato. Id enim tùm verè diceretur, cùm emancipato patre ipse quoque cõceptus ex eo nepos emãcipatus intelligeretur, quia ipsius proculdubio interesset sui iuris esse potiùs

§. illud autẽ penult. hoc tit.

Edictum Deconiung. cum emancip. lib. eius.

L. 1. §. 1. ill. tit. De coniung. cum emancip. lib. eius.

quàm alieni. Sed cùm neque possit emancipari qui nondum natus est, neque proinde possit ille effugere quin nascatur in alicuius potestate, siue pater, siue auus paternus ille futurus sit, est sanè ipsi multò commodius vt auo quã vt patri suus heres nascatur. Siquidem aui hereditas & opulentior futura est quàm patris qui nunc primùm fuerit emancipatus, & probabiliori spe citius deferenda, ex ipsius non tantùm aui, sed etiam naturæ voto, quod illud est vt auo pater, patri filius superuiuat *l. nam etsi* 15. D. *de inoff. test. l. scripto 7. §. vlt. D. vnd. liber. l. vlt.* D. *de bon. damnat.*

ILLATIO IX.

De non cogendo patre vt liberos suos emancipet.

NOnò ex eodem Principio fit vt neque naturales, neque adoptiui liberi qui in patris siue naturalis, siue adoptiui potestate sunt, cogere i lum possint vt emancipet *l. non potest* 31. D. *de adopt.* Adeo vt neque rescripto Principis id impetrari possit *l. nec auus* 4. C. *de emancip. liber.* vbi ratio redditur, quoniam id fieri non posset citra iniuriam siue patris siue aui qui filium aut nepotem emancipare iuberetur. Rescripta verò Principum ad alienam iniuriam porrigi numquam debent *l. ex facto* 43. De *vulgar. & pupil. substit. l.* 2. *§. meritò & §. si quis à Principe D. ne quid in loc. public.* Ideo autem iniuria fieret ei qui emancipare cogeretur quia vt Principium nostrum habet, per emancipationem vinculum patriæ potestatis dissoluitur, patria verò potestas inæstimabilis res est, vt diximus ad *Princip. 1. tit. De adopt illat.* 26. *ex l. filiusfamilias* 114. *§. sed si liberos De legat.* 1. vbi ob hanc causam scribit Marcianus, si quis alterius testamẽto rogatus sit vt filium suum emanciper, non esse cogendum: quod & Papinianum sensisse refert Vlp. in *l. si cui legatum* 92. De *condic. & demonstr* in illa etiam specie cùm patri aliquid legatum fuerit, isque rogatus sit liberos suos emancipare. Quamquam concludit ibidem Vlp. magis esse vt hoc casu extra ordinem constitui debeat eum patrem qui agnouit legatum vel fideicommissum, quod sibi relictum est hac contemplatione vt liberos suos emanciparet, cogendum emancipare. Neque enim circumueniri, inquit, debet voluntas testantium. Sic denique hoc accipiendum (malo enim legere *denique* quàm vt vulgo *deinde*) quemadmodum si sub condicione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum, vel sub hoc modo relictum vt eos emanciparet. Qui casus duo nullam dubitationem recipere possent, ob voluntatem testatoris, qui vtique non aliter fuerat patri legaturus. Quæ voluntas multò minùs aperta est cùm diuersis licet contiguis orationibus patri aliquid legatur, & ille vt filium emancipet, rogatur: qua in specie Papinianus responderat non esse cogendum patrem emancipare, quasi non constaret hoc casu relictum legatum, contemplatione emancipationis faciendæ. Illud sanè constat fuisse semper odiosas patribus huiusmodi condiciones emancipandorum liberorum, vt coniicere licet ex *l. quidam* 46. *D. de hered. instit.* vtpote per quas id videatur agi, vt non tantùm patriæ potestatis, sed etiam pietatis vinculum dissoluatur, quomodo loquitur Papin. in *l. vlt.* D. *si à parent. quis manum. sit.* Multum siquidem ad retinendam pietatis obseruantiam prodest retineri spem quam continuis obsequijs liberi parare sibi solent consequendorum à parentibus bonorum *l. nec ei* 17. *§. pen.* D. *de adopt.* Obsequi autem non potest filius cui pater pro suo iure impetrare nihil potest, cùm

L. non potest 31. D. de adopt.
l. nec auus 4 C. de emanc. liber.
l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos de leg. 1.
L. si cui legatum 92. De condic. & demonstr.
L. quidam 46. D. de hered. instit.
L. vlt. D. si à parent. quis manum sit.
L. nec ei 17. § pen. D. de adopt.

cùm obsequium dicatur ex imperij comparatione *l.4.De regul. iur. l. 4. C. ad leg. Iul. de adulter.* Sunt tamen etiam alij casus in quibus pater filium emancipare cogitur. Inter quos ille est, si pater filium malè tractet id est patriam potestatem nimis acerbè in eum exerceat & contra officium pietatis paternæ vt in *dict. l. vltim. D. si à parent. quis manum. sit.* Non etiam si pater abutatur iure suo patriæ potestatis ad profliganda & dissipanda bona, quæ vel ipsius filij iam sint, vel ei quandoque restituenda vt in specie *l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Nam aduersus fraudem patris quod ad bona filij attinet alio remedio succurri potest, Non quidem vulgaribus cautionibus quæ in eam rem ab alio præstari possent & deberent (nec enim possint inter patrem & filium interponi salua patria potestate) sed cogendo patre bona illa filio protinus reddere, ita vt nihil iuris habeat in iis bonis quandiu filius viuit *d. l. imperator*. At contra patrem qui in personam filij supra modum sæuiat, nullo alio auxilio prospici potest quàm vt filium emancipare compellatur. In domino seruum suum malè afficiente aliud est. Iubetur enim & cogitur non quidem dare ipsi libertatem quod nimis magnum durúmque esset, sed alteri eum vendere, atque adeò ita vt in ipsius prioris domini potestatem numquam reuerti possit *l. 2. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Seruus enim sicut & quælibet alia res quæ in commercio sit vendi potest, non etiam liber homo & ciuis qualis proculdubio est quisquis filiusfamilias est *l. 4. eod.* Est & alius casus quo non melior domini quàm patris condicio est in amittendo iure potestatis etiam, quod magis est citra vllam manumissionem. Nimirum ex Impp. Theodosij & Valent. constitutione in *l. lenones 6. C. de spectac. & scenic. & lenon. lib. 11. tit.* 40. Si pater vel dominus leno probetur, qui suæ vel filiæ vel ancillæ peccandi necessitatem imponat. Hic enim nulla quoque interueniente manumissione sed solo magistratus suffragio per filiam aut ancillam implorato non solùm potestatem quam habuit amittit, sed etiam proscriptus, exilij pœna mulctatur, publicisque metallis, graiore quolibet supplicio dignissimus, addicitur.

Alij casus in quibus pater filium emancipare cogitur. d. l. vltim si à parent. quis manu. sit l. imperator 50 *D. ad SC. Trebell.*

l. 2. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

l. lenones 6. C. de spectac. & scenic.

TIT. XII.

De tutelis.

PRINCIPIVM I.

Definitio tutelæ.

TVTELA est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit, iure ciuili data & permissa, vt Iustin. scribit in *§ 1. huius tit.* post Seruiũ & Paulũ in *l. §. 1. hoc tit. l. D. eod.* In qua tamen definitione malunt quidam legere *ius* quàm *vis* secuti Theophilum, qui tutelam definit δικαίωμα hoc est ius aliquod. Sed quamuis verum sit tutelam ius esse, ob idque & per *ius* tãquam per genus suum definiri commodè posse, vt & patria potestas, & obligatio, & actio & alia penè innumera huiusmodi quæ sunt iuris ciuilis, elegantius

l. 1. D. de tut.

tamen dixit Seruius esse vim, quàm si ius esse dixisset. Quod enim exprimendum erat in definitione vt appareret tutelam esse iuris & quidem ciuilis, satis expressum est sequentibus illis verbis *iure ciuili data & permissa*. At illud quoque exprimi oportuit tutelam esse vim quandam, vt eius effectus melius percipi peretur. Dicitur enim vis, quia neque à natura primam originem suam trahit, vt patria potestas quæ in eos tantùm nobis competit, quos ex iustis nuptiis suscepimus & in liberũ hominem etiam inuitum exercetur, quod sanè citra vim fieri non potest. Vis namque est quotiescumque de se suisve rebus pro arbitrio disponere liber homo prohibetur: quæ res naturalem ipsius quodãmodo imminuit libertatẽ. Cũ libertas definiatur naturalis facultas eius, quod cuique facere libet nisi si quid vi aut iure prohibeatur facere *l. libertas* 4. *De stat. homin.* iunct. *l. extat* 13. D. *quod met. caus.* Ac quoniã nihil est quod ciuilis legislator tã exosum habeat quàm vim & impressionem ne ciuis romani libertatẽ vel minima in re diminui, rixarúmque in republica materiam nasci patiatur, cõstitutis in eam rem publicè magistratibus, quorũ autoritate vnusquisque quod suũ esse sibi ve debeat putet, persequatur: *l. non est singulis* 176. *De regul. iur. l. si quis* 7. *C. vnde vi. l.* 1. *C. si per vim vel alio mod.* iunct. *l. si cuius* 13. §. *sed si inter duos alias l. equissimum D. de vsufr.* bene additum est in definitione hanc vim quam tutor habet in pupillũ iure ciuili permissam esse. Sic enim accipienda sunt verba illa *iure ciuili data & permissa*, vt verbum *permissa* ad vim referatur, *data* verò ad potestatem. Potestatem namque dari oportuit, quatenus verò potestas illa vis quædam est, sufficere debuit vt permitteretur, id est vt esset inculpata. Cur autem permissa sit, ratio non est in obscuro, quia scilicet ad ipsius pupilli cui infertur, commodum pertinet, cùm is propter ætatem seipsum tueri non possit, neque decernere quid sibi faciendum sit aut detrectandum. Eò námque pertinet quod Seneca quodam loco scribit, Duplex beneficium accipere illũ, qui vt accipiat inuitus cogitur. Nã & inde tutores dici placuit quasi tuitores, sicut & æditui dicuntur qui ædes tuentur, inquit Paulus in *d. l.* 1. §. 1. *De tutel.* vt intelligant nullam se in personas & bona pupillorum habere potestatem nisi ad eum finem vt ipsorum & vitam, & facultates tueantur, non vt ea vi & potestate in ipsorum perniciem abutantur. *l. qui fundum* 7. §. *si tutor D. pro emptor.* Vnde etiã est quod Iustin. scribit in §. *pen. infr. de Attil. tut.* non tantùm ciuili, sed etiã naturali iuri conueniens esse vt is, qui perfectæ ætatis non sit alterius tutela regatur. Quamquam si quis ideo tutelã iuris naturalis esse diceret is pro culdubio erraret. Iuris enim tantùm ciuilis est, cũ lege 12. tab. fuerit primũ indu &ta. Ostendunt verò verba illa *vis ac potestas* id quod sequitur *in capite libero* ita esse accipiendum acsi scriptum esset paullo elegantiùs *in caput liberum*. Non enim id agebat Seruius cùm tutelam definiebat vt moneret alium tutorem dari non posse quàm eum qui esset liber homo, nec rursus alij quàm libero: quandoquidem sequens illa adiectio *iure ciuili data* satis excludebat seruilem condicionem & à tutoribus & à pupillis cum serui iure ciuili & consequenter in iis omnibus quæ iuris ciuilis sunt pro nullis habeantur *l. quod attinet* 32. *De regul. iur.* Sed vt significaret dignitatem tutelæ, quæ tanta est vt ex hac causa etiam in caput liberum possit quis eam vim & potestatem habere, vt sequitur apud Paulum, quamuis non sit pater, nec citra patrem cuiquam liceat potestatem aliquam sibi adrogare in ciuem romanum nisi publico magistratus iure, at ne quidem in eum seruum qui sit alienus. Ex quo

L. libertas 4. D de stat. hom. l. extat 9. quod met. caus.

Ratio inducenda, & permittenda tutela.

d. l. 1. §. 1. D. hoc tit.

§. pen. infr. de Attil. tutor.

quo intelligimus tutoris potestatẽ quã in pupillum habet,tametsi distincta sit à patria potestate nõ minùs quàm nomen ipsum tutoris à nomine patris(quò respicit proculdubio Iustin.cũ initio tituli præfatur,ex iis personis quæ in potestate nostra non sunt alias esse in tutela, alias in curatione, alias neutro iure teneri,quasi is qui in tutela est,non sit in alterius potestate)portionem tamen quandam esse patriæ potestatis,vt qui tutor est reuera nihil aliud, quàm alius quidam pater temporarius esse videatur. Nã & inde est, quod quãuis potestas patria finiatur morte vt superiore titulo diximus, patri tamen permissum est testamento suo tutorẽ pupillo dare vt postea dicemus,sicut & heredem ei facere per substitutionem pupillarem *l.2.& pass.De vulg.& pupill.subst.*vt intelligamus vim patriæ potestatis iũcta iuris potestate protrahi quodammodo in tempus vsque pubertatis.Certum enim est tutelã testamento patris mandari, non iure voluntatis duntaxat vt cætera quæ in testamento relinquuntur,sed etiam iure patriæ potestatis,quomodo eleganter loquitur Papinianus in *l.impuberi 40.in fin.De adm.& peric.tutor.*Nam de bonis quidem suis paterfamilias quilibet pro arbitrio disponere ex lege 12.tab.potest *l.verbis legis* 120.*De ver. signific.l.1.D.ad leg.Falcid.*Sed de alterius persona eáque libera disponere,quo modo disponit pater qui filio tutorem dando dat tutori vim & potestatem in caput filij,non alius potest quàm qui & pater sit,& omnium maximum ac nobilissimum patriæ potestatis actum hunc exerceat. Vnde etiam sic Papinianus loquitur vt dicat mandari tutelam,quomodo dicimus mandari iurisdictionẽ *l.1.& tot.tit.De offic.eius cui mandat.est iurisd.*Siquidem mandare quisque dicitur eam ipsam potestatem quã habet,cùm alium facere vult illud ipsum quod suo iure facere ipse posset.Fuit verò sanè conueniens hac veluti fictione succurri reuera pupillis vt qui verum patrem amisissent in ea ætate in qua potissimùm patris consilio & præsentia egebant,id est in qua sibi ipsis consulere nullomodo possent,perinde tamen regerentur acsi patrem adhuc haberent,ab eo nimirum quem pater moriens tanquam potestatis, prouidentiæ & adfectionis suæ vicarium in eam rem constituisset.

Ius dandi tutorem & substituendi pupillariter descenditex iure patriæ potestatis. l. impuberi 40.in fin. D.de admi. tutor.

ILLATIO I.

De *pupilli conditione quæ melior est quàm furiosi.*

EX hoc Principio illud primùm fit vt quamuis pupillus & iudicio & consilio prorsus careat,ita vt illa etiam quæ videt ignorare credatur, quomodo scriptum est in *l.1.§.impuberes C.de falsi.monet.* nec magis quàm furiosus adfectionem aliquam & voluntatem habeat *l.1. §.furiosus* D.*de acquir.poss.* à cuius conditione non multùm abhorrere ob eam causam dicitur in *l.Fulcinius 7.§. planè interdum* 11.*D.quib.ex caus.in poss.eat.*præsertim verò si eius ætatis sit vt intellectum nullum capiat,id est si sit infans *d.§.furiosus in fin.*Melioris tamen sit conditionis quàm furiosus,in eo vt non tantùm ipsius nomine possit tutor omnia facere, sicut & furioso datus curator facere ferè omnia potest nomine furiosi,verùm etiam ille ipse possit omnia facere tutore autore quamuis furiosus nihil omnino facere queat etiam autore curatore *l. in negotijs* 5. *De regul. iur.* Nimirum quia pupilli etiam infantis iudicium suppletur autoritate tutoris *l.quamuis* 32.*D.de acquir.poss.in §.infans*, At non similiter iudicium furiosi autoritate curatoris, Non quòd curator hic non detur personæ furiosi

l. Fulcinius 7.§ planè interdum 11. D quib ex caus in poss. eat. l. in negotijs 5. De regul. iur. l. quamuis 32.§. infans D. de acqu. poss.

Digitized by Google

ſicut & tutor perſonæ pupilli,in quo differt vterque à cæteris curatoribus qui non perſonæ ſed bonis dantur *l.cum in vna* 17.*§.vlt.*D.*de appellat.* Sed duplici diuerſitatis ratione,Et quia certum eſt ætatem allaturam eſſe iudicium pupillo,non etiam reſipiſcentiam furioſo *l.ambiguitatem* 12.*verſic.ſin autem talis* C. *de vſufr.* Et quia ſicuti patris & filij vna eadémque perſona eſſe creditur propter tam arctum vinculum patriæ poteſtatis *l.ne cum filiofamiliæ* 16.D.*de furt.* Ita & tutoris pupillíque perſona quandiu hic pupillus,ille tutor manet,eadem videri poteſt,imagine quadam & participatione quæ in tutore eſt eiuſdem patriæ poteſtatis,at quæ non ſimiliter vlla eſt in curatore. Vnde ſit vt & ſcientia & dolus tutoris noceat pupillo etiam ignoranti *l.ſeruus* 7. *§.vlt. D. de bonor. poſſ.l.* 4.*§.illa etiam quæſtio* D.*de dol.mal.except.* Vt intelligamus quod tutor ſcit pupillum quoque ſcire videri,vt è contrario impuberes ſine tutore agentes nihil ſcire poſſe intelliguntur *l.vlt. D.de iur.& fact.ignor.* ideóque nec peiurare dicuntur *l.qui iuraſſe* 26.D.*de iureiur.*

l.ne cũ filiofamilias 16. D.*de fur.*

l.ſeruus 7. *§.vlt.*D.*de bonor.poſſ.*

L. vlt. D.de iur.& fact. ignor. l.qui iuraſſe 26. D. *de iureiur.*

ILLATIO II.

Tutorem perſonæ dari principaliter, Bonis verò non niſi per conſequentiam.

SEcundò ex eodem Principio fit vt tutor perſonæ dicatur dari non bonis niſi per conſequentiam *l.quia perſonæ* 14. *D.de teſtam.tutel.§.certa qui teſtam. tutor.dar.poſſ.* Nam cùm tutela ſit vis & poteſtas in caput ipſum vt habet hæc definitio non poteſt fieri vt tutor quiſquam ſit qui non perſonæ detur. Nec obſtat quod bonis quoque datus intelligitur. Id enim fit per conſequentiam vt dixi,quia bona tanquam minùs digna ſolent ſequi perſonam tanquam digniorem.Idémque eſt & in curatore furioſi quia & hic perſonæ datur principaliter non bonis, quamuis etiam de bonis ſicut & de perſona furioſi locuta ſit lex 12.tab.iis verbis,*Si furioſus quis exiſtet,agnatorum gentiliúmque in eo pecuniáque eius poteſtas eſto,* vt dicemus ad *tit. De curat.in §.furioſi.* Quod in cæteris curatoribus diuerſum eſt.Illi enim non perſonæ ſed rebus dantur & bonis , vt proxima illat.diximus,& ad eum *tit.De curat.latius dicemus.*

L.*quia perſonæ* 14. *D. de teſtam. tutel.§.certa rei infr. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.*

ILLATIO III.

Tutorem certarum rerum vel cauſarum dari non poſſe.

TErtiò ex eodem Principio fit vt certarum rerum vel cauſarum tutor dari non poſſit,& ſi datus fuerit,tota datio nihil valeat *l. certarum* 12. *cum ſeq. De teſtam.tutel.*quia cùm tutor perſonæ detur non bonis,vt rationis loco ſubiicitur:ex Marciano in *l. quia perſonæ* 14. *eod. tit.* perſona autem ſit indiuidua, fieri non poteſt vt tutela ſit coarctata ad certas res, non magis quàm vt incipiat à rebus ipſis:quia non bene videretur, quis tueri perſonam pupilli ſi non eas quoque res ipſius omnes tueretur,quas tueri poſſit ipſe ſi iudicio & conſilio polleret.Itaque quod ſcriptum eſt in *d. l. quia perſonæ* , tutorem non dari rei,non pugnat cum eo quod Paulus ſcribit in *l.cùm plures* 12.*§.cùm tutor D.de adminiſtr.& peric.tutor.*Aliud enim eſt,tutorem dari rei,Aliud dari rebus.Qui dicit dari rei,dicit incipere dationemà re aliqua,vel ad rem aliquam coarctari.

L.*certarum* 12.*cum ſeq. D. de teſta. tutel.*

d.l.quia perſonæ 14.*eod.*

l.cũ plures 12. *§. cũ tutor* D. *de admin. tut.*

Qui

Qui verò dicit dari rebus , intelligit de omnibus , quòd bona omnia sequantur condicionem personæ *l.per curatorem 90.§.1.De acq.hered.* Quamquam non ita Paulus loquitur in *dicto §.cùm tutor* , vt dicat tutorem dari bonis , sed non rebus duntaxat , verùm etiam moribus pupilli præponi , quod longè diuersum est. Ideo namque & rebus & moribus pupilli præponitur quia personæ datur , cuius & moribus & rebus consulendum est , vt ipsi personæ consultum dici possit. Si tamen tutor detur rei Africanæ , vel Syriacæ, placet vtilem esse dationem , Non quidem ex iuris mera ratione , sed quia hoc iure vtimur , vt Vlpian. ait in *l.si tamen 15.De testam. tutel.* An exemplo tutoris dati à magistratu , qui alius dari potest Romæ à prætore pro bonis Italicis , alius à præside in prouincia pro bonis prouincialibus *l. pupillo 27. D. de tutor. & curat.dat.ab his.* Minimè quia in tutoribus qui petuntur , dantúrque à magistratu illud necessariò inducendum fuit , vt non ab alio dari tutor posset quàm ab eo magistratu qui competens esset , siue ratione domicilij aut ciuitatis vnde originem per condicionem paternam filius duceret , siue ratione loci vbi essent facultates *l.vnic.C. vbi pupill. tutor. vel curat.* Si quidem extra territorium ius dicenti impunè non pateretur *l.vlt. D.de iurisdiction.* Ob idque & simpliciter datus à magistratu tutor , non pro aliis bonis datus videri posset , quàm qui in eo loco essent cuius cura ad dantem pertineret *l.cùm vnus 12.§.penultim. D.de reb.autor. iudic. possid.* Quae etiam ratione si quando magistratus municipalis tutorem det (nam & municipalibus magistratibus ius dandi tutoris concessum fuit) non alium dare poterit , quàm qui sit ex eodem municipio , aut ex agro eiusdem municipij *l.3.De tutor. & curat.dat.ab his.* At pater nullis territorij , aut potestatis finibus coercetur , quominùs vnum eundémque tutorem filio suo impuberi pro ipsius bonis vbicumque sitis dare possit , Cùm det ex legis potestate quæ in toto romani imperij orbe vna eadémque est , & parem vbique locorum autoritatem obtinet : Quin & ipsa testatoris voluntas legem facit vbique locorum qui sint sub ditione orbis romani. Id enim significat verbum *legassit* in verbis illis legis 12.tab. *Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto d.l.verbis legis 120. De ver.signific. Legassit*, inquam, id est *legem fecerit*, aut quod parum distat, legis modo disposuerit. Petenda igitur ratio est, ex pupillorũ vtilitate quę sola sentẽtiã hanc induxit, cùm fieri facilẽ posset, vt pater haberet cui Africanæ, vel Syriacæ rei tutelam confideret, cui tamen vniuersam tutelam mãdare noluisset, veritus fortasse, ne is tantum administrationis totius incommodum in tam remota diffitáque agens prouincia obire, vel noluisset, vel non potuisset. Prouidendum itaque fuit ne quod pupillorum fauore constitutum erat vt eorum & personæ & bonis omnibus tutorem dari oporteret , ne quid indefensum & destitutum relinqueretur, idipsum propter nimiam iuris subtilitatem in eorum perniciem conuerteretur , vt in simili specie tractat Iustinianus in *l.sancimus 7.C.ad SC.Trebell.*

l.per curatorem 90.§.1. De acquir. hered. d.§.cùm tutor.

l pupillo 27. D. de tutor. & curat. dat.

l vnic.C. vbi pet.tutor. vel curat. L vlt.D. de iurisd. L.cum vnus 12.§. penult. D. de reb. autor.iudic. poss. L.3.D de tutor. & curat.

L. sancimus 7.C. ad SC. Trebell.

ILLATIO IV.

De *non dando muto tutore nec surdo, nec caeco, nec furioso.*

QVartò ex eodem Principio fit vt mutus tutor dari non possit , quoniam autoritatem pupillo præbere non potest , quæ scilicet apertis verbis

d.l.1.§. mutus D.hoc tit. non obſcuris, aut dubiis indiciis præbenda eſt *dicta lege 1.§.mutus De tutel.* vbi ſubiicitur de ſurdo quoque idem iuris eſſe, vt tutor dari non poſſit, quia non tantùm loqui, ſed & audire tutor debet, vt autoritatem præſtare poſſit. Quomodo enim conſentiet ſi non audiet? Sed & pupilli vtilitas exigit plerumque vt tutorem ipſius nomine ſtipulari oporteat, qui autem, vel mutus, vel ſurdus eſt ſtipulari non poteſt, cùm ſurdus non poſſit audire interrogationem ad quam congruè reſpondere debeat, aut factam interrogationi ſuæ reſponſionem: mutus verò neque poſſit interrogare, neque interroganti reſpondere *l.1.§.penult.& vltim.De obligat. & action.* Sanè ſiquis minùs, id eſt ſi tardius audiat tutor eſſe poteſt *l.fin.*D.*de legit.tutor.& d.§.vltim.* Itaque non ſolùm legitimi tutores iſti eſſe non poſſunt, ſed quod magis eſt, neque dari à teſtatore *l.penult.§.1.eod.* adeò vt ſi quis ab initio datus vtiliter ſiue à teſtatore, ſiue à lege quòd tùm neque ſurdus, neque mutus eſſet, poſtea mutus vel ſurdus eſſe cœperit excuſandus ſit à munere ſuſcepto *l. poſt ſuſceptam* 40.*D.de excuſat.tutor.* Quæcumque enim impediunt ne quis rebus ſuis propriis ſupereſſe commodè poſſit, multò magis facere debent ne quãdo cogatur incipere tutor eſſe, immò vt & à cœpta ſuſceptáque tutela ſit excuſandus *l.& non tantùm* 11.iunct.*§.vlt l.præced.eod.tit.* At quoniam legitima tutela per legem non niſi proximo agnato, vel patrono, vel parenti defertur, nec quod quis ſurdus, vel mutus ſit eo minùs agnatus proximus manet, vel pater, vel patronus, complura ſenatuſcõſulta fieri neceſſe fuit, vt in locum muti & ſurdi tutoris alij tutores darentur *l.complura penult.D.de tutel.*iunct.*l.ſæpe* 13. *D.de curat.furioſ.* Quamquam perinde neceſſaria fuit eorundem ſenatuſconſultorum autoritas eo caſu quo teſtamentarius aut datiuus tutor aliquis eſſet qui poſt munus ſuſceptum ſurdus, vel mutus factus reperiretur, cùm ſemel ſuſcepta tutela non niſi certis modis, inter quos iſte non eſt, ipſo iure finiatur, vt dicemus ad *tit.Quib.mod.tutel.finit.infr.* Quod autem de ſurdo & muto dicimus, idem de cæco & furioſo dictum intelligi debet *d. l. poſt ſuſceptam* iunct. *d.l.complura.* Nam nec hi rebus ſuis ſupereſſe commodè poſſunt, nec eſt contrarium quod cæcus iudicãdi officio fungi poteſt *l.cæcus* 6.D.*de iudic.* Vt enim quis bene iudicet cæcitate non impeditur quæ prodeſt potiùs ne iudex perſonarum gratia, vel munerum illecebris capiatur, is qui ad bene iudicandum ꝙõ tam corporis quàm intellectus oculis indiget. Vnde & iuſtitiam ipſam cæcam pingimus qui iudices omnes cæcos facere nõ poſſumus. At negotiorũ adminiſtrandorum alia ratio eſt, in quibus diligenter & vtiliter tractandis quàm neceſſarius oculorum vſus ſit, vident omnes niſi qui & ipſi cæci ſunt. De furioſo minùs dubitari poteſt, cùm & ipſe indigeat curatore. Valetudinarij alia ratio eſt. Nihil enim prohibet quominùs tutor eſſe poſſit ſi fortè vel pater, vel magiſtratus eum dare velit. Sed tamen neque tutelam ſuſcipere ab initio cogitur, neque prohibendus eſt quominùs ſuſceptam deponat ſi tutor manere nolit *d.l.11.& 40. De excuſ.tutor.* idque propter ipſius etiam impuberis vtilitatem, cuius negotia fieri non poteſt vt bene gerantur ab eo qui propria curare per valetudinem ſuam impediatur.

l.1.§.pen.& vlt.de oblig. act.

L.fin de legit.tutor.

l.pen §.1.eo. l.poſt ſuſceptam 40.D. de excuſ.tutor l.& non tantum 11. iunct §.vlt. l.præced. eo.

L.complura pen. D. *hoc tit.l.ſæpe 13. D.de curat. fur.*

l.cæcus 6.D. de iudic.

d.l.11.& 40. de excuſ. tut.

ILLA-

Digitized by Googl

ILLATIO V.

De *non cogendo pupillo vt sibi tutorem petat.*

QVintò ex eodem Principio fit quod scribit Pomponius in *l.*2.D*e tute.*nõ esse exigendum à pupillo,vt sibi tutorem petat,aut vt ad tutorem suum proficiscatur : cùm detur tutor non tantùm ignoranti, sed etiam inuito *l.necnon* 6.*D.de tutor. & curator. dat.* Nempe quia tutela est vis in caput liberum, vt Principium nostrum , Vis autem tum maximè fit cùm quis inuitus, vel vt quid patiatur faciátve cogitur , vel è contrario ne quid faciat prohibetur *l.*4.*D. de stat. homin.* Et iuris regula est , quicquid inuito aliquo fieri potest , multò magis fieri posse illo ignorante *l. qui potest* 26. *De regul.iur.* In eóque differt tutor à curatore. Nec enim curator inuito adolescenti datur , sed tantùm petenti , nisi ad litem , aut nisi iis moribus sit minor , vt res suas prodigere sciat melius quàm administrare *§. item inuiti infr. De curat.* quoniam scilicet non quemadmodum tutela ita & cura vis est in caput liberum,nec personæ,sed tantùm bonis curator datur , vt iam sæpiùs diximus.

L. 2. **D.** *de tutel.*

L necnon 6. *D.de tutor. & curat. dat.*

L.qui potest 26. *de regul. iur.*

§.item inuiti infr. De curat.

ILLATIO VI.

De *pupillo qui furere cœperit,vel demens factus sit.*

SExtò ex eodem Principio fit vt qui habent tutorem si furere cœperint in ea causa sint vt in tutela nihilominùs durent,quam sententiam Quinti Mucij fuisse & à Iuliano probari refert Vlp.in *l.*3.*in princ. De tutel.* addens eo iure nos vti , vt cesset cura si tutelæ ætas indigeat. Quare , inquit , siue tutores habent non rediguntur in curam per furorem,siue non habent,& furor eis accesserit,nihilominùs tutores accipere poterunt,quia lex duodecim tabularum qua parte furioso curatorem dedit eum qui tùm agnatus proximus reperiretur,sic accepta est à prudentibus,vt ad pupillos pupillárve nõ pertineat. Nam cùm tutoris potestas in pupillũ nõ modò maior & plenior sit,sed etiam fauorabilior,quàm quæ est curatoris furiosi in furiosum,quisnã obsecro prętextus esse potest dãdi pupillo curatoris tãquã furioso,qui tutorẽ vel habeat,vel habere possit? Aut quid indiget curatore is qui in tutore habeat,aut habere possit quasi patrẽ? Deniq; sicuti patria potestas nullũ tutori dãdo locũ relinquit ne imagine veritas ipsa adũbretur,vt loquitur Papinianus quãuis in alia specie in *l.filio* 23. *D.de libert.& post.* ita nec tutoris potestas admittere potest curatoris dãdi vel necessitatem vllam,vel vtilitatem.Ergo in eo qui iam pubes sit quãuis vigintiquinque annis minor proponatur aliud dicendum est , vt si furere cœperit , cùm tutorem habere amplius non possit , curator ei necessariò dandus sit,& quidem non tanquam adolescenti & minori,sed tanquam furioso,ex lege 12.tab.quæ de furiosis omnibus generaliter locuta , licèt sic accepta sit ex prudentum interpretatione,vt ad impuberes non pertineat,non tamen perinde sic accipi etiam potuit , vt nec ad minores pertineret. Quamuis enim eadem puberis quæ impuberis ratio hactenus esse videatur , quòd quemadmodum impuberi tutor , ita & minori ad quintum & vicesimum vsque annum curator dari potest , duplex tamen illa differentia est , quod non sicut impuberi tutor , ita puberi curator inuito datur. Item quod non

*L.*3. *in prin. D.hoc tit.*

L.filio 23.*de liber.& post hum.*

Differentia inter impuberẽ & adolescentem, Tutorem & curatorem.

quemadmodum personæ tutor datur, ita & curator quem sæpius diximus bonis tantùm dari. At furiosi persona ipsa indiget curatore non minùs quàm bonorum ipsius administratio. Immò tanto magis quantò dignius est maiorem personæ quàm facultatum haberi rationem. Ob idque lex duodecim tabularum vt furioso bene prospiceret personam ipsius primùm, deinde etiam bona demonstrauit, verbis illis quæ suprà retulimus *in eo pecuniáque eius.* Itaque non possumus verè dicere bene prospectum in furioso si eo prætextu quod minor est, curator ei detur tanquam adolescenti cùm sit etiam furiosus, Nec illa tantùm ratione quòd persona ipsa furiosi potissimùm indigeat curatore qui eum custodiendum & obseruandum curet ne quid ille, vel in se, vel in alios perniciosiùs moliatur *l. Diuus Marcus* 14. *D. de offic. præsid.* Sed illa etiam quod neque ad ipsam bonorum administrationem sufficere possit autoritas curatoris dati furioso tanquam minori, quia sicut furiosus à minore differt in eo quod furiosus nihil per se facere potest quippe qui & absentis & quiescentis & dormientis loco habeatur *l.2. §. furiosus D. de iur. codicill. l. numquam* 31. *§. si seruus D. de vsucap.* minor autem etiam sine curatore suo rectè obligatur *l. puberes* 101. *De verb. obligat.* Ita curator furiosi in eo differt à curatore minoris quod per se facere omnia furiosi nomine potest *dicta lege* 5. *De regul. iur.* curator verò minoris nihil omnino sine minore, sed tantùm minori facienti autoritatem præstare. Hoc ipsum verò ideò, quia minor commodè facere omnia potest curatore autore, furiosus verò nihil prorsus *dicta lege* 5. id est ne illa quidem si qua sunt quæ curator ipse furiosi sine furioso expedire non potest, nimirum quæ factum & personam ipsius furiosi desiderant, cuiusmodi erat olim aditio hereditatis furioso delatæ, quam nec adire curator poterat nomine furiosi, nec furiosus cum autoritate curatoris antè Iustiniani constitutionem in *l. vltim. C. de curat. furios.* Apparet igitur multum referre an minori eidémque furioso curator detur tanquam minori an, verò tanquam furioso: sed & ipsius furiosi quàm maximè interesse, vt non quasi minor curatorem habeat, sed quasi furiosus. Et tamen apertissimè contrà scriptum est in *d. l. 3. §. 1. De tute.* Si minor vigintiquinque annis furiosus sit, curatorē ei non vt furioso, sed vt adolescenti dandū esse quasi ętatis sit impedimētum, Et generaliter ita definiēdum esse, vt ei quem ætas tutelę, vel curæ subiicit necesse non sit, quasi dementi quæri curatorem. Plus dicit Vlpianus, Imperatorem Antoninum Augustum ita rescripsisse: cùm magis ætati, inquit, quàm dementiæ tantisper sit consulendum. Sed me illud magis mouet, quod hanc ipsam sententiam video inferri ab Vlpiano ex eo quod proximè dixerat ita esse acceptam legem duodecim tabularum cùm de curatore furiosis dando locuta est, vt ad pupillos, vel pupillas non pertineret. Sic enim subiungit Vlp. *Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco puta ut etsi minor &c.* Quænam verò, Deus bone! consecutio ista est, vt quia prudentum interpretatio pupillos excepit à generalitate verborum legis duodecim tabularum, quibus furiosi omnes comprehēduntur, sint etiā excipiendi minores annis vigintiquinque? Nō nego in plerisque eandē esse impuberū & minorū rationē, vt puta in causa petendæ propter ætatem restitutionis, & generaliter quoties inter minores, & impuberes diuersitatis ratio reddi nulla potest.

l. Diuus Marcus 14. D. *de offic. præsid.*

L. 2. §. *furiosus* D. *de iur. codic. l. numquam* 31. § *si seruus D. de vsucap. l. puberes* 101. *de verb. oblig. l.* 5. *De reg. iur.*

l. vlt. C. de curat. furio.

d. l. 3. §. 1. D. hoc tit.

d. l. 3. §. hoc tit.

Tritum

Tritum namque est & ita verum vt nihil in toto iure nostro verius, vbicũque eadem ratio est ibi & ius idem statuendum esse *vulg.l.illud* 22.*D.ad leg.Aquil. l.3.§.vnde etiã D.de iniust.rupt.* cùm ius semper ex ratione æstimetur. Sed cum in proposito casu tanta sit inter pupillum & minorem differentia quantam ostendimus, itémque inter tutorem & minoris curatorem, multóque longiùs distet curator minoris à curatore furiosi, quàm curator furiosi tutore, plane nõ video quisnam huius consecutionis color probabilis adferri possit. Itaque cogor hîc dicere, quod soleo, quoties occurrit in prudentum libris aliquid quod non nisi imprudenter & stolidè dictum videri possit, non esse locum iureconsulti, sed Triboniani, nisi cùm leuior & facilior error est, vt imperito cuilibet interpreti possit tribui perinde ac Triboniano, cuius sanè honori & nomini parcerem libentissimè, nisi viderem agi hac in re de ipsorum iuris autorum ne dicam ipsius etiam iurisprudentiæ dignitate vindicanda. Hic autem error talis, tantúsque est, vt alium interpretem quàm Tribonianum admittere nõ possit. Solet enim sibi placere in illis cõsecutionibus, quãtũlibet ineptis, in eámq; rẽ abuti si quando potest rescripto aliquo Imperatoris nunc huius nũc illius, ne in eo in quo ipse sub iurisconsulti nomine imperatorem agit, primus ratione iuris nimis audacter temerasse videri possit, vt hic ab eo factum est illa adiectione *& ita imperator Antoninus Augustus rescripsit.* nullis tamen allatis rescripti verbis, quæ si extarent facile esset videre, quod alibi sæpe in similibus erroribus refellendis comprobatum à nobis est, ad speciem longè diuersam rescriptum Imperatoris pertinuisse, Ad illam verò fortasse (quidni enim diuinare liceat, cùm necesse est?) in qua agebatur de dando curatore minori qui non furiosus esset, sed demens, aut prodigus: quem nec malè possis dementem dicere, non magis modum, aut finem expensarum habeat, quàm si mente omnino careret *l.1.D.de curat.furios.* quamuis videam dementes passim eos dici, qui furiosis propiùs accedant quàm prodigis. Dementium autem in eo diuersa est à furiosis ratio, vt notissimum est, quod quamuis vtrisque curator detur, furioso tamen datur ex lege 12.tabul. & ipso iure, vt diximus, dementibus verò à prætore, vel à præside cùm lex duodecim tabularum nihil de iis cõstituisset, vt dicemus ad Princi. 3.*infr.* Itaque curator dementi datus nullam vim & potestatem habet in personam dementis, cùm solius legis sit eam potestatem dare in caput liberum ciuis romani, sicut & lex sola est, quæ & personarum & rerum omnium quæ in republica sunt, regina dici potest *l.1.D.de legib.* Sed habet eam potestatem in bona duntaxat dementis, vt quæ demens administrare per dementiam suam prohibetur, eorum habeat curator, per se tamen & sine demente, administrationem. Quod cùm ita sit fatendum est aliquatenus accedere curatorem hunc ad curatorem minoris sicut & ad curatorem furiosi, licet dicatur dari exemplo eius qui furioso datur. Vterque enim tam qui minori quàm qui dementi datus est, bonorum duntaxat administrationem habet. Idémque & in prodigi curatore iuris est, vt scilicet bonorum administrationem duntaxat habeat, nisi quod eam habet non tantùm à prętore, sed & à lege post factã à prætore interdictionem, vt dicemus ad dict.Prin.3.ex *l.1. De curat.furios.* nec rursus prohibetur prodigus alienare dummodo alienet autore curatore, sine quo etiam acquirere sibi potest *l.is cui 6.D.de verb.obligat.* iunct. *l.Iulianus* 10. *de curat.furios. & l.sciens* 26.*D.de contr.empt.* quorum neutrum tamen furioso licet, vt diximus ex *d.l.*5.*De reg.iur.l.1.§.furiosum de oblig.& act.* Ac proinde

Triboniani sit mus in dict. l.3.§.1. D. hoc tit.

L.1.*D.de curat.furios.*

L.*is cui*6 *de verb. oblig. l.Iulian*9 10. *de cur furt.*

l. si scienti 26. D. de contr. empt. l. 1. §. furiosum de oblig. & Action.

mirandum nõ esset fuisse rescriptum ab Antonino minori eidémque, vel dementi, vel prodigo dandum esse curatorem tanquã minori potiùs quàm quasi dementi, vel prodigo, facta scilicet in benigniorem partem interpretatione, vt vitium illud dementiæ, aut prodigalitatis, vicium ætatis sit potiùs quàm animi & personæ. Nihil enim minoris interest an quasi minor, an quasi demens, aut prodigus accipiat curatorem, cùm vtroque casu perinde futura sit in tuto bonorum ipsius administratio, nec minùs persona ipsius, quæ scilicet ob solã prodigendi patrimonij volũtatatem in prodigo semper manentem periclitari numquam potest, nec per dementiam dummodo prodigalitatis, aut demẽtiæ facultas effectúsque impediatur. Quinimo longè honorificẽtius est minori eidémque prodigo, vel dementi, vt curatorem accipiat tanquam minor, quàm vt tanquam demens, vel prodigus, cùm sperari probabiliter possit, quomodo de ciuibus suis bene sperare legislator ciuilis semper solet quantum potest, fore vt ad saniores mores redeat minor, vbi ad legitimam peruenerit ætatem. At de furioso quamuis minore, nihil tale sperari potest, quia mentem abalienatam restitui difficilius est, quàm vt ex solius ætatis beneficio id sperandum videatur. Propter quod iam suprà diximus furiosi iudicium non suppleri autoritate & iudicio curatoris quomodo suppletur iudicium pupilli autoritate tutoris, quamuis curator furiosi nõ minùs personæ quàm tutor detur. Nec quod admittimus pupillo eidémque furioso qui tutorem, vel habeat, vel habere possit curatorem dari non oportere, rationem illam habet quasi maior aliqua spes sit resipiscentiæ in pupillo quàm in pubere minore, sed quia & vtilius & honorificentius est huic impuberi tutorem dari tanquam pupillo, quàm curatorem tanquam furioso, etiamsi constaret numquam futurum vt resipisceret, ac furere desineret, cùm non minùs iuris & potestatis habeat tutor in personam pupilli, quàm curator in personam furiosi. Et sanè debuerat in præcedẽtibus scribere Vlp. legem 12. tab. cùm de furiosis locuta fuit, & de dando eis curatore, sic acceptam fuisse, vt ad minores annis vigintiquinque non pertineret, non autẽ ad pupillos pupillásque eam restrictionem coarctare si idem iuris in minoribus quod in pupillis esse putabat, vt curatorem accipere deberent tanquã minores non tanquã furiosi. Cur enim de pupillis loqui debuit, nisi ad excludendos eos qui sint supra ætatem pupillarem? Sed ista contra Tribonianum disputasse sufficiat, quæ nec contra Vlpianum disputare puderet si possem credere tam improbabile aliquid ab Vlpiano scriptum esse, maiorémque mihi rationem constare arbitrarer, quàm plerisque locis constiterit ipsi Vlp. aut etiam Paulo contra Papinianum disputanti.

RELATIO VII.

De tutore non dando ei qui iam habet tutorem.

l. cùm iure 9. C. qui pet. tuto. l. si soror is 9. C. qui dar. tut. vel curat.

SEptimò ex eodem Principio fit vt tutorem iam habenti tutor alius dari nõ possit *l. cùm iure 9. C. qui pet. tutor. l. si sororis 9. C. qui dar. tutor. vel curat.* Nã cùm tutor habeat in pupilli personam & caput eam vim & potestatem quę sit pars & portio quædam patriæ potestatis, vt diximus, Consequens est, vt non magis possit tutorem habenti alius tutor dari, quàm vni patri alius pater adiici, aut illud admitti, vt vna eadémque persona in duorum simul sit potestate. Nec est contrarium quod vni pupillo plures tutores dari possunt tam à patre quàm

Digitized by Google

quàm à magiſtratu *tot.tit.ſi ex plurib.tutor.vel curat.C.tit. De diuid. tutel. & l.1. & 2.C.ſi tutor vel curat.non geſſer.* quinimo dantur etiam à lege ſi forte plures eiuſdémque gradus agnati reperiantur. Omnes etiam ſunt tutores, ſicut & ad omnes hereditas legitima pertineret, quamuis vtilitatis cauſa receptum ſit, vt vni tantùm ex eis aliquando decernatur adminiſtratio ſi fortaſſis alij ſint abſentes, vel furioſi *l.5.§.in legitimis* iunct. *l.6.& l.ſi plures* 9. *D.de legit.tutor.* Nam reſpondeo hoc caſu omnes tutores, quia ſimul & eodem tempore dati ſunt, vnius tantùm iure cenſeri, ſicut nec niſi vnum patrem repræſentant hánceque ſententiam & rationem eſſe *l.ſimul* 25. *D.de tutor.& curat.dat.* Idem namque in hereditate contingeret quæ pluribus eiuſdem gradus agnatis deferretur, vt quamuis ei qui iam heredem aliquem habet alios heres nouus accedere poſtea non poſſit, ne contra iuris regulam vni duo in ſolidum ſint heredes *l.quod contra* 141.§.1. *De regul.iur.* non eo minus tamẽ plures ſimul vnius & eiuſdem defuncti heredes pro partibus eſſe poſſent, quandoquidem eo caſu omnes ſimul ſicuti ab vna eadémque hereditate heredes fierent, ita non niſi vnius heredis iure & loco cenſerentur. Atque ita eſſe, vt plures tutores ſimul dati, ſiue à patre, ſiue à iudice, ſiue à lege vnius tutoris loco habendi ſint, ex eo intelligimus, quod ex adminiſtratione, vel negligentia vnius etiam cæteri tenentur ipſo iure & conueniri poſſunt, niſi à patre ipſo, vel præſide diuiſa ſit adminiſtratio *l.2.C.de peric.tutor.l.2.C.de diuid.tutel.* quamuis habeant exceptionem ordinis ne ex perſona eius qui geſſit quandiu idoneus ille eſt, debeant condemnari *l.1. & 2.C.ſi tut.vel curat.non geſſer.* Itémque exceptionem diuiſionis, vt ſi omnes geſſerunt tutelam, & omnes ſoluendo ſint, diuidatur actio & periculum tutelę inter eos pro virilibus portionibus exemplo fideiuſſorum *l.1.§.nunc tractemus D.de tutel.& ration.diſtr.l.ſi plures* 38. *D.de admin.tutor.l.cùm interdicta* 6. *C.arbitr.tutel.* Quam exceptionem diuiſionis, & quaſi ſubſtitutionis detrimenti, aut potiùs ſocietatis periculi, vt loquitur Papin. in *d.l.ſi plures*, non tam ex mera iuris ratione quàm ex æquitate deſcendere, docet apertè idem Papinianus in *l.vlt.D.rem pupill.ſalu.for.* vbi ait, quod placuit tutores pro ea parte condemnari debere quam adminiſtrauerũt, nec aliter in ſolidum quàm ſi res à cæteris non ſeruetur, & idonei culpa detegatur, quod ſuſpectum facere ſuſperſederit. Ex eo factum eſſe, quoniam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eã iuris formam deſideraſſe. Indéque nimirum infert, non quemadmodum in hoc diſceſſum eſt à iure, ita & in eo diſceſſum fuiſſe, aut diſcedi debuiſſe, vt ſi plures fideiuſſores ab vno tutore dati ſint pupillo inter eos quoque diuidi actionem oporteat, quæ proculdubio inter alios fideiuſſores ab alio creditore vltro acceptos ex Diui Hadriani epiſtola diuideretur *l.inter eos* 51. *D.de fideiuſſ.* Pupillo enim agente, inquit Papin. qui non ipſe contraxit, ſed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium diuidendæ actionis haberet iniuriam ſi ex vna tutelæ cauſa plures ac variæ quæſtiones apud diuerſos iudices conſtituerẽtur. Vna enim tutela eſt, non tantùm cùm vnus tutor datus eſt, quẽ caſum eo loco Papin. tractat, ſed etiam cùm plures, cáque indiuidua quamuis adminiſtratio ipſa diuidi poſſit. Hoc enim eſt quod eleganter idem Papin. ſcribit in *l.inter tutores* 36. *De admin.tutor.* tutelæ diuiſionem non iuris eſſe, ſed iuriſdictionis, nec niſi adminiſtrationi quæ ipſa quoque nõ iuris, ſed facti eſt, modum facere, nec debere obſtare volẽtibus experiri cum pupillo in eámque rem contra vnum ex tutoribus in ſolidum agere, aut aduerſus vnum ex tutori-

Tit ſi ex plurib.tutor & tit. De diuid. tutel.

l.5.§.in legitimis iunct. l. 6. & l.ſi plures 9. de legit.tutor.

L ſimul.23. D. de tutor. & curat. dat.

L.2 C depertic. tutor. l. 2. C. de diuid.tutel.

l.1.& 2.C ſi tutor.vel curat.non geſſer.

l.1.§. nunc tractemus D.de tutel. & rat.diſtr.

l.ſi plures 38. D de admin. tutor.l cùm interdicta 6. C. arbitr. tutel.

L.vlt. D.rẽ pup.ſalu.fo. l. inter eos 51. D. de fideiuſſ.

L.inter tutores 36. D.de admin. tut.

bus agentem cõpensare,quod pupillus ipse debeat,licèt in eo loco qui ad alterius tutoris administrationem pertineat,cùm mero iure compensatio induca tur *l.4.D.de compensat.* Non nego tamen si plures vnius pupilli tutores essent,& a singulis,vt sit singuli dati fideiussores,futurum vt quamuis vna tãtùm esset tutela,habituri nihilominùs essent beneficiũ diuisionis,quod scilicet haberent inter se tutores ipsi ex quorum persona conuenirentur,Ob idque Papinianus in *d.l.vlt.*loquitur de pluribus fideiussoribus datis ab vno tantùm tutore,vt appareat non posse illos habere beneficium diuisionis ex persona illius pro quo conueniuntur (cum quo enim actionem diuideret is qui solus tutor datus esset?)neque ex persona sua cùm non acceperit eos pupillus, sed in ipsos perinde ac in tutorẽ inciderit,ignorans omnia,& prorsus nescius quid suo nomine ageretur.Notandum etiam est quod Papin.beneficium diuisionis vocat in *d.l.vlt.*vt & alibi sæpe dicitur,Ita ostendens non tam ex ratione iuris quàm ex Principis indulgentia id proficisci. Cùm ergo verum sit tutelæ causam esse indiuiduam non minùs quàm patriam potestatem cuius veluti portio & substitutio quædam est,vt diximus,rectissime constitutum est,vt tutorem habenti autor dari non possit:Præterquàm vno illo casu quo plures tutores ab initio dati sint,quorum aliquis postea,vel remotus sit tanquam suspectus, vel excusatus,vel defunctus,vel relegatus.Nam in huius locum alium non tam dari quàm substitui posse certum est *l.licèt 4.C.in quib.casib.tutor.habent.*propterea quòd his omnibus casibus verum est penes alium tutorem qui neque suspectus,neque defunctus,neque relegatus,neque excusatus est,tutoriam potestatem quantumuis indiuiduam nunquam in solidum resedisse, nec noui quicquam fit aut contra iuris regulas,cùm tutor alius adiicitur,ei qui nũquã solus fuit:Non magis quàm si vno tãtùm tutore dato qui postea surdus, vel mutus, vel furiosus factus esset,aliusin locũ eius daretur *l.cõplura 17.hoc tit.*Quãquam tentari etiam potest nec improbabiliter his omnibus casibus habenti iam tutorem pupillo non alium tutorem dandum esse, sed curatorem. Hanc enim sententiam patiuntur optimè verba illa legis *tamen certis ex causis alius idoneus substitui solet.* Aliud siquidem est alium substitui,aliud verò substitui aliũ tutorem.Nam & cùm curator substituitur in locum eius qui aliquando tutor fuit,alius quidem substituitur,At nõ alius tutor,sed curator.Idémque dici potest in specie *l.1.eod.tit.*Nam nec illa lex aperit an qui erant substituti in locum illius qui reipublicæ causa aberat dati essent tutores an curatores. Et in locũ etiam excusati tutoris non tutorem,sed curatorem dandum esse apertè scriptũ est in *l.2.eod.*Quod cùm ita sit,an non multò maior ratio est vt in locum illius qui reipublicæ causa abest curator detur nõ tutor?Qui enim excusatus est hoc ipso tutor esse desinit,at nõ qui reipub.causa abest *l.nec ille 16.cum præced.D. de tutor.& curat.dat.*vt ea ipsa lex probat cùm ait debere hunc compelli à prætore ad tutelæ administrationem.Immo si verum amamus,& subtiliter agere volumus, tùm etiam cùm tutorem habenti curator datur magis ille administrator rerũ quàm curator esse intelligendus est, vt Põponius scribit in *l. solet 13.hoc tit. De tutel.*quia nec fieri potest,vt curatorem verè ac propriè habeat is, qui cum bonis suis omnibus in alicuius tutoris sit potestate. Quemadmodũ tamen curator ille passim appellatur,ita tutorem aliquando dici non nego,illum etiam qui substitutus sit in locum tutoris absentis reipublicæ causa vt in *l.quæsitum 12.eod.*vbi Paulus scribit eos qui in loco absentis reipub.causa tutores

Beneficium diuisionis.

l. licè 4. C. in quib. casib. tuto. habent.

l. complura 28.D.hoc ti.

l.1.& 2.C. quib cau in. tor.habent.

l. nec ille 16. & præced. D. de tutor. & curat. dat.

l solet 13.D. hoc tit.

l. quæsitum 12.eod.

Digitized by Google

res dati sunt,non reuerso illo,sed mortuo in eadem causa perseuerare vsque ad tempus pubertatis id est tutores manere:sed valde impropriè,cùm vt diximus qui prior datus fuerat non ob id desinat esse tutor quod absit causa reipublicæ: non magis quàm is de quo in *d.l.solet*,hoc est qui vel ætate vel aduersa valetudine impeditur ne res pupilli commodè administrare possit. Ideo autem fortasse tutorem dici placuit eum qui datus esset in locum tutoris absentis aut abfuturi reipublicæ causa,vt prior ille intelligeret alio tutore dato non magis mansurum se tutelæ periculo obnoxium,quàm si tutor esse desineret,atque ita iniunctum sibi pro republica munus tanto alacriùs obiret. Planè cùm tutor decessit vel in ciuitate esse,id est ciuis esse desiit,cùm reuera desierit esse tutor, dubitandum non est quin is qui in eius locum substituitur verè tutor sit *l. si quis sub condicione* 11.*§.vlt.D.de testam.tutel.* sicut è contrario verè curator ille est qui tutori adiungitur propter latè diffusum,id est diuersis locis constitutũ patrimonium,vel quòd solus administrationi non sufficiat vt in *l. propter* 3. *C. in quib. c.suſc.tut. hab.* aut qui ob auctas pupilli facultates curator adiungi solet, de quo in *l.vlt.eod.tit.*

L.si quis sub condicione 11.§.vlt. D. de testam. tutel. l.3.l. vlt.C.in quib.caus. tutor.hab.

ILLATIO VIII.

De curatore dando ei pupillo,qui cum tutore suo litigat.

OCtauò ex eodem Principio fit,vt si pupillus pupillàve cum iusto tutore, utórve cum eorum aliquo litem agere vult,curator in eam rem petendus ut si alij tutores nulli sint qui aduersus contutorem præstare pupillo autoritatem possint siue agat pupillus siue conueniatur *l.3. §. si pupillus* D. *hoc tit.* Nempe quia cùm tutor quatenus tutor est eadem ferè cum pupillo persona esse existimetur propter participationem illam quam diximus patriæ potestatis,non magis fieri potest,vt autoritatem pupillo præstet in rem suam siue pro pupillo siue contra pupillum præstanda sit quàm vt agat ipse contra seipsum. *l.1.l.quod dicimus 7.& pass.D.de auct.tutor* & apud Iustinianum in *§. vlt. infr. eod.tit.tut.*iunct.*l.ne cum filiofamilias* 16.*D.de furt.* Ob cámque causam solebat olim tutor prætorius in hanc rem constitui vt refert Iustin.in *d.§.vlt.* vt solebat prætor in aliis plerisque autoritatem suam interponere.Sed melius visum est & à iuris ratione minus alienum,vt curator daretur,ne scilicet vis fieret ei iuris regulæ de qua proximè diximus,quæ non patitur tutorem habenti tutorem dari.Quamquàm ad ius illud vetus fortasse respicientes quidam iuris loci promiscuè tutorem hunc & curatorem appellant,vt in *l.3.& 4.& in ipso tit.De in lit.dand.tutor.vel curat.C.*Dixi suprà *si alij tutores nulli sint* quia pupillo habẽti alios tutores quorum autoritas aduersus contutorem sufficere possit , non nisi frustra de alio tutore vel curatore in hanc rem dando tractaretur *l.1. eod. tit.l.si plures* 24.*D.de testam.tutel.l.si tutor* 9.*§.& generaliter* D.*de tutel.& ration.distr.* vbi notandum est quod Vlpianus curatorem hunc qui in litem dandus est specialem vocat,vt intelligamus fieri non posse vt curatorem generalem habeat pupillus,qui tutorem iam habet in cuius ille ipse sit potestate.Talis námque curatoris dandi non alia ratio est,quàm necessitas , quod fieri nequeat vt qui tutor est,siue pro se,siue contra se autoritatem pupillo præstet.Generale autem est vt quæ contra iuris rationem ex necessitate admittuntur, eatenus tantùm admittenda sint,quatenus necessitatis ratio cogit.Specialem igi-

L.3.§.si pupillus D.hoc tit.

l.1.l.quod dicimus 7. D. de aut. tutor. §.vlt.infr. eod.tit.

l.3 & 4. C. de in lit. dand.tutor. vel curat. l.1.eod. l.si plures 24. D. de testa. tutel.l.si tutor 9.§.& generaliter D. de tutel. & rat.distr.

Digitized by Google

tur non generalem curatorem illum esse oportet, quem non aliam ob causam pupillo dari necesse est quàm vt autoritatem ipsi præstet in eo negotio in quo autoritas tutoris dati sufficere non potest: quamuis nihil prohibeat in plures quoque lites curatorem hunc dari *l. 4. in fin. D. hoc tit.*

L. 4. in fin. D. hoc tit.

ILLATIO IX.

De curatore in litem dando præsente & præsenti.

L. 1. §. si pupillus eod.

NOnò ex eodem Principio fit vt hic in litem curator de quo proximè diximus, sicut non nisi præsens, & acceptans datur, ita nec nisi præsenti & postulanti detur. *d. l. 3. §. si pupillus eod.* vbi ex hoc infert Vlpianus infanti dari non posse, quandoquidem is qui non loquitur postulare illum à prætore non potest. Itaque non sufficiet peti hunc curatorem ab aduersario, qui cum pupillo agere volet, nisi pupillus etiam petat cui eum dari oportet. Et ratio est, quia non sicut tutela ita & curatio vis est in caput liberum, Aequè autem vis esset si quemadmodum ignoranti & inuito tutor datur, ita & curator hic daretur, secundum ea quæ in huius Principij nostri explicatione diximus. Quid ergo si pupillus curatorem petere nolit, quo minùs cum eo agatur? Cogendus est à prætore vt petat *d. §. si pupillus in fin.* Sed quomodo? An fortè captis pignoribus, an pœnæ alicuius comminatione? Vt solebant olim Senatores cogi vt in Senatum venirent, teste Liuio, itémque heredes rogati de restituenda hereditate vt eam adirent. Nec enim ad factum præcisè vnquam cogi quisquam potest *l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic.* Multò minùs credendum est cogi à prætore pupillum vt loquatur & hæc aut illa verba proferat, quæ idonea sint ad petendum curatorem, quod sanè citra vim & impressionem nimis euidentem & duram fieri non posset. Puto ego in pupillo cogendo qui petere sibi curatorē nolit, non alias prætoris partes esse debere, quàm vt ei etiam inuito tum demū det curatorem. Id enim esse videtur, quod significant verba illa *l. 1. C. qui pet. tutor. vel curat. qui si in petendis his cessabit, potes tu competentem iudicem adire vt in dandis curatoribus officio suo fungatur.* In eóque fatendum est, aliam rationem esse huius curatoris, aliam cæterorum qui minoribus non in litem, sed vt habeant bonorum administrationē, dantur. Illos enim constat neque dari posse nisi peritos, neque peti per alium posse quàm per minorē ipsum, ciúsve procuratorem *l. 2. §. pen. & vlt. cum l. seq. D. eod. tit. qui pet. tutor. vel curat. l. mutus 43. §. is qui curatorem D. de procurat.* Ergo si pupillus infans sit, quia neque petere curatorem potest, neque à prætore iuberi alitérve cogi vt petat, non dabitur ei curator, & necessariò expectandum erit tempus quo sit ille infantiam egressus. Solet tamen hodie hoc quoque casu dari curator infanti tanquam absenti & ignoranti, Eo colore quod inuito ipsi posset dari si pro inuito haberi posset ille, qui nec consentire potest nec dissentire. Regula enim iuris est, quodcumque inuito te fieri potest, multò magis fieri posse te ignorante *l. qui potest 126. de reg. iur.* Et verò sicut iniquum est eum qui cum pupillo non contraxerit sed cū patre pupilli, expectare pupilli pubertatem *l. 3. D. quib. ex caus. in poss. eat.* ita & cum qui nihil cum infante gesserit, cogi expectare vt infantiæ annos ille excesserit, Soláque causa excipitur de statu pupilli quam in tempus pubertatis differri oporteat ex edicto Carboniano. Atqui fieri nequit vt cum infante agatur si non sit qui infantem tueatur, cùm seipsum tueri multominùs possit quā alius pupil-

Cur non detur inuito curator, quo modo tutor datur.

L. 1. C. qui pet. tutor.

L. 2. §. pen. & vlt. cum l. seq. D. eo. l. mutus 43. §. is qui curatorem D. de procur.

L. qui potest 126. de reg. iur.

l. 3. D. quib. ex caus. in poss. eat.

Infanti quo modo curator in litem datur.

pupillus quilibet infantiam iam egreſſus: nec iuris autoritas & ſollennitas patitur,vt in iudicio ſtare poſſit is qui non intelligat quid loquatur,multominùs qui loqui adhuc non poſſit.Ex hac igitur cauſa etiam infanti non minùs quàm alij pupillo cuilibet quãuis ignoranti curatorem dari debere fatendum eſt,Cũ hac tantùm differentia quod alij pupillo qui à prætore iuberi poſſit vt ſibi curatorem in litem petat numquam datur curator ignoranti,hoc eſt priuſquàm ſibi petere iuſſus ſit à prætore,ſed datur inuito ſi iuſſus ille nolit parêre: quo caſu vitiatur regula *d.l.qui poteſt*,vt ciuiliùs agatur cum pupillo,ipſiúſque conſenſu expediri res videatur,ſiue nolit iuſſum prætoris expectare, ſiue iubenti prætori obtemperare ſit paratus.At in infante qui neque conſentire poteſt,neque inuitus fieri,quandiu infans eſt, fruſtra aut conſenſus ipſius , aut prætoris coactio expectaretur. Alterutrum igitur euenire neceſſe eſt vt vel expectanda ſit ſequens ætas pupilli qui hodie infans eſt,vel ignoranti infanti curator dandus qui eius nomine excipiat actionem. Prius iniquum eſt vt diximus , Poſterius ergo admittendum eſt , vt & ſollennitati iuris & indemnitati vtriuſque proſpiciatur , quomodo loquitur *l.vlt.C.de in lit.dand. tutor. vel curat.* Non enim ſatisfieret ſollennitati iuris ſi infans nullo accepto in litem curatore conueniri poſſet. Non etiam indemnitati vtriuſque, ſi is qui cum infante experiri vellet,ob id ſolùm quòd infans curatorem nec haberet nec habere poſſet, perſecutionem ſuam in longius tempus differre cogeretur. Illud verò quis potiùs mirari poſſit , Cur non tantùm in pupillo ſed etiam in adoleſcente id eſt pubere minore annis vigintiquinque idem conſtitutum ſit,vt is quoque in litus curatorem accipere debeat in litem ſecundum iuris formam vt ſcriptum eſt in *d.l.1.C.qui pet.tutor.vel curat.* Siquidem conſtat minorem & iudicio & conſilio eo pollere,vt ſi res ſuas adminiſtrare per ſe poſſit,nec inuitus cogatur accipere curatorem pro earum adminiſtratione. Et tamen inuitus quoque curatorem cogitur accipere in litem vt Iuſtin.omnium apertiſſimè ſcribit in *§. item inuiti infr.* De *curator.* Sed dicendum eſt ita conſtitutum fuiſſe duplici ratione,Et propter autoritatem iudiciorum,& propter minorum vtilitatem. Non eo propter iudiciorum neceſſitatem , nulla enim neceſſitas hîc ſubeſt quomodo ſubeſſet in pupillo qui in hoc vtiq; differret à minore *d.l.vlt.*in illis verbis *vbi tutor exigitur C.de in lit.dand.tutor.*ſed propter autoritatem iudiciorum ad quam ſanè pertinet adcóque per conſequentias ad publicam vtilitatem,vt firma ſint omnia,quæ in iure iudicióve fũt,nec facilè ſubuerti queant, ſanè quantum id prouideri poteſt *l.3. D.de offic.prætor.l.ſeruus* 65. *§. cùm prætor* D.*ad SC.Trebell.* At certum eſt multò facilius læſum iri minorem , aut pupillum ſi per alium non defendatur quàm ſi defendatur , ob idque faciliùs impetraturum reſtitutionem per quam iudicatum reſcindatur. Publicè igitur vtile fuit ita ius conſtitui vt non minùs nulla eſſet ſententia,quæ contra minores indefenſos lata eſſet quàm quæ contra pupillum indefenſum *l. actа* 45. *§.vltim.l. contra* 54. D.*de re iudic.* Nec quod minor etiam curatorem habens poteſt in integrum reſtitui contra rem iudicatam *l. penult. & tot.tit. C.ſi aduerſ. rem iudic.* ob rem ſuam. Difficilius enim eſt vt locum habeat ea reſtitutio cùm minor habet curatorem per quem bene defenſus fuit, Et è contrario longè commodius eſt ita ius eſſe vt iudicium ſine curatore in eum reddi non poſſit,quàm ex poſtfacto condemnatus in integrũ reſtitui poſſit,quia ſemper melius eſt incæpta ipſorum firmari,quã poſt vulneratã cauſã remediũ quæri *l.2.& vlt.*

L.vlt.C. de in lit.dand. tutor.

d.l.1. C.qui pet.tutor.

§. item inuiti infr.de curator. d.l.vlt.C. de in lit. dand.tutor.

L. actа 45. *§.vlt.l.contra* 54. D.*de re indic. l.pen.& vl. C.ſi aduerſ. rem indic. l.2. & vlt. C. in quib. cauſ.reſt. in integr. non eſt nec.*

Digitized by Google

C.in quib.cauſ.in integ.reſtit.neceſſ.non eſt. Et hæc ſecunda ratio eſt propter quã diximus ita conſtitutum vt minor curatorem non habens in litem, nec legitimam in iudicio ſtandi perſonam habere exiſtimetur *l.2.& vlt.C.qui legit. perſon.ſtand.in iudic.hab.vel non.* ſcilicet ob ipſius minoris vtilitatem vt non læda tur potiùs quàm vt læſus reſtituatur.

L.1.& vlt. C.qui legit. perſo.ſtand. in iudic.

ILLATIO X.

De *curatore in litem ſimpliciter dato.*

DEcimò ex eodem Principio fit,vt ſi pupillus petat talem curatorem in litem nec addat in quam rem,id eſt in quam litem, in omnes res,id eſt lites & controuerſias datus videatur curator qui datus ſimpliciter erit *d.l.3 §.vl. De tutel.* Nempe quia cùm non detur curator hic,niſi ex neceſſitate,eadem verò neceſſitas ſubſit quod ad omnes lites mouendas inter pupillam& tutorem, quia ex iis nulla eſt, in qua tutor pupillo autoritatem præſtare in rem ſuam poſſit,nihil cauſæ eſt cur non ad omnes lites videri debeat datus,qui ſimpliciter datus fuit.Multò magis ſi indiſtinctè curator in litem datus ſit in totam litem datus videbitur,quod eò ſpectat vt ſi familiæ erciſcundæ,aut communi dividundo, aut finium regundorum actio eſſet cum tutore & indiſtinctè datus eſſet,non ſolùm eo nomine curator eſſet quod ageret pupillus pupiliáve, ſed inuicem quoque quod cum his ageretur, vt Paulus explicat in *l.4. De tutel.* Sunt enim tria iſta iudicia duplicia *l.in tribus* 13.*D.de iudic.* vnde & communia appellantur in *l.ſi idem* 11.*§.vlt. D.de iurisd.* & mixta in *l.actionis* 37.*§.mixtæ De oblig & act.* quòd in iis vterque litigatorum & actor ſit & reus *l. iudicium* 10. *D.fin.regund.l.inter* 44.*§.qui familiæ D.famil.erciſc.*

L.1.§.vlt. D.hoc tit.

L.4.eod. Iudicia duplicia, quæ & communia,& mixta, Cur ſic dicta.

ILLATIO XI.

De pluribus curatoribus ad litem in vnius locum dandis,& contrà.

VNdecimò ex eodem Principio fit vt poſſint vel plures huiuſmodi curatores in litem peti in locum plurium vel plures in plurium vel vnus vnius loco,vel in vnam litem vel in plures *d. l. 4.§.1. hoc tit.* quia cùm illi curatores nullam vim & poteſtatem habeant in caput pupilli,ſed in eam tantùm litem, in quam dantur,non poteſt hoc caſu idem euenire quod in tutoribus vt qui prior datus fuit impediat ne alius dari poſſit.Nam & de curatoribus omnibus generaliter ſcriptum eſt,Curatorem habenti quominùs alius curator detur regulam iuris non eſſe impedimento *l.ventri* 20.§.1.*De tutor.& curat.dat.* Eadem prorſus ratione quòd curator numquam perſonæ detur,ſed bonis tantùm excepto eo qui furioſo datur, vt ſuprà diximus. Planè cùm quis ſemel petitus,& datus eſt,quandiu manet alius in eandem litem curator dari petíve non poteſt vt ſubiicitur ex Pomponio in *l.cùm ſemel* 5.*eod.tit.* quia id curatoris dati exiſtimationem ſuggillaret, quod ne fiat intereſt non tantùm ipſius curatoris ſed etiam pupillorum & minorum vt facilius tales curatores inuenire poſſint, vt non valde diſſimiliter ratiocinatur Vlp.in *l.ait prætor 7.aliàs l.etſi ſine §.quæſitum D de minor.* In eóque melior condicio eſt huius in litem curatoris quàm cæterorum curatorum quibus diximus curatorem adiungi poſſe *d.l.*20.*§.1. de tutor.& curat.dat.* Non enim poteſt honeſta eſſe cauſa curatoris adiiciendi ei

d.l.4.§.1.D. hoc tit. l. cũ ſemel §. l.3. §.pen.eod.

L.ventri 20.§.1 De tutor. & curat.dat.l.8. §.dari eod.

qui

qui in litem vnam pluréſve datus fuerat. Quod in aliis curatoribus ideò diuerſum eſt, quia fit plerumque vt ex emergentibus negotiis appareat toti adminiſtrationi ſufficere non poſſe illum qui antea ſolus ſufficere credebatur. Quã ob cauſam nec in tutoribus aliud eſt quibus ſanè vrgente eadem neceſſitatis ratione æquè ſubueniendum eſt *l.vlt.C.in quib.caſib.tut.hab.* At ſi quis in vnam litẽ curator petitus ſit, nihil vetat quominus idem non ſolùm in aliam litem, ſed etiam contra alium tutorem curator dari poſſit vt ex diuerſis cauſis vnus plurium curatorum locum obtineat. Quod multò magis contra eundem tutorem accidet ſi in diuerſas lites diuerſis tẽporibus idem curator petatur. Tot enim videntur curationes eſſe quot ſunt lites cùm in vnam tantùm litem primùm datus eſſet *d.l.cùm ſemel* §.1. Illud dubitationem non habet quod ſcriptũ eſt in *d.l.3.§.pen.hoc tit.* quolibet loco & tẽpore curatorẽ hunc ad lites dari poſſe. Nã ſi in alijs tam tutoribus quàm curatoribus quorũ illi totius patrimonij, illi etiã perſonæ adminiſtrationem habent idem ius obſeruatur vt quolibet loco & tẽpore dari poſſint, id eſt etiam de plano & omni die quamuis feriato *l.nec mandante* 8.§.*dari* D.*de tutor.& curat.dat.* ita nimirum exigente vtilitate pupillorum minorúmque omnium, & publica *l.2.D.de fer.* quantò magis idem obtinebit in curatore ad litem dato qui multò minorem habet poteſtatẽ ac proinde cuius datio longè minorem exigit ſollennitatem?

L.*vlt.*C. *in quib. caſib. tut.habent.*

ILLATIO XII.

De tutore dando impuberibus mutis & ſurdis.

DVodecimò ex eodem Principio fit vt muto itémque mutæ & ſurdo impuberibus non minùs quàm aliis eius ætatis pupillis tutor dari poſſit. *l. muto 6.in prin.& §.ſurdo. D.hoc tit.De tutel.* Quidni námq; perinde dari poſſit his perſonis atque furioſo & furioſæ datur *l.nec mandante* 8.§.*vlt.D.de tutor.& curat.dat.* An non enim ſunt hi omnes liberi ſicut & cæteri? An non æquè indigent alterius auxilio, qui eos tueatur? Immo tãto magis, quantò pluribus impedimentis tenentur ne ſibi ipſis conſulère poſſint. Quærit tamẽ ſubinde Vlp. an perſonis iſtis hoc eſt muto & ſurdo præſtare autoritatem tutor poſſit. Quę quæſtio diuerſa eſt ab illa an poſſit ijs dari tutor, quamuis ſi de curatore ageretur nihil intereſſet quærere an poſſit curator alicui dari, an autoritatem ei præſtare. Curatoris enim officium totum in eo conſiſtit vt minori autoritatẽ præſtet, non etiam vt quicquam ſolus ipſe faciat nomine minoris, niſi quod in iudicio & ſolus ágere & conueniri ac condemnari perinde poteſt ac tutor quilibet nomine pupilli *l.vlt.C.ſi aduerſ.rem iud.* At tutor non in id tantùm datur vt autoritatem pupillo præſtet, ſed in id potiſſimũ vt faciat ipſe omnia nomine pupilli niſi ſi qua ſint quæ perſonale ipſius pupilli factũ requirant, vt ſuprà docuimus. Autoritatem præſtare tum demum dicitur, cùm pupillus ipſe negotium gerit, ſed tutore autore: quomodo certũ eſt in multis non poſſe autoritatẽ præſtari muto & ſurdo, in iis ſcilicet quæ ipſi facere non poſſunt, cuiuſmodi eſt ſtipulari, & alia ſimilia quæ ſine ſermone vel auditu nequeunt expediri *l.1.D.de verb.obligat.l.pupillus* 9.D.*de acq.her.* In aliis verò quæ perſonale pupilli factum tale requirunt, aut ſaltem pupilli facto tali contenta ſunt, quod neq; auditum neque ſermonem omnimodo exigat, nihil ſanè prohibet quominus autoritatem ei tutor præſtet, quoniam vt bene Vlp. ratiocinatur etiam tacenti pupillo præſtare poſſet. Cur enim hac parte alia ratio conſtituatur ſurdi & muti, alia tacentis? Impuberes verò tutore autore obligari poſſe etiamſi taceãt nõ

L.muto 6.in prin.D.hoc tit.

l. nec mandante 8.§. vlt.D.de tutor.& curat dat. d.l.muto.

d.l.vlt.C.ſi aduerſ.rem iudic.

l.1.de verb. oblig. l. pupillus 9. D. de acquir. hered.

Digitized by Google

ambigitur,puta si mutuam pecuniam acceperint.Quamuis enim nihil dicant, tamen autoritate tutoris interpositа tenentur *l.impuberes* 13.*D.de autor.tut.* vbi addit Iulianus,etsi non debita pecunia his personis soluta fuerit,quãuis tacuerint,interpositam tamen tutoris autoritatem sufficere vt condictione teneantur:qui tamen non condictione sed vindicatione tenerẽtur,si tutoris autoritas non interuenisset,tacentibus ipsis.Voluntatis enim declaratione aliqua,& tractatu opus est vt dominium quod tuum fuit,in me accipientem transferatur.

L. impuberes 13. D de autor.tut.

ILLATIO XIII.

De tutore non dando à magistratu sub condicione vt nec datur à lege.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit vt non possit sub condicione dari tutor à præfidibus prouinciarũ,sicut nec à lege datur, & consequenter vt si quis ita datus sit nullius momẽti sit datio *d.l.muto 6.§.1.D.hoc tit.*Nam cùm tutela nihil aliud sit quàm vis & potestas in caput liberum tanquam sequela quædam,& participatio patriæ potestatis,patria autem potestas non possit acquiri sub aliqua condicione(siquidem acquiritur ex actu naturali,id est ex procreatione liberorum iustis nuptiis susceptorũ,natura autem nihil facit sub condicione vt nec fictitiè,sed omnia sicuti verè ita purè)consequens est, vt tutorẽ sub cõdicione dare neque lex possit,neque magistratus qui nihil aliud est quã viua vox legis.Ideò autem Vlpianus loquitur de tutore dato à præsidibus,quẽ vulgò datiuum vocant,non vt excludat tutores legitimos in quibus idem certè iuris est vt modò diximus,sed vt excludat testamentarios, quia certum est à patre tutorem filio sub condicione dari posse *l.tutor* 8.§.1.*&* 2.D. *de testam.tutel.* vbi,quod magis est idem Vlp.scribit posse patrem dare tutorem filio & ex certo tempore & vsque ad certum tempus & sub condicione & vsque ad condicionem,obidque si sub condicione tutor quis datus fuerit,& ea defecerit tutorẽ eũ non fore.Cui simile est quod idẽ Vlp.tractat in *l.tutor* 3.§.*idem erit quærendum D.de suspect.tutor.& curat.* posse fieri vt quis desinat esse tutor,&rursus incipiat,Scilicet si vsque ad certum tempus vel vsque ad condicionem tutor datus fuerit in testamento,deinde iterum vel superueniente condicione testamẽtaria vel etiam à prætore postea sit datus,& hoc casu duas esse tutelas , Aliter atque si tutor quis ita datus sit *quoad in Italia erit tutor esto*,vel *quoad trans mare non erit.*Vna enim tutela illa est habens interualla *d.l.3.§.quòd si quis. l. Titius* 45.D.*de excus.tutor.*vbi ex hoc infert Tryphoninus etiamsi tutor hic medio tẽpore liberos susceperit aut aliã excusationẽ parauerit, nec excusationẽ ei cõpetere nec ob prioris tẽporis administrationẽ tutelæ agi ante pubertatẽ posse.Huius verò inter testamẽtarios,& datiuos legitimósve tutores differẽtiæ ratio illa est,quòd cũ tutela non aliã ob causam cõparata sit,quã vt aliquis sit qui ad pupillum tuendum patris vicem sustineat,absurdum vtique fuerit eum quẽ pater ipse tutorem elegerit siue ex tempore,siue ad tempus,siue sub condicione,siue vsque ad condicionem fieri tutorem purè,& aliter,quàm pater ipse voluerit,idémq; testator cuius non solùm tanquam patris sed etiam tanquam alterius testatoris cuiuslibet voluntatẽ in cæteris omnibus subsequi & lex & magistratus solet dum ne per eam aliqua legibus vis fiat.Sed voluntate patris cessante multò absurdius esset ex tẽpore & ad tempus sub condicione aut ad condicionem constitui quem à lege aut à magistratu vice patris qui vtique à natura nisi purè esse nemo potest.At hic illa incurrit dubitatio , quòd non magis videretur debere in patris esse potestate vt tutorem filio ad tempus aut sub condi-

L.tutor 8.§. 1.& 2.D.de testa. tutel.

l.tutor 3.§. idẽ erit quærendum D. de suspect. tutor.&curat.

§.quòd si quis d.l.3.l. Titius 45. de exc. tut.

Ratio differentiæ inter tutores testamentarios, & datiuos, legitimósve

condicione daret,quàm vt adoptet filium ad tempus,vel sub condicione,quod tamen certum est fieri non posse,non alia ratione quàm hac ipsa, quòd ars iuris quæ facit adoptionem,imitetur naturam. *l.quæsitum* 34.D. *de adopt. l.actus legitimi* 77.*De regul.iur.*Natura verò nō magis liberos quàm patrem faciat sub condicione vel ad tempus.Verùm dissimilitudinis ratio in eo est,quod in patris potestate nō est quandiu viuit an aut quomodo pater sit,liberósve habeat. Vbi verò moritur,& ita per ipsam rerū naturā pater esse desinit,sicuti nō fuerit alienū à natura liberos ipsius manere in perpetuū sine patre,ita nec illud vt ex eo demū tēpore incipiat aliquē habere vice patris, aut ad illud vsque tēpus ex quo aut ad quod vsque pater ipse voluerit.Sequitur apud Vlp.in *d.l.6.§.1.De tutel.*Ei quod diximus tutorē sub cōdicione dari non posse,contrariū non esse, quod præsides prouinciarū cùm tutorē aliquē dant adiicere passim solent condicionē illam *si satisfecerit.*Hæc enim verba non tam condicionē,inquit,continent,quàm admonitionē,vt datus tutor intelligat non aliter sibi tutelam cōmissam quàm si satisfecerit,id est non aliter sibi gerere permissum quàm si caueri rē saluam fore.Nec ad rē pertinet quod condicio exprimatur per dictionē *si l qui promisit* 48.*de cond.ind.*Non enim ad inducendam condicionē sufficit adpositam eam dictionē,si quod exprimitur tale sit quod alioqui etiā tacitè inesset *l.3.de legat.1.l.aliquando* 107.*De cond.& dem.* Atqui ex ratione iuris, quisquis tutor est siue datiuus siue legitimus tenetur satisfacere rē pupilli saluam fore,vt dicemus ad *tit. De satisd.at.tutor.vel curat.*Et hæc ad Vlpianū annotasse sufficeret,nisi liberet etiam addere,nobis non probari rationē illam quam Bartolus tradidit eius differētiæ quæ est inter testamētarios tutores & legitimos, aut datiuos.Ait enim factū testatoris in eo quod deficit suppleri posse per iudicē,factum verò iudicis neque suppleri,neq; expleri posse nisi per eundē iudicem,ob idque iniungi ei vt perfectè det tutorē. Quæ ratio non nisi ad datiuos tutores pertinet,ad legitimos verò,quorū eadem hac parte quæ datiuorum ratio est, nullomodo,quandoquidē certū est si quid legi desit,non minùs id per iudicē suppleri posse ac solere,quàm factum testatoris. Nec tamen legē magis quàm testatorē posse tutorē dare ad tēpus aut sub condicione,Adeò vt si pater sub condicione vel ex die tutorem dederit,medio tempore alius tutor dandus sit à magistratu,quamuis pupillus legitimum tutorem habeat,nō solùm quòd legitima tutela cesset quandiu speratur testamentaria *l.si quis sub condicione* 11. *D.de test.tutel.*sed etiam quia si tutori legitimo interim locus fieret,non posset desinere ille tutor esse quandocumque existente postea condicione, aut eueniente die in quam pater tutorem dedisset. Nam nec alia ratio est propter quam placeat legitimæ tutelæ locum non esse, quandiu testamentaria speratur,Nisi quia posito aliter iure eueniret vt vel tutor legitimus ad tempus datus reperiretur si condicio quandoque existeret , vel tutelæ legitimæ testamentaria etiam cuius condicio extitisset cedere cogeretur , quorum vtrumque absurdum esset , & à iuris ratione alienum. Sed neque verum est permittendum testatori vt pro arbitrio faciat quid imperfectè eo prætextu quòd factum ipsius imperfectum suppleri & perfici à magistratu possit. Alioqui etiam adoptio ex tempore vel ad tempus facta,per magistratum supplenda esset,tanquam perpetua,quam tamen pater non nisi temporariam esse voluisset,quod vtique falsum est. Constat enim talem adoptionem nullius omnino esse momenti *dict.l.quæsitum* 34. *De adopt.*Ergo si quæratur , Cur pater tutorem filio ex tempore,aut ad tempus,& sub condicione aut ad condicio

L.*quæsitum* 34. D.*de adopt.l actus legitimi* 77. *de reg.iur.*

d.l muto 6. §.1.D.hoc tit.

Condicio exprimitur per si.

L.3.*de leg.1. l. aliquando 107.de condic.& dem.*

L.*si quis sub condicione* 11. *D. de testam.tutel.*

d. l.quæsitū 34. *D.de adopt.*

nem dare possit,non illa ratio bona videri potest,quòd factum patris suppleri per iudicem possit.De hoc ipso enim quærimus,cur possit suppleri,ac non potiùs inutilis omnino sit voluntas patris, vt eueniret si sub condicione, vel ad tempus filium adoptaret.Illa igitur dissimilitudinis ratio adferenda est quam nos attulimus,quòd ex ipsius patris voluntate pendêre debeat, non solùm quem suæ potestatis vicarium post mortem suam habere velit,sed etiam quomodo,& an purè an sub condicione aut ex tempore aut ad tempus, Quamuis non ideò pupillus interim carere debeat tutore non magis quàm post tempus, ad quod vsque pater dederit tutorem. Nam & simile est quod procuratorem

L.3.D.depro curat. constituere in diem & ad diem,& sub condicione quilibet potest *l.3.D.de procurat.* quoniam qui procuratorem constituit,alium vice sua in ea re substituit, quod pro arbitrio suo eum facere,nec aliunde legem eum accipere æquum est. Itaque non est quod hac parte differentiam aliquam esse dicamus inter tutorem & procuratorem,nisi fortè de tutore legitimo aut datiuo intelligamus, quod inconcinnum esset,quia procuratori,quem priuatus dat,opponendus est tutor testamentarius,non legitimus aut datiuus, cùm legitimus vel datiuus procurator nullus sit.

ILLATIO XIV.

d.l.muto 6. §.tutoris datio D.hoc ti.

DEcimoquartò ex eodē Principio nostro sic vt diximus intelligendo,proficiscitur quod ait Vlp.in *d.l.muto 6.§.tutoris datio De tutel.*tutoris datio nē neq; imperij esse neque iurisdictionis,sed ei soli cōpetere cui hoc nominatim dederit vel lex,vel Senatusconsultū,vel Princeps.Sensus enim est prætorem aut aliū quēlibet magistratū qui tutoris dandi ius habeat,cùm dat tutorē,neq; propter vim sui imperij id facere,quomodo faciūt alia pleraque iis more tātū

L.cùm prætor 12. §.1. D.de iudic. concessa,cuiusmodi est datio iudicis *l.cū prætor 12.§.1.D.de iud.*neque proprio iure suæ iurisdictionis,id est quā quisque habeat iure sui magistratus, & hoc ipso quod talis magistratus est,sed tanquā patrē aut saltē tanquā gerētē vices patris ad cuius prouidentiā vel illud maximè pertinebat vt iure patriæ potestatis

L. impuberi 40.in fin.D. de adm.tut. tutelā liberorū suorū alicui mandaret *l.impuberi 40.in fin.D.de adm.tut.*id est aliquē eligeret qui vice sua patriæ potestatis per mortē amittēdæ reliquias in liberos superstites quandiu pupilli essent exerceret.Ideóq; necesse fuit ius illud tutoris dandi nūc his nunc illis magistratibus nominatim dari,hoc est speciali aliqua lege vel Senatusconsulto vel Principis cōstitutione.De quo dicemus la-

Tit.De Attil.tutor. tiùs ad *tit.De Attil.tut.*Datū verò fuit primū maioribus magistratibus, quòd ij omniū maximè digni viderētur,qui in pupillorū patres eligerētur,vt tāto meliùs pupillis miseris cautū esset.Indéq;est quod nec mandante præside vel prætore alius tutorē dare potest siue specialiter mandatū id sit,siue iurisdictio ipsa

l. nec mandante 8. D. de tutor. & curat.dat. tota generaliter mādata proponatur *l.nec mādante 8.D.de tut.& curat.dat.*Generale siquidē & perpetuū est,vt quæcumq; specialiter lege vel Senatusconsulto vel constitutionibus Principū tribuuntur,ea nec mandari nominatim possint,nec mandata generaliter iurisdictione transferantur,sed ea tantū mandari

L.1.de offic. eius cui mā dat.est iurisd.l.2.§.1. eod. queant,quæ cōpetunt iure magistratus *l.1.D.de offic.eius cui mandat.est iurisd.* iūct.*l.2.§.1.eo.tit.*Alia ratio est cognitionis de suspectis tutoribus.Illa enim nō solùm mādari specialiter potest,sed etiā mandata generaliter iurisdictione trā

L.1.§.an autem D. de suspect. tut. sit *l.1.§.an autem D.de suspect.tutor.*vbi Vlp.refert ita primū fuisse rescriptum à Seuero in persona legati Proconsulis,At nō aliqua ratione singulari quomodo alia pleraq; singularia in legatis proconsulum recepta sunt, sed ratione illa generali quòd mandata iurisdictione officium iuris dicundi totum ad eum trā

ſcat,vt intelligamus cognitionem ſuſpecti tutoris eſſe omnino iuriſdictionis. Vnde & ibidē infert Vlp.ſi prætor mandet iuriſdictionem ſimili modo dicen dū poſſe ſuſpectū apud eū poſtulari,cui mandata eſt:ne minorē poteſtatē is ha beat,cui prętor in vrbe,quàm cui præſes in prouincia iuriſdictionē ſuā mādauerit.Idē etiam apparet ex reſcripti verbis,quę refert Macer in *l.cognitio 4.De offic.eius cui mandat.eſt iuriſd.* Cùm propriam iuriſdictionē,inquit,reſcriptum legatis tuis dederis.Conſequens eſt,vt etiam de ſuſpectis tutoribus poſſint co gnoſcere.Nimirū ex ratione illa iuris quæ facit,vt mandata iuriſdictione tran ſeant omnia quę ſunt iuriſdictionis.Quāquā in eadem lege videtur Macer hoc ius nō tam ad rationem iuris referre,quàm ad pupillorū vtilitatē.Sed cùm ad eā pupillorū vtilitatē reſpexiſſe dicat Imperatorem quādo ita reſcripſit,verba autē reſcripti quę proximè retulimus non aliā rationem prę ſeferant quàm con ſequentiā quandā mandatę iuriſdictionis,intelligimus eā adiectionem *propter vtilitatem pupillorum* nō ita accipiendam eſſe quaſi vtilitas pupillorum contra iuris rationē hanc ſententiā extorſerit,ſed ita potiùs,vt nō quēadmodū pupillo rū intereſt dari iis tutorē à prętore,vel à prętide aliiſque maioribus magiſtratibus potius quā ab eo qui nō niſi mandatā habeat iuriſdictionem (propterea quòd ſiue populus per legē,ſiue Senatus per ſenatuſconſultū,ſiue Princeps per cōſtitutionē eam tutoris dandi poteſtatē fecerit alicui magiſtratui,credidit nō aliter eū pupillo cōſulturū eſſe quàm ipſe eſſet conſulturus ſi tutorē daret *arg. l.vnic.§.1.D.de offic.præf.præt.d.l.1.in prin.De offic.eius cui mandat. eſt iuriſ.*) Ita nec alius de ſuſpecto tutore poſſit cognoſcere quā qui tutorē ipſe dare poſſet. E cōtrario nāq;pupillorū intereſt,vt de ſuſpecto cognoſcere plures poſſint,ne datius tutor perfid' qui ſuſpectus dicitur,in pupilli ſui patrimonio graſſetur. Neque verò quēadmodū dicimus tutoris datione,neque imperij eſſe,neq; iuriſdictionis,ſed magis patriæ poteſtatis,ita poſſit quis dicere cognitionē ſuſpe cti habere quid cōmune cū iure poteſtatis patrię,ſed pēdet omnino illa ex iuriſdictione illius qui de ſuſpecto cognoſcere poteſt,aut qui habet mandatā ab eo iuriſdictionē.Sanè ſuſpecti tutoris accuſatio quoniā criminis querelā adnexā habet,& onerat tutoris exiſtimationē maioris hac in re momēti eſſe creditur quàm datio tutoris:Ideóq; quāuis tutor dari etiā de plano poſſit & quoli bet die quāuis feriato,vt ſuprà diximus,ſuſpecti tamē tutoris accuſatio nō niſi pro tribunali examinari poteſt *l.1.§.ſuſpecti D.ad SC.Turpil.* vbi addit Marcia nus nullū aliū quàm prędē de huiuſmodi quęſtione ſuſpecti tutoris poſſe co gnoſcere.Quod pugnare videtur cū eo quod diximus cognitionē hāc mandata iuriſdictione tranſire.Sed nō pugnat,quōniā eo cui prędes iuriſdictionē ſuam mandauit,cognoſcēte,prędes ipſe cognoſcere intelligitur,cùm nihil proprium habeat is qui ex ādatā iuriſdictionē exercet,neq; pro ſuo imperio quicquā agat, ſed eius qui mādauit vice & partibus fungatur *d.l.1.§. qui mandatā l.3.D.de offi. eius cui mandat.eſt iuriſd.L.ſolet prætor* 16.*D.de iuriſd.* Ita ergo ſcripſit Marcian. ad excludēdos duntaxat magiſtratus municipales,& alios huiuſmodi ſi qui ſunt in prouinciis qui habeāt ius dandi tutoris,quod magiſtratibus municipalibus omnibus datū fuiſſe refert Vlp.in *l.ius dandi 3.D.de tut.& cur.dat.* Non.n.conſequens fuit,vt iidē de ſuſpecto tutore cognoſcere deberēt,cùm eſſet ea cogni tio maioris momēti vt diximus.Notatu tamē dignū eſt,quod in *d.§.ſuſpecti* ait Marcianus in Turpillianū ſenatuſconſultum nō incidere eū,qui deſiſtit à ſuſpe cti accuſatione,nēpe quia ſuſpecti accuſatio verè,ac propriè publica non eſt,

L.cognitio 4. D.de offic.eius cui mandat. eſt iuriſd.

Differentia quæ eſt inter tutoris datio nem,& remotionem.

Suſpecti tutoris accuſatio magni momēti eſt.

l.1.§.ſuſpecti D.ad SC. Turpill.

l.1.§.quimā data l.3. D. de offic. eius cui mand. l.ſolet prætor 16.D. de iuriſdict. L.ius dandi 3.D. de tut. d.§.ſuſpecti.

cũ in ea nõ de iure publico,ſed de priuata pupilli vtilitate tractetur,deſcẽdátq; nõ ex lege aliqua publicorũ iudiciorũ deſcendat,ſed ex lege 12.tab. *l.1.§.ſciẽdũ* D.*de ſuſpect.tut.*quãuis dicatur eſſe publica actio,ob hoc ſolùm quòd omnibus pateat,ita nimirũ exigẽte pupillorũ vtilitate *d.l.1.§.cõſequens eſt eod.* Atqui conſtat accuſatorẽ qui ab accuſatione ex his tantùm cauſis in Turpillianũ incidere quę publici criminis & iudicij cauſam habeãt,nõ quę priuati,aut extraordinarij *l.3.l.ſi quis 7.§.1.*D.*ad SC.Turpil.*Suaues verò ſunt interpretes noſtri qui tutoris dationẽ quã Vl.ait neq; imperij eſſe,neque iuriſdictionis,volunt eſſe imperij mixti,quaſi vtriuſq; eſſe dixerit Vlp.hoc ipſo quod dixit eſſe neutrius: Et rurſum,quaſi mixtũ imperiũ dicatur quod cõflatũ ſit ex imperio & iuriſdictione ſimul,quale proculdubio nullũ eſt,ac nõ potiùs quod totũ in imperio cõſiſtit,ſed tamẽ cohęrente iuriſdictioni,vt eius tuẽdę gratia exerceatur, cùm ſine modica coercitione iuriſdictio nulla eſſe poſſit *l.vl.§.1.*iũct.*§.vlt.l.*1.D.*de offi. eius.* Ad differentiã ſcilicet imperij meri quod nõ propter iuriſdictionẽ aliquã ſed propter ſe & nõ niſi vindictę publicę gratia exerceatur:vnde & merũ appellatur *l.3.*D.*de iuriſ.*De qua etiã ſcripſimus,quomodo nimirũ & interpretãda & emẽdãda ſit *li.4.Cõiect.ca.*4.Fefellit interpretes quod viderũt ſcriptũ à Iuſtiniano in *§.ſed hoc iure* D.*de Attil.tut.*Romę tutores dari à prętecto vrbi,& à prętore ſecundũ ſuã iuriſdictionẽ.Sed ita accipiendũ illud eſt,nõ vt vel hic,vel ille proprio iure ſuæ iuriſdictionis tutorẽ dare poſſit,ſed vt cùm tã huic quàm illi ius dandi tutoris ſpecialiter datũ ſit,nõ tamen promiſcuè tutorẽ in vrbe dare poſſint,ſed pro cuiuſq;iuriſdictionũ diſtinctione:alia enim fuit iuriſdictio prætecti vrbi,alia prętoris,& quidẽ ea videtur diſtinctio fuiſſe iuriſdictionũ,vt prætectus vrbi de criminibus omnibus ſolus cognoſceret poſt epiſtolã Diui Seueri ad Fabium Chilonẽ *l.1.*De *offic. pręf.vrb.*de ciuilibus verò ex appellatione ſi quãdo victus quis apud prętorẽ aliúmvẽ magiſtratũ cuius prima notio fuiſſet ab eo prouocare vellet,vt coniicere licet ex *l.Æmilius* 38.D.*de minor.*Eo démque ſenſu accipiendũ eſt,quod ſcriptũ legimus in *l.1.*D.*de iuriſd.*ad ius dicentis officiũ pertinere,vt pupillis nõ habentibus tutores cõſtituat,Nimirũ vt nõ iure propriæ iuriſdictionis id fiat,ſed ex præſuppoſitione cõceſſionis alicuius, quæ huic,vel illi ius dicenti hoc eſt iuriſdictionẽ habenti, tale ius dãdi tutoris indulſerit. Itẽ quia dato iã tutore multa in conſequentiã dationis fieri neceſſe eſt quę ſine iuriſdictione expediri nõ poſſunt,puta vt ſi tutelam ſuſcipere nolint cogãtur captis pignoribus aliíſve remediis à iuriſdictione petẽdis,vt bene tractat Cuiac.*lib.7.Obſer.ca.*17.vbi & hinc petit rationẽ illius differentiæ quod collega collegam tutorem dare poteſt *l.vbi abſunt* 19.*§.1.de tutor.&curat.dat.* at apud collegam manumittere non poteſt *l.apud eum* 14.*in prin.*D. *de manu. l.apud filiumfamilias* 18.*§.1.*D.*de manum.vindict.* licèt manumiſſionis cauſa probanda ſit apud collegam *l.vnic.§.vlt.*D.*de offic. conſul.* Nempe quia vt ille ait manumittere iuriſdictionis eſt, quam portò nullam habet collega in collegam. At tutoris datio iuriſdictionis nullomodo eſt, nec verendum eſt ne iuriſdictione aliqua opus ſit ad cogendum collegam, vt tutelam ſuſcipiat,cùm ſi eam ſuſcipere nolit, optimam & paratã habeat ex ſuo magiſtratu excuſationem. Illud verò longè minùs probabile fuerit, ſi quis tentare velit dationem tutoris eſſe imperij ob id ſolùm, quòd tutorem dare poſſit prætectus vrbi qui imperium habet. Non enim ob id dat tutorem quod imperium habeat, non magis quàm ob id quod habeat etiam iuriſdictionem,

l.1.§. ſciendũ D.de ſuſpect. tutor. d.l.1.§. conſequens eſt.

l.3.l. ſi quis 7.§.1. D.ad SC. Turpill. d.l. muto 6. §.tutoris datio D.hoc ti.

L.vl.§.1.& l.1.§.vlt. D. de offic.eius cuimandat. eſt iuriſd.

l.3 D.de iuriſdict.

§.ſed hoc iure infr. de Attil.tutor.

l. de offic. pręf.vrb.

l. Æmilius 38.D.de minor.

L.1.D.de iuriſd. l. vbi abſunt 19.§. 1.de tuto.& curat.dat.

nem,sed quia tutoris dandi ius ei concessum est à Principe qui vtique ius habuit concedendi.

ILLATIO XV.

De tutore non dando ei cuius pater in hostium potestate est.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt ei cuius pater in hostium potestate est tutor dari non possit, *d.l.minto 6.§.vlt.De tutel.* Nam cùm tutor nihil aliud sit,quàm fictitius quidam pater, in quo extinctæ patriæ potestatis vestigia quædam supersint, appareat quandiu non solùm pater viuit,sed etiam patria potestas omnino extincta non est,neq; de tutore, neque de tutela tractari posse: ne imagine veritas adumbretur, vt eleganter loquitur Papinianus in *l.filio 23. De liber.& posthum.* Atqui cùm impuberis pater ab hostibus captus est,licèt per captiuitatem pater fiat reuera seruus hostium, atque ita desinendo ciuis esse desinat etiã habere patriam potestatem,quę propria est ciuium romanorum,quia tamen ab hostibus reuerti potest,eóque casu futurum est, vt per fictionem postliminij semper in ciuitate fuisse intelligatur, fatendum est captiuitate patris liberos quos in potestate habebat non esse à patria illa potestate in plenum liberatos,sed propter suspensi iuris constitutionem, quæ facit, vt omnia captiui iura interim suspendantur non abrumpantur,statum quoque liberorum, an scilicet filiifamilias sint an serui manere in suspenso, vt suprà scripsimus ad *tit. præced.Princip.7.ex l.penult. D.de suis & legit. l.illa institutio 32.§.1.D. de hered.instit.* Itaque cùm filius eius qui apud hostes est, quamuis impubes non possit videri pupillus (siquidem pupillus ille est, qui & impubes est & desiit omnino esse in patris potestate aut morte aut emancipatione *l.pupillus 239. De verb. signific.*) consequens est, vt nec tutorem habere possit, qui scilicet non nisi pupillo datur.Quid ergo si huic impuberi cuius statum propter captiuitatem patris in suspenso esse diximus, tutor fuerit datus? An ipsa etiam datio erit in pendenti? Minimè, sed ab initio non valebit,quia tutoris datio quæ fit à magistratu cùm sit actus legitimus in suspenso esse non potest, ob idque nec diem recipit,nec condicionem *l.actus legitimi 77. De regul.iur.* In proposito autem casu tantò minùs quòd patre ab hostibus quandocumque reuerso filius qui medio tempore tutorem habuisset,retrohingeretur habuisse eodem tempore & tutorem, & patrem in cuius fuisset potestate, quod esset absurdum, & ne id eueniret necesse esset si tutoris datio valeret, impediri postliminij potestatem, quia fictio nihil vnquam inducere debet nisi quod per rerum naturam verum esse possit, quamuis verum non sit. Idque est quod ait Vlpianus *sic enim post patris regressum recidu in potestatem acsi numquam pater ab hostibus captus fuisset.* An igitur & impubes hic & patris captiui bona defensorem nullum habebunt qui ea tueatur? Immo curator bonis dari debet ne interim & medio illo tempore pereant,vt sequitur apud Vlpianum, Nec solùm si creditores patris id postulent, qui in eorum bonorum possessionem interim mitti velint, *l.in possessionẽ 6.§.vlt.D.quib.ex caus.in poss.eat.* sed etsi creditores nulli sint, petente scilicet,vt plerumque fit eo qui captiuo succedere quandoque possit & cuius siue ex hac,siue ex alia probabili causa interfit bona conseruari *l.ab hostibus 15. D.quib.ex caus.maior.*

d.l. minto 6. §. vlt. D. de tutel.

l. pen. D. de suis & legit. l. illa institutio 32. §. 1. D. de hered. instit. l. pupillus 239. de verb. signific.

L. in possessionem 6. §. vl. D quib. ex caus. in poss. eat. l. ab hostibus 15. D. quib. ex caus. maior.

Digitized by Google

ILLATIO XVI.

De filiofamilias quoque tutore dando, ſiue à magiſtratu, ſiue à teſtatore.

l. ſi filiusfamilias 7. D. hoc tit. l. tutorem 37. §. inde deſcendit quæſtio D. de admin. tutor. l. ſi filiusfamilias 11. de tutel. & rat. diſtr. Lita autē 5. §. Iulianus alias l. quidā decedens De admin. tutor. l. 3. D. qui teſt. fac. poſſ. l. nam quod 14. D. ad SC. Trebell. l. 1. D. de legit. tutor. l. teſtamento 17. D. de teſtam. tutel.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias quoque non minùs quàm paterfamilias tutor dari à magiſtratu poſſit, & à teſtatore *l. ſi filiusfamilias 7. hoc tit. De tutel. l. tutorem 37. §. inde deſcendit quæſtio D. de adminiſtr. tutor. l. ſi filiusfamilias 11. D. de tutel. & ration. diſtr.* Nam cùm tutela ſit vis & poteſtas in capite libero iure ciuili data & permiſſa, non poteſt dubitari quin ſit iuris publici, cuius eſſe dicuntur cætera quoque omnia quæ ſunt iuris ciuilis *l. ita autem 5. §. Iulianus alias l. quidam decedens De admin. & peric. tutor. l. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Certum autem eſt in his quæ ad ius publicum ſpectat filiũ non ſequi ius patriæ poteſtatis *l. nam quod 14. D. ad SC. Trebell.* id eſt non nocere filio quòd ſit in patris ſui poteſtate quominus ea omnia quæ iuris publici ſunt exequi poſſit acti patrem nõ haberet. Diſponit enim ius publicum pro arbitrio de patria poteſtate, quoniam & ipſa quoque ex iure publico eſt. Neq; tamen inde poſſis inferre filiumfamilias legitimum quoque tutorem eſſe poſſe. Nã cùm legitima tutela illa ſit quæ ex lege duodecim tabularũ agnato proximo defertur *l. 1. D. de legit. tutor.* apparet fieri numquam poſſe, vt filiusfamilias ſit proximus agnatus, cùm ſemper anteuertatur à patre, per quẽ agnatis ſuis cõiungitur *l. 4. §. cognationis l. iuriſconſultus 10. §. cogniti De gradib. & adfin.* Cùm verò filiusfamilias tutor datus eſt, ſi à teſtatore, parum curandum eſt quod bona nulla habeat, cùm teſtator ipſius fidem elegerit, quæ non ex facultatibus, ſed ex moribus potiſſimum ſpectãda eſt *l. ſuſpectum 8. D. de ſuſpect. tutor. l. ſi creditores 31. §. 1. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* vnde eſt quod nec ſatiſdare tenetur *l. teſtamento 17. D. de teſt. tutel.* Sin à magiſtratu, ad ipſius curam pertinet, vt nõ aliter filiofamilias det tutelã, quàm ſi pupillo idoneè caueatur, ne alioqui teneatur ipſe in ſubſidiũ ex *tit. De magiſtr. conuen.* Nec enim pater filiusfamilias ob tutelam malè à filio adminiſtratam conueniri poteſt, niſi vt à cæteris filij creditoribus omnibus, de peculio & de in rem verſo, hac quidem in perpetuum, illa verò intra annum ex eo tamen duntaxat die computandum, quo finita ſit tutela *d. §. inde deſcendit, & d. l. ſi filiusfamil. 11. in fin. De tutel. & rat. diſtr.* nunc. *l. Lucius 21. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* Subiicienda tamen exceptio eſt, Niſi pater tutelam filio ſuo delatam agnouerit. Tunc enim non de peculio duntaxat, aut de in rẽ verſo, ſed in ſolidũ teneri debet *d. l. 7. D. de tutel.* Sed quãdo tutelã agnouiſſe pater dicendus ſit, difficilius eſt. Vlpianus nãque in *d. l. 7.* ſcribit videri patrẽ agnouiſſe, ſiue geſſerit ipſe, ſiue gerẽti filio cõſenſerit, ſiue deniq; omnino attigerit tutelã. Vnde, inquit, cùm quidã filio ſcripſiſſet, vt tutelã diligẽter gereret addita hac ratione *eũ ſcias periculũ ad vos pertinere*, nõ dubitatur quin his verbis tutelã agnouiſſe videatur. At Marcellus in *d. l. Lucius* apertè ſcribit ſi filiusfamilias ſciẽte, & cõſentiẽte patre tutelã adminiſtrauerit nõ multũ videri facere patris ſcientiã & cõſenſum ad eũ in ſolidũ obligandũ: Niſi forte, inquit, cõtutore, vel aliovolẽte illũ facere ſuſpectũ ipſe interceſſerit, & quaſi periculũ in ſe receperit. Puto Marcellũ de nudo cõſẽſu patris intelligẽdũ eſſe, qui vel ex ſoẽtia & patiẽtia tãtùm inducatur, vel ex tali etiã facto quod nullũ ſe obligandi animum præſeferat. Vlpianũ verò de conſenſu qui non ſit nudus, ſed

d. §. inde deſcendit d. l. ſi filiusfamilias in fi. De tut. & rat. diſtr. l. Lucius 21. D. de admin. & peric. tutor.

d. l. 7. D. hoc tit.

Conciliatio Marcelli cũ Vlpiano.

qui

qui patris,vel ſubſcriptione,vel qua alia non minùs aperta voluntatis ſignificatione declaratus propo natur,vt in *l.ſicut* 8.§.*non videtur D. quid. mod. pign. vel hypoth.ſoluit.l.fideiuſſor.*26.§.1.*D.de pignor.* Idque apparet non obſcure ex ſ lo exemplo quod Vlpianus ponit de patre qui ad filiũ ſcripſerat in hæc verb *cium ſcias periculum ad nos pertinere.* An non enim multò magis tutelam agnouiſſe videri debet is,qui etiam tutelæ periculum agnouit? Item ex eo quod ſubiicit Vlpianus patrem ſi ſcriptis ad filium literis cum duntaxat monuiſſet, vt tutelam gereret diligenter,non idcirco tutelam agnouiſſe videri,cùm tamẽ negari non poſſit,quin hic quoque filio tutelam gerenti conſenſerit, qui eum monuerit non vt deliberaret priùs an ſibi expediret ſuſcipere tutelam,quomodo reſcribere patres ſolent ad filios heredes inſtitutos,vt videant lucroſáne an damnoſa ſit hereditas,vt in *l.eum qui* 51.§. D.*de acq.hered.* ſed vt tutelam gereret diligenter,non adiecta illa clauſula De participando inter ſe & filiũ periculo tutelæ. De hac enim non de illa admonitione loqui Vlpianum,minimè puto dubitandum. Poteſt etiã ratio alia reddi cur filiusfamilias tutor eſſe poſſit,quia quamuis ſit ille in patris ſui poteſtate, dicíque ſoleat eum qui in aliena poteſtate eſt alium in ſua habere non poſſe *l.ſic euenit* 21. *D.ad leg. Iul.de adult.* quomodo tutor pupillum habet,vt diximus,(quæ dubitandi ratio eſt ad hanc illationem)alium tamen quàm ſuum patrem repræſentat ſcilicèt patrem pupilli quem patrem non habebat pater tutoris in poteſtate. Ita ius patriæ poteſtatis non impedit quin tutela filiofamilias deferri poſſit. Et quod dicimus non poſſe fieri vt in ſua poteſtate quem habeat is qui ſit in aliena, ad eum caſum pertinet,quo ſit idem genus poteſtatis,puta patriæ aut dominicæ: quod hîc non euenit, cùm ei qui in patris poteſtate eſt tutoriam duntaxat in pupillum poteſtatem accommodamus.

l ſicut 8. §. non videtur D.quib.mo. pign.vel hypoth. ſoluit. l. fideiuſſor 26.§.1.D.de pignor.

L.ſic euenit 21.D.ad leg. Iul. de adult.

ILLATIO XVII.

De patrono tutore liberti ſui.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit,quod ſequitur apud Vlp. in *l. patronus* 8.*De tutel.* patronum quoque tutorem liberti ſui fidem exhibere debere. Nam cùm tutelis omnibus commune id ſit,vt non aliã ob causam cõparatæ ſint,quàm ad tuendum eum qui propter ætatem ſeipſum ſpõte nequit defendere,Non debet libertus qui in patroni ſui tutela eſt deterioris conditionis eſſe,quàm cæteri pupilli,vt eõ minorem fidem patronus ei debeat exhibere quòd nõ ſolùm tutor ſit,ſed etiã patronus. Quãquã in patrono illa dubitãdi ratio occurrebat,quòd videretur ille dignior cui permitteretur in liberti patrimonio pro arbitrio verſari,nõ ſolùm quòd legitima patronorum tutela inducta ſit ex interpretatione adhibita ad legẽ 12.tab.ex ea parte qua libertorum hereditates patronis defert (eadem enim ratio in cæteris quoque tutelis quæ agnationis iure pr opter ſucceſſionis ſpem deferuntur,locum haberet)ſed etiam ob id potiſſimùm quòd per patronum ipſum factum ſit,vt libertus patrimonium habere poſſit,& fidem exigere à patrono, cùm ſi patronus libertatem ei non dediſſet,neque patrimonium habiturus nunc eſſet, neque tutorem,neque patronum,ſed dominum habentem in eum vitæ & necis poteſtatẽ, nec conſequenter poſſet conqueri de non exhibita ſibi per patronum fide *arg. l.4.C.de obſeq.patron. præſt.* in illis verbis *ei qui te beneficio ſuo ex ſeruitute libe-*

L. patronus 8.D. hoc tit.

L. 4. C.de obſeq. patr. præſt.

rando,vt aduersarium te haberet,fecit. Sed cùm quisquis libertus est idem & liber sit,nemo non videt interesse reipublicæ, vt pupilli liberti & personam & bona tueatur patronus perinde ac alius quilibet tutor cuiuslibet alterius pupilli. Etsi qua posset culpa eius esse qui libertatem seruo præsertim impuberi dedisset,imputare sibi patronus deberet cur impuberem hũc manumittẽdo hoc ipso dedisset ei facultatem exigendi ab eo aliquando bonam fidem in rerum pupillarium administratione, vt non valde dissimiliter ratiocinatur Paulus in *l.filio 7.D.vt legat.seu fideic.nomin.caueat.* Ex hoc verò infert Vlp.in *d.l.patronus*, Si qua in fraudem creditorum suorum patronus gesserit inter quos fuerit etiam pupillus ipse libertus,reuocari ea iure publico & communi debere, id est per actionem Paulianam,de qua in *tit.quæ in fraud.cred.* perinde acsi in alterius cuiuslibet creditoris fraudem gesta essent. Dixi *creditorum*,quoniam ita legendum est non vt vulgo *debitorum.* Nec enim fraudantur vnquam debitores,sed tantùm creditores. Potest etiam Vlpianus ita intelligi, vt patronus liberti sui impuberis tutor non tantùm ipsi liberto fidem exhibere debeat, sed etiam liberti creditoribus ne quid in eorum fraudem gerere possit,quod non statim per Paulianam reuocandum sit,perinde acsi pupillus ipse suos illos creditores fraudasset, aut etiam tutor proprios, vt inferamus tantò magis igitur, tutorem eundémque patronum fidem exhibere pupillo debere quamuis liberto.

l. filio 7 vt legat. seu fideic. nom. caueat.. d.l.patronus emendata.

ILLATIO XVIII.

De puniendis extra ordinem iis qui tutelam malo more occupasse probantur.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit vt extra ordinem in eos animaduerti soleat qui probentur nummis datis tutelã occupasse,aut precio accepto dedisse operam,vt non idoneus tutor daretur, vel consulto indendo, id est demonstrando pupilli patrimonio quantitatem minuisse, vel euidenti fraude bona pupillorum alienasse *l.in eos* 9.D.*hoc tit.* De *tutel.* Nam hi omnes perfidè in tutela versati sunt quam è contrario non nisi tuendi pupilli gratia debuerãt exercere. Et quia propter tam insignem perfidiam grauiore animaduersione isti indigent quàm vt possit sufficere suspectorum infamia,placuit ex hac causa remittendis eos ad præfectum vrbi,vt grauiùs castigentur *l. 1. §. solẽt* D *de offic.præf.vrb.* Quod & aliàs fieri solet,vt à prætore debeat remitti ad præfectum is,qui atrociorem pœnam meretur, quoniam prætor sicut imperium merum non habebat,ita neque corporalem pœnam poterat infligere,quę tamen omnino infligenda est iis qui propter infamiam,vel egestatem suam eluduri sint prętoris iurisdictionem quæ nullam aliam quàm pecuniariam,vel infamiæ pœnam irrogare potest *l.si quis iniuriam* 35.D.*de iniur.* vbi ob hanc causam pro *prætor* legendum esse *præfectus* docuimus *lib.*4.*Coniect.cap.*8.*ex l. 1.§. vlt.*D.*de pœn.* Sed etsi non tutor ipse,sed alius quilibet puta is qui tutorem dedit,aut eius scriba tale quid fecerit,fortassis veram substantiæ pupillaris taxationem occultari dolo malo passus sit,idem dicendũ erit,vt eo nomine contra ipsum legibus agendum sit,vt pro admissi grauitate puniatur *l.vlt.C.de magistr.conuen.* Numquam enim permittendum est,vt ex alterius,siue tutor ille sit, siue alius,aut gratia,aut sordibus damnum sentiat pupillus *l.ait prætor* 7.§ *quæ-*

l.in eos 9.D. hoc tit.

l.1. §. fi'ent de offic.præf. vrb.

l.si quis iniuriam 35. D. de iniur.l.1. §.vlt. D.de pœn.

L.vlt C.de magistr.conuen

suum

ſtum in fin.l.pen.D.de minor. ſed quantum fieri poteſt curandum eſt, vt cautũ ſit pupillo aduerſus inſidias tutorum,& quorumlibet aliorum *l.vlt.C.ſi aduerſ. vendit.* Iunge quæ dicemus ad Princip.4.illat.17.

L. vlt. C.ſi aduerſ. vendit.

ILLATIO XIX.

De dando municipi tutore etiam non municipe à magiſtratu municipali.

DEcimononò ex eodem Principio fit vt etiam non municeps tutor dari poſſit à magiſtratu municipali dummodò municipi detur *l.etiam* 10.*eod. tit.D.de tutel.l.quæro* 32.*in princip.*D.*de teſtam tutel.* Sufficit enim magiſtratui cõpetere iuriſdictionẽ in caput illud liberũ in quod tribuit vim & poteſtatem tutori,licèt tutor ex alia ſit iuriſdictione: Cùm tutela conſtituatur pro pupilli nõ pro tutore. In quo alia filiifamilias ratio eſt,alia pupilli,alia patris, alia tutoris. Pater nãque & filius ſic vna eadémq; perſona eſſe cenſentur vt filius patris originẽ & in dubio domicilium quoque ſequatur non pater filij *l.adſumptio6. §.filius l.libertus* 17.*§.patris* D.*ad municip.* At è contrario pupillus & tutor ſic vna perſona fiunt,vt pupilli domicilium & originem tutor ſequi debeat quod ad cauſam iuriſdictionis attinet,non pupillus originem & domicilium tutoris *l.vnic.vbi petant.tutor.vel cura.*

l. etiam 10. D.hoc tit. l. quæro 32. in princ. D. de teſtam.tute.

l.adſumptio 6.§.ſi ius l.libertus 17.§. patris D.ad municip.

L. vnic. C. vbi petant. tutor.vel curat.

ILLAT. XX.

De furioſo tutore dato.

VIceſimò ex eodem Principio fit,vt ſi furioſus tutor datus fuerit, non niſi ſub tacita illa condicione datus intelligatur, *cùm ſuæ mentis eſſe cœperit. l.furioſus* 11.*eod.tit.*De *tutel.* Quomodo enim iudicio & conſilio ſuo tueri pupillum poſſet is qui non tantùm iudicio,ſed etiam conſenſu carere ipſe intelligeretur *l.ſi tibi* 8.*§.pen.*De *option.legat.*quiq; curatore ipſe indigeret. Alioqui dicendum eſſet curatore quoque indigere magiſtratum ſi non tanquam furioſum ſaltem tanquam dementem,qui furioſum pupillo tutorem purè dediſſet. Nec aliud erit ſi teſtamento furioſus tutor datus ſit à patre. Nam & tunc datus intelligetur,cùm mentis compos erit,quemadmodum & ſi minor annis viginti quinque datus eſſet,nõ priùs tutor eſſe inciperet quàm viceſimum quintum annum impleuiſſet,cùm ante id tempus ſuæ quidem mentis ſit, at non ſuæ ætatis ob idque & indigeat ipſe curatore cuius conſilio & prudentia regatur *§. furioſus infr.qui teſtam.tut.dar.poſſ.*iunct.*l.i.&* tot.*tit.*D.*de minor.* Suæ autem ætatis eſſe debet qui alij tutor non niſi propter ætatem datur. Iunge quæ infrà dicemus illat.40.ex *l.ſi hereditas* 10.*§.ſi furioſus de teſt.tut.*

l.furioſus 11. D.hoc tit. l. ſi tibi 8.§. pen.De opt. legat.

§. furioſus infr. qui teſtam tutor. dar poſſ. l. ſi hereditas 10 § ſi furioſus De teſta. tutel.

ILLATIO XXI.

De tutela finienda per impuberis adrogationem aut deportationem.

VIceſimoprimò ex eodem Principio fit vt ſi adrogati ſint adhuc impuberes,vel deportati ſint pupilli,deſinant habere tutores *l.ſi adrogati* 14.*eod. tit.De tutel.l.vlt.in fin.C.de autor.præſt.* Sed tamen diuerſa ratione. Adrogato

L.ſi adrogati 14.hoc tit. l.vlt. in fin. C.de autor. præſt.

Digitized by Google

namque impubere ideo tutor esse definit, quia adrogatus incipit in patris sui adrogatoris esse potestate *l.1.2.& pass.*D.*de adopt.*fieri autē nequit, vē qui patrem habet in cuius potestate est tutorem etiam habeat,ne alioqui eodem tēpore in duorum potestate sit.Cùm verò pupillus deportatus est, hoc ipso desinit esse ciuis,& consequenter sit incapax eorum omnium quæ sunt iuris ciuilis *l.sunt quidam* 17.§.1.*D.de pœn.*Ergo & tutelæ cùm sit illa iure ciuili data & permissa quāquā accipi hoc debet cū eo temperamento,quod postea adferemus.Multò igitur magis finietur tutela si in seruitutē pupillus redigatur, cùm fieri nequeat,vt amissa libertate ciuitas reuocetur *l.penul.*D.*de extraord.cognit.* Ergo si pupillus ab hostibus captus sit,quiverè seruus sit hostium,vt diximus ad *initpraced.*desinet esse tutor qui antè fuerat,non aliter quàm si tutor ipse captus proponeretur: quo casu nemo dubitat quin alium in sua potestate tanquam tutor habere non possit is qui ipse in aliena sit potestate *l. cùm heredes* 23.§.1.D.*de acquir.poss.l.sic enemet* 21.*D.ad leg.Iul.de adult.* Quòd si tutor non ab hostibus captus sit,sed ad eos missus quasi legatus,aut etiam ab eis receptus, aut transfugerit,tutor manet,quia seruus non efficitur,sed interim alius tutor à præsidibus dabitur,vt subiicit Vlp.in *l.si quis tutor* 15.*eod.tit.*De *tutel.* vbi tamen mirum illud est quod ait de transfuga,tutorem eum manere cùm desinat esse ciuis *l.5.§.1.*D.*de capit.minut.*atque ita & patrem & patriam simul amittat, vt nec si ab hostibus redeat,ius tamen postliminij habere possit *l.item si* 14.D.*ex quib.caus.maior.l.postliminium* 19.§.*transfuga & §.filius quoque* D.*de cap.& postlim.* Nisi dicamus tractare Vlpianum de tutore qui non in ciuitate datus fuerat,sed in prouincia,vt ex eo constat quod vult interim à præside prouinciæ alium tutorem dari.Nam ciues romanos facilius est amissa ciuitate nihil omnino retinere ex iis iuribus quæ habebāt in ciuitate à iure ciuili.At prouinciales quemadmodum,vt tutores fierēt,necessarium non erat esse etiam ciues romanos(alioqui dicendum esset ante constitutionem Imp. Antonini quæ omnes in orbe romano constitutos ciues romanos fecit *l.in orbe* 17.*D. de statuhom.* non fuisse permissas in prouinciis tutelas ,quod verè dici non posset.) Ita & quamuis ciues esse desissent non ideo tutelā amittebant si modo liberi remanerent;Sicut nec eo minùs tutorem habere pupillus debet, quod non sit ciuis romanus,Cùm ratio naturalis æquè pupillis omnibus quantumuis peregrinis consulendum esse suadeat,vel ob hoc ipsum quòd sperandum est fore, vt aliquando euadant non solùm in viros,sed etiam in ciues. Propter quam causam non definitur tutela vis & potestas in capite ciuis romani,sed in capite libero, vt intelligamus ad tutelam,siue inducendam ,siue retinendam sufficere ius libertatis,licèt non concurrat ius ciuitatis,etiam in pupilli persona.Quantò minùs igitur necesse erit,vt tutor sit ciuis? Aut cur ob amissā ciuitatē desinat esse tutor si modò liber remaneat,cùm non propter tutores,sed propter pupillos tutelæ sint cōparatæ?Quare nec aliud in ciue romano tutore dato admittendū esse existimo,vt scilicet quamuis desinat esse ciuis,tamē quandiu liber manet, tutor esse non desinat,tametsi in eius locum dari alium oporteat. Dices, Cur ergo pupillo deportato desinit esse tutor qui fuerat? præsertim cùm spes probabilis non deficiat deportatum in ciuitatem restitui quandoque posse *l.interciditis* 59.D*e condic.& demonstr.*Respondebo, quia nullo fauore dignus videri potest,qui passus est pœnam deportationis,quisquis ille sit *l.Papinianus.*6.*l. auxilium* 37.*in fin.D.de minor.*Maximè verò cùm deportationis fere perpetua comes

L.sunt quidam 17.§.1. D. de pœn.

L pen D.de extr. cognit.

L.si quis tutor 15.D.hoc tit.

L.5. §.1.D. de cap. minus.

l. item si 14. D. ex quib. caus maior. l.postliminiū 19.§.transfuga & §. filius quoque D. de capt. & postlim.

Cur deportatus desinat esse tutor.

comes sit amissio & publicatio bonorum, nisi contrarium specialiter ex indulgentia cautum sit *l. relegatus* 14. §. 1. *& vlt. cum l. seq.* D. *de interd. & relegat.* Itaque in pupillo deportato neque personæ, neque bonorum fauor vllus est propter quem dicendum sit post deportationem quoque tutelam durare.

ILLATIO XXII.

De tutore qui remotus est tanquam suspectus.

Vicesimo secundò ex eodem Principio fit vt qui tanquam suspectus remotus est desinat esse tutor *d. l. si adrogati* 14. §. *praterea De tutel.* Cùm enim non ob aliam causam tutor factus esset quàm vt pupilli personam & bona tueretur, qua fronte posset se tutorem dicere postquam conuictus fuerit de suspecto ex eáque causa remotus à tutela in qua prætextu officij nihil aliud agebat nisi vt grassaretur, rémque pupilli deprædaretur? Cætera quæ tractantur in *d. l.* 14. de tutore ad tempus aut ad certam condicionem dato iam explicauimus illat. 13.

d. l. si adrogati 14. §. *praterea* D. *hoc tit.*

ILLATIO XXIII.

Tutelam esse officium virile.

Vicesimo tertiò ex eodem Principio fit quod dici solet tutelam virile officium esse *l. tutela* 16. *eod. tit.* De *tutel.* Absurdum enim esset eam vim & potestatem in caput liberum dari mulieri, quæ ipsa propter sexus sui infirmitatē olim erat in perpetua tutela, & propter forensium rerum ignorantiam vt refert Vlp. in *fragm. tit.* 11. De *tutel.* Additur tamen in *d. l. tutela*, dictio *plerumque* ad excipiendum eum casum quo mater filiorum suorum tutelam à Principe specialiter impetrauerit. Nam & iam olim id aliquando fiebat, vt ex Neratio scriptum est in *l. vlt. eod. tit.* Hodie speciali impetratione nulla opus est postquam placuit Iustiniano *Nouell.* 118. *de hered. ab intest. venient. cap.* 5. §. *ex his autem*, vt non solùm mater sed etiam post matrem auia si tutelam suscipere velint illa liberorum, hæc nepotum cæteris agnatis cognatisque præferantur, quamuis pupillorum debitrices sint aut creditrices *Nouell.* 94. *vt sine prohibit. matr debitr. & creditr. tutel. ger.* ex quibus Nouel. sumpta est *auth. matri & auiæ cum duab. seqq. C. quand. mul. tutel. offic. sung. pot.* Nec tantùm legitimis tutoribus præferri matrem & auiam Iustinianus voluit, sed etiam datiuis, nec nisi testamentarios excepit, cùm tamen olim non nisi cessantibus etiam aut potiùs deficientibus legitimis mater tutrix dari posset *l. 2. C. eod.* Hoc tamen Iustinianus obseruari voluit vt mulier tutelam suscepturā iuret se ad alia vota non transituram, & præterea à tam Velleiani Senatusconsulti quàm alterius cuiuslibet iuris auxilio renunciet, quod vtrumque tamen hodie in vsu esse desiit, Primum quidem autoritate iuris Pontificij, ne huiusmodi iureiurando mater vel auia iterum in Domino nubere prohibeatur si nubere malit, quàm vri, vel perinrium incurrere cogatur nubendo. Alterum verò quoniam omissa quoque illa renunciatione non eo minùs tamen & Senatusconsulti Velleiani exceptionē & cæteras omnes amisisse mater intelligitur itémque auia quæ vltrò tutelam suscepit, cùm in eo dissimilis sit mater & auia à cæteris tutoribus, quod illi etiam inuiti tutores creantur, si nullam habeant excusationem, mater verò &

L. *tutela* 16. *hoc tit.*

Vlp in frag. tit. 11. *De tutel.*

L. *vlt. eo. tit.* *Nouell.* 118. *de hered. ab int. venient. cap.* 5. §. *ex his autem* & *Nouell.* 94. *Vt sine prohib. mat. debitr. & creditr. tutel. ger.* *l. 2. C. quand. mul. tutel. offic. sung. pot.* *Auth. matri & auiæ cum duab. seqq. eod. tit.*

Digitized by G

auia non nisi volentes:à quibus proinde pupillos eosdémque liberos decipi essèt inhumanum,præsertim verò cùm Velleianũ deceptis tantũ subueniat non decipientibus *l.2.§.sed ita demũ l.si decipiendi* 30. *D.ad SC.Velleian.* Extra harũ mulierũ matris & auiæ personas etiam hodie verum est quod ait *l.1. C. quand. mul.tutel.offic.fung.pot.* tutelam administrare virile munus esse, & vltra sexum fœminæ infirmitatis tale officium esse. Posses adiicere,alienum etiam id fore à sexus verecundia si tutelæ obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreuerenter irruerent,& virorum conuentibus vel iudiciis interesse cogerentur vt loquitur *l.maritus* 21.C.*de procurat.* Propter quam causam non solùm iudices fieri non possunt aut magistratum gerere *l.2. De reg.iur.* sed neque arbitriũ suscipere etiam inter libertos *l.vlt.C.de recept.arbitr.* neque procurationem *l.4.l.alienam* 18.*C.de procurat.* neque curationem *l.scire oportet* 21. *D. de tutor.& curat.dat.*

l.1.ea.ill.sic.

l. maritus 21.C. de procurat. l. 2. de reg. iur.l.vlt.C. de recept. arbitr.l.4.l. alienam 18. C. de procur. l.scire oportet 21. D.de tutor. & curat.dat. d.l.tutela 16.D.hoc ti.

ILLATIO XXIV.

De tutela numquam ad alium iure hereditario transferenda.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit,quod sequitur in *d.l.tutela*, nullã tutelam hereditario iure ad alium transferri. Nec enim tutela tale quid est quod sit in bonis & patrimonio tutoris cùm nihil aliud sit quàm vis & potestas in capite libero,quod caput liberum nemo vtique dixerit in alterius bonis esse posse. Idque alij cuilibet potestati commune est vt numquam iure hereditario ad alium transmittatur,excepta ea quæ dominis competit in seruos quæ scilicet cum dominij iure sic coniuncta est vt ab eo separari numquam possit. Dominium porrò in heredem quemlibet transire certo certius est. Sed tamen ad liberos virilis sexus si modò perfectæ ætatis sint post parentum mortem legitimas tutelas descendere ait Caius in *d.l.tutela*, quia non hereditario iure id fit,sed proprio,cùm liberi eius qui legitimus tutor erat tanquam proximus agnatus,post patris mortem ideò fiant & ipsi tutores legitimi,quoniam & proximi agnati esse incipiunt, defuncto nimirum eo qui vno gradu ipsos anteuertebat. In quo est obseruandum aliam tutelarum,aliam hereditatum rationem fuisse,quandoquidem quod ad hereditates non erat in agnatis successio §.*placebat Instit.de legit.agnat.succes.* sicut nec in suis *l.1.§.sciendum* D.*de suis & legit.* Nempe quòd potestas legis 12.tab. hereditatem deferentis vnica delatione consumitur,cùm fieri nequeat vt delationis tempore proximus vnquam reperiatur,qui tum ab alio anteuersus fuit. At quantum ad tutelas attinet,secus *l.3.§.penult. D.de legit.tutor.* Ratio diuersitatis est,quia tutela non semel tantùm defertur vt hereditas,sed toties quoties pupillus indiget tutore, Nec rursus defertur agnato propter ipsius agnati vtilitatem vt hereditas,sed propter vtilitatem pupilli,quæ omnino suadet vt non ideo sine tutore legitimo manere debeat,quod prior legitimus tutor decesserit,cùm non idcirco maneat sine proximo agnato. Cæteræ tutelæ ad liberos tutoris non descendunt, quia non alio quàm hereditario iure id fieri posset.

Cur legitima tutela descendat ad liberos post mortem parentum.

§. placebat Infr.de leg. agnat. succes.l.1.§. sciendũ D. de suis & legit. L.3.§.pen. D. de legit. tutor.

ILLATIO XXV.

De tutela testamentaria.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit,vt lege 12.tab. permissum sit parẽtibus testamẽto tutores dare liberis suis siue fœminini siue masculini sexus si modo

si modò in potestate sint. *l.1.in princip.* D. *de testam.tutel.* Nam si verum est vt est quod iam toties diximus, tutoriam potestatem imaginem quandam esse & participationem patriæ potestatis, cuiusnam erat potiùs quàm patris tutores liberis dare? Cuiusnam verò patris, nisi qui liberos haberet in potestate? Quomodo enim alii potestatem dare posset qui nullam ipse haberet? Eadem igitur ratio facit vt non tantùm liberis iam natis, sed etiam posthumis siue filiis siue nepotibus vel alterius gradus liberis, si modò in ea causa sint vt si viuo testatore nati fuerint in eius potestate futuri sint, neque testamentum rupturi, vt subiicit Caius in *d.l.*1.§.1. Eadem enim hac parte ratio est posthumorum dummodo quandocumque postea natorum, & eorum qui testamenti tempore iam natu reperiuntur *l.si primo* 8. *in fin.* D. *de liber. & posth.l.is cui* 18. D. *quand. dies legat.ced.* præsertim cùm generale sit vt qui in vtero sunt quoties de ipsorum commodo agitur pro natis habeantur *l.qui in vtero* 7. & *l.* 26. D*e stat. homin.* Quid verò vtilius posthumo esse potest quàm vt nasciturus eo tempore quo patrem amplius non habebit, saltem habeat tutorem, à quo perinde atque à patre regi possit. Ideo autem adiecit Caius *neque testamentum rupturi.* quia absurdum esset adeóque implicaret contradictionem valere tutelam iis posthumis fauorabilem qui nascendo testamentum rupturi essent, cùm ex rupto testamento non possit adiri hereditas, ex eo vero testamento ex quo hereditatem nemo adierit fieri nequeat vt valeant tutelæ non magis quàm aliud quicquam ex cæteris eodem testamento relictis *l.si nemo* 9. D. *de testam.tutel.*

L. 1. in princip. D. de testam. tutel.

*d.l.*1.§.1.

L. si primo 8. *in fin. D. de liber. & post. l. is cui* 18. *D. quand. dies legat. ced. l.* 7. *l.* 26. *D. de stat. homin.*

l. si nemo 9. *D. de testa. tutel.*

ILLATIO XXVI.

De tutore non dando per patrem nisi in testamento.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit, vt ita demum patri liceat tutorem liberis suis dare, si testamento id faciat. *d.l.*1. *eod.tit.* D*e testam. tutel.l.*1.§. 1. D. *de confirm.tutor.* Cùm enim is qui tutorem constituit, patriam potestatem quam in liberos suos habet mandare tutori intelligatur, patria verò potestas sit ex legibus quamuis non scriptis hoc est ex moribus populi romani, vt suprà diximus ad *tit. De patr.potest.* Consequens est, vt legem quodammodo facere debeat testator qui dat tutorem: Legem porrò priuatus facit tũ demùm cùm testatur, non etiam si extra testamentum quis disponat puta in codicillis, quia de testamento solo sensit lex duodecim tabularum, non etiam de codicillis quorum nullus tum vsus erat, cùm sic locuta est *Paterfam. vti super sua re pecuniáve legassit ita ius esto.* Itaque nullius momenti erit tutela in codicillis data nisi testamento sint confirmati *d.l.*1.§.1. *De confirm.tutor.* Hæc enim exceptio subiicienda est quia codicillorum testamento cõfirmatorum singulare ius est, vt quæcunque in iis scribuntur perinde habeantur acsi in testamento scripta essent *l.*2.§. *codicillorum* D. *de iur.codicill.* Si tamen in codicillis testamento non confirmatis tutorem liberis pater adscripserit, aut in qua alia vltima sed minùs sollenni voluntate, confirmandus est omnimodo à prætore, qui hac in re vt & in cæteris ferè omnibus solet ac debet sequi patris voluntatem *d. l.* 1. *& tot.tit. De tutor.confirm.* Nec enim titulus ille pertinet ad tutores ritè datos, quos vtiq; constat non egere confirmatione, sed ad eos quorum dationem summo iure aliquid nullam facit, quòd dati sint vel à quibus vel quibus nõ oportet, vel quomodo non oportet, vel vbi non oportet vt in *d.l.*1. scriptum est iuncta *l.* 3. *eod.* & 3. *De suspect.tutel.*

d. l. 1. *D. de testam. tut. l.*1.§.1. *D. de confirm. tut.*

*l.*2.§. *codicillorum D. de iur. codicill. lit. D. de confirm. tutor.*

*l.*3. *eod. l.*3. *D. de testa. tutel.*

ILLATIO XXVII.

De tutore dato per auum nepoti recaſuro in poteſtatem patris.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt qui filium in poteſtate & nepotem ex eo æquè in poteſtate habet ſi nepoti tutorem dederit, ita rectè dediſſe videatur ſi poſt eius mortem nepos in patris ſui poteſtatem recaſurus non ſit: quod euenit ſi viuo teſtatore filius in patris poteſtate eſſe deſierit *d.l.* 1.§. *vlt.* D. *de teſta. tutel.* §. 3. *hoc tit.* Nepos enim recidens in patris ſui poteſtatem poſt mortem aui, fieri nequit vt habeat tutorem, ne alioqui eueniat vt in duorum poteſtate ſit, & fictitium patrem ei demus qui verum habet: in quo haud dubiè non ſolùm iuris ratio, ſed etiam ius veri patris læderetur. Itaque ad rem non facit quòd auus teſtamenti tempore nepotem hunc non minùs quàm proprium ſuum filium habuerit in poteſtate, Non tam enim tempus illud quo tutor datus eſt inſpici debet quàm in quod datus fuit, cùm in futurum tutela conferatur, id eſt in id tempus quo morte finita erit poteſtas illa patria dantis tutorem. Quæ licet iuris quadam interpretatione ad tempus vſque pubertatis porrigatur ad effectum hunc inducendum vt pupillo qui alioquin pleno iure ſuæ poteſtatis futurus eſſet tutor dari poſſit, in propoſito tamen id euenire non poteſt, cùm auo mortuo alias reperiatur in cuius reuera poteſtate ſit, nimirum pater. Itaque veritas excludit fictionem nec vllum ei locum relinquit. Eadémque ratio facit vt nec pupillariter ſubſtituere huic nepoti auus poſſit *l.* 2. *in princip. De vulg. & pupill. ſubſt.* Ad patrem enim qui nepotem hunc ſundémque filium ſuum in ſua poteſtate poſt aui mortem habiturus eſt, pertinet, vt ei det ſicut tutorem ita & heredem.

ILLATIO XXVIII.

De *milite dante tutorem liberis ſuis in alterius poteſtatem recaſuris.*

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit vt nec militi permiſſum ſit liberis ſuis in alterius poteſtatem eo mortuo recaſuris tutorem dare *l.* 2. *eo. tit.* De *teſtam. tutel.* Nec enim aliter conſtitui poſſet in fauorem aui eiuſdémque militis citra magnam patris iniuriam qui ea ratione patriæ ſuæ poteſtatis iure fraudaretur. At priuilegia militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet vt neque cæterorum *l. impuberi* 40. *De admin. tutor.* vbi aliam quoque rationem nec minùs elegantem huius noſtræ illationis Papinianus reddit, quòd non in aliis circa ſupremam voluntatem imperitiæ venia detur, quàm in bonis militum, filij verò tutela, inquit, iure patriæ poteſtatis, non militiæ præmio mandatur. Itaque ſi ponas è contrario filiumfamilias militem deceſſiſſe filio impubere inſtituto, eique in aui poteſtate manenti non ſolùm ſubſtituiſſe, ſed etiam tutores dediſſe, ſubſtitutio quidem valebit, ſcilicet tanquam militaris non tanquam pupillaris, id eſt perinde ac alij cuilibet facta qui nec filius eſſet nec impubes, ſed tutoris datio non valebit, quia hereditati ſuæ miles qualem vult ſubſtitutionem facere poteſt, verumtamen alienum ius minuere non poteſt, vt eleganter Vlp. reſpondit, & à Diuis fratribus reſcriptum fuiſſe teſtatur in *l. cùm filius familias* 28. *De teſtam. milit.*

L. 2 *in princip. de vulg. & pupill. ſubſt.*

L. 2. D. *de teſtam. tutel.*

L. *impuberi* 40. D. *de adminiſtr. tutor.*

l. cùm filius familias 28. D. *de teſtam. milit.*

ILLA-

ILLATIO XXIX.

De tutore dato per patrem filio exheredato.

VIcesimononò ex eodem Principio fit, vt pater filio non solùm heredi instituto, sed etiam exheredato tutorem dare possit *l. pater* 4. D. *de testam. tutel.* Nam cùm exheredatio non tollat filio ius suitatis vt probauimus *lib.* 9. *Coniect. cap. vlt.* & multò minùs ius patriæ potestatis quod nihil habet commune cum iure succedendi, ex quo tamen potissimùm ius suitatis æstimatur *l. scripto* 7. D. *vnd. liber.* consequens est, vt non possit adimere patri ius quod habet dandi filio tutoris: sicut non impedit quominus filio impuberi substituere possit pupillariter, perinde ac instituto *l. 1. §. substituere l. sed si plures* 10. *§. ad substitutos De vulg. & pupill. substit.* Præsertim vero cùm tam tutela quàm pupillaris substitutio non in patris, qui filium exheredauit, sed in ipsius filij vtilitatem, & commodum cedat, cui ob id solùm quòd exheredatus fuerit, hoc quoque commodum adimi esset inhumanum, vt hoc saltem habeat à patre quod pater citra patrimonij sui diminutionem ei dare & voluit & potuit *arg. l. dotem* 6. in postremis illis verbis *vt hoc saltem habeat ex paternis D. de collat. bonor.* Tantò magis quod multi non notæ causa exheredant filios, nec vt eis obsint, sed vt eis consulant, maximè impuberibus, eisque dant fideicommissariam hereditatem *l. multi* 18. *De liber. & posthum.* Quamquam vix erat vt hoc casu pater filio exheredato cui fideicommissariam hereditatem dedisset, tutorem etiam daret. Solebat enim id fieri ab iis qui lubrico tutelæ fideicommissi remedium præferebant vt Papinian. loquitur in *l.* 3. *§. cùm Pollidius De vsur.*

l. pater 4. D. *de testam. tutel.*

l. 1. §. substituere l. sed si plures 10. *§. ad substitutos De vulg. & pupill. substit.*

l. multi 18. D. *de liber. & posthum.*

l. 3. *§. cùm Pollidius* D. *de vsur.*

ILLATIO XXX.

De matre vel auia dante tutorem filio vel nepoti.

TRigesimò ex eodem Principio fit quod subiicit Modestinus in *d. l. pater*, in eo differentem esse condicionem matris à patre, quòd cùm pater filio siue instituto, siue exheredato tutorem dare possit, vt proximè diximus, mater tamen non nisi instituto filio tutorem dare potest, multò minùs auia, quasi iurem potiùs quàm in personam tutorem dare videatur. Etsi enim personis principaliter tutores dantur, bonis verò non nisi in consequentias, fieri tamen nequit vt filium in aliena potestate constituat mater, quæ illum non habet in sua, ne alioqui plus iuris in alium transtulisse videatur, quàm ipsa habuerit quod esset contra vulgares regulas iuris. Certum enim est neque matrem neque auiam habere liberos in potestate *§. fœmina* 10. *supr. De adoption. l. mulierem* 5. *Cod. eod.* vnde & patriam potestatem non matriam appellamus, cùmque fieri non posset vt filius in patris matrisque simul potestate esset, nemo non videt fuisse multò conuenientius vt in patris potestate liberi essent quàm in matris, vt disputauimus ad *tit. De patr. potest.* Tutor tamen à matre vel auia dato filio quem ipsa heredem instituerit, confirmabitur à prætore, ne alioqui decipiatur mater vel auia quæ pupillum hunc fortassis instituturа non fuerat, nisi bonorum quæ ipsi relinqueret conseruandorum gratia huic vel illi administrationem dedisset. Quid si enim ipsi licuerit bonorum, de quibus disponebat, administrationem pro arbitrio ei cui vellet dare, quamuis tutoris nomen

d. l. pater 4. D. *de test. tutel.*

§. fœmina 10 *sup. de ado. l. mulierem* 5. *C. eod.*

Google

vſurpauerit,pro eo quem debuerat potiùs dicere adminiſtratorem?Nam & ſi patronus vel quiuis extraneus impubem quem heredem inſtituerit, tutorem dederit,& extra ea nihil in bonis habeat pupillus,placet iudicium eius ſequendum eſſe,qui & perſonam eius quem tutorem eſſe voluit nouerit, & impuberem ita dilexit vt heredem eum inſtitueret *l.ſi patronus* 4. D. *de confirm. tutor.* Vbi tamen notandum eſt quod lex ait *& extra ea nihil in bonis habeat pupillus*, Vt intelligamus ſi alia bona pupillus habeat non eſſe iudicium patroni aut alterius extranei teſtatoris ſequendum, quia ſicut abſurdum eſſet velle illum dare legem adminiſtrationi bonorum quæ aliunde quàm à ſe pupillus haberet ita & illud abſurdius tutorem dari alicui pro bonorum parte duntaxat. In eóque melior condicio eſt matris vel auiæ quàm patroni vel extranei cuiuſlibet. Etſi enim non niſi inſtituto filio tutorem dare mater poteſt vt diximus, poteſt tamen ei dare qui etiam aliud patrimonium habeat,dummodo non habuerit alium tutorem à patre. Alioquin tutor à matre datus non niſi materni patrimonij adminiſtrationem habebit,reliquorum omnium is,qui à patre datus fuerit.Ideo autem & qui habet tutorem à patre, accipere adhuc poteſt à matre,& qui à matre datus eſt alio exiſtente,maternorum duntaxat bonorum adminiſtrationem habet,quia in rem potiùs quàm in perſonam datus intelligitur *d.l.pater*, Vt proinde ad rem pertinere non poſſit ſi quis hoc caſu obiiciat quod toties diximus tutelam ſui natura indiuiduam eſſe: Tunc enim id obtinet,cùm tutela datur perſonæ quæ ipſa indiuidua eſt. Quod cùm ita ſit, non abs re quis miretur,quod ſcribit Harmenop.*lib.*5.*tit.* 11. etiam viuente viro matrem communi filio rectè tutorem relinquere cùm viuente patre filius qui ab eo emancipatus non ſit,neque maternum,neque aliud patrimonium habere poſſit,niſi reſtringas eam ſententiam ad ius nouum à Conſtantino primùm inductum,quo factum eſt vt bonorum maternorum proprietas ad liberos quamuis in poteſtate conſtitutos pertineat ſolo vſufructu patri relicto *l.1. C.de bon.matern.* Sed tum quoque mirum eſt permitti matri vt filio patrem habenti det tutorem ob materna bona,quorum adminiſtrationem pater ipſe habere debeat:Si non illud etiam ponas vt mater quæ alioquin odio fortaſſis mariti alium heredem inſtitutura fuerat,filium heredem ſcripſerit hac lege vt neque vſusfructus neq; adminiſtratio bonorũ maternorũ ad patrem pertineret.Id enim cur non ſaltem hodie matri liceat,quod licet alij cuilibet filiumfamilias inſtituenti? *Nouell.*117.*Vtlic.matr.& auia cap.*1.vnde ſumpta eſt *Auth. excipitur C.de bon.quæ liber.* Hoc verò ſaltem caſu nemo non videt neceſſariũ eſſe dari filio tutorem,aut vt meliùs dicam,curatorem à magiſtratu, ſi mater ipſa non dederit.Multò igitur magis matri,vt ipſa det,erit permittendum.Sed & olim idipſum habere locum poterat ſi mater filium ſuum heredem inſtituiſſet non quidẽ purè,ſed ſub illa cõdicione,quæ & vulgaris & frequẽs erat,ſi pater filium emancipaſſet vt in *l.duos* 70.*l.ſi cui* 92.*cum l. ſeq. D. de condic. & demonſtr.l.quidam* 46.D.*de hered.inſtit.* Cùm enim non aliter aut priùs heres fieri poſſet filius quàm impleta inſtitutionis condicione, conſequens erat vt patria poteſtas quæ tunc per emancipationem extincta reperiretur,non poſſet impedire quominùs eodem teſtamento tutorẽ filio dare mater potuiſſet.Plus autem iuris hac in re matrem habere quàm patronũ aut alium quemlibet extraneum,minùs mirum eſt,quia licèt non magis quàm cæteri habeat filium in poteſtate,hoc ipſo tamen quod mater eſt maiorem erga illum affectionem habuiſſe

l.ſi patronus 4. D.de confirm.tutor.

Plus poteſt mater & auia quàm patronus vel extraneus in tutore dãdo impuberi inſtituto.

d.l. pater 4. D.de teſt.tutel.

Tutela indiuidua.

Harmenop. lib.5.tit.11.

l.1.C. de bon. matet.

Nouell. 117. Vtlic.matr. & auia ca. 1.Auth. excipitur C.de bon.quæ lib.

Condicio emancipationis.

habuisse credenda est, vt melius quoque ipsi prospectum esse voluerit. An igitur similiter dicemus tantundem iuris eam habere, quantum habeat pater in dãdo tutore filio quẽ defierit habere in potestate? Minimè. Pater enim matrẽ vincit si non in ea quæ per naturam vtrique parenti communis est, erga liberos adfectione, sanè in eo quod plus habet iudicij & consilij ad benè filio prospiciendum. Ob idque placet tutorem à patre non ritè datum, siue quòd non haberet filium in potestate, siue quod neque in testamento, neque in codicillis testamento confirmatis tutorem dedisset omnimodo confirmandum esse, id est sine inquisitione, *d. l. pater l. si filio 6. D. de cõfir. tut.* ne dũ sine satisdatione *l. qui à patre 3. eod. l. 2. C. eod.* cùm tamen in confirmando tutore quem mater dedit inquisitio prorsus necessaria sit licèt satisdatio non item *l. 2. & vlt. D. eo.* quia nec alij ab alio quolibet dati satisdant si ex inquisitione vel dati vel confirmati sint *l. 8. D. de curat. furios. & tit. De satisd. tutor. in princip. infr.* Quamquam inquirere ante omnia prætor debet, non quidem an tutoris à patre dati persona sit apta & idonea, quasi patris voluntatem emendaturus, sed an duraverit patris voluntas, quod in facili quidem est, si proximo mortis tempore non iure tutores vel curatores scripserit pater. Sed si ante aliquot annos, vt medio spatio potuerit fieri diminutio facultatum tutoris non iure dati, vel morum tutoris improbitas emerserit, quæ antè celata fuerat vel ignorata, aut inimicitiæ cum patre exarserunt, vel medio tempore contractum aliquem damnosum tutor cum fisco miscuerit, vtilitatem pupillorum sequetur prætor, non scripturam testamenti vel codicillorum. Nam patris voluntatem ita accipere prætor debet, si non fuit ignarus scilicet eorum quæ ipse prætor de tutore comperta habet. Quid denique si postea de eo quem pater testamento vel codicillis non iure dedit, scripserit tutorem esse nolle? Nempe non sequetur prætor primam voluntatem, à qua etiam pater ipse recesserit *l. in confirmando 8. cum duab seqq. D. de confirm. tutor.* At tutor à matre datus quamuis æquè confirmandus sit à prætore, adeóque sine satisdatione, Rem pupilli saluam fore, quomodo & is qui ab auia datus fuit *l. vlt eod.* non tamen sine inquisitione *l. 2. eod. l. 1. C. eod.* quia matris consilium suspectum est prætori, non quasi minus habeat fidei & adfectionis erga filium quàm pater, sed quia minus habet iudicij & prudentiæ, quæ maxima opus est ad eligendum impuberi tutorem, qui vice patris esse debeat.

d. l. pater l. si filio 6. D. de confirm. tut. l. qui à patre 3. eo. l. 2. C. eo l. 2. & vlt. D. eod.

l. in confirmando 8. cũ duab seqq. D. de confir. tutor. l. 2. & vlt. eod l. 1. C. eod.

ILLATIO XXXI.

De curatore dato per patrem in testamento.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt curator testamento nec à patre rectè detur *l. 1. §. vlt. D. de confirm. tutor. §. 1. infr. De curat. l. penult. C. de testam. tutel l. curatorem 6. C. de negot. gest.* Quamuis enim curator nullam potestatem habeat in personam, tamen habet administrationem bonorum, quam utique absurdum sit ab eo dari, qui nullum ius habuerit patriæ potestatis aut qui habuerit quidem, sed defierit habere, quomodo desinit ille, qui moritur, & filiũ puberẽ relinquit, quoniã patria potestas quæ per mortẽ patris reuera extinguitur, nec per fictionẽ quidẽ vltra pubertatis aduentiẽtis tẽpora extẽdi potest, cũ eo tẽpore nõ omnino patre egeat is, qui sibi aliquomodo cõsulere per ætatem possit. Qui igitur si pater curatorem dederit filio sed impuberi? Non

l. 1. §. vlt. D. eod. tit. de confir. tutor. l. pen C. de test. tutel. l. curatorem 6. C. de negot. gest.

Digitized by Google

valebit datio,quia licèt impuberi prouidere pater possit etiam post mortē suā quasi remanente quadam imagine patriæ potestatis,hactenus tamen ei prouidere potest vt tutorem det,non vt curatorem, nec si pater miles proponatur, aliud tamen iuris erit,quia nullum hic in re militis priuilegium est *l. impuberi* 40.*D.de adm.tutor*.Confirmare tamen eum prætor debebit citra inquisitionē sicut & si puberi datus esset *d.l.*1.§.*vlt.l.si filio* 6.*D.de confirm.tutor*. vbi non video cur Haloander pro *puberi* maluerit reponere *impuberi*, & contrà *impuberi* pro *puberi*.Nam si quis ponat patrem filio impuberi dedisse tutorem, puberi verò curatorem,Dicam curatorem quidem egere confirmatione sed non tutorem,nisi ponas datum eum inutiliter ex aliqua causa puta in codicillis testamento non confirmatis, aut filio impuberi iam emancipato. Atqui Papinianus in *d.l.*6.tractat eum casum quo tutor à patre datus, non minùs egeat confirmatione quàm curator. Tutorem igitur puberi datum fuisse ponendum est, & impuberi curatorem.Quamquam inter hos casus differentia illa est, quod cùm tutor puberi datus est,non solùm confirmanda est patris voluntas, sed etiam ex parte vt confirmetur,immutanda:vt nimirum qui tutor fuit nominatus,curator fiat:deinde tanquam curator confirmetur. Cùm verò curator impuberi datur,non est necesse fieri commutationem voluntatis vt ex curatore tutor fiat,quia nihil vetat impuberi dari curatorem,vt euenit cùm datur iā habenti tutorem,quamuis pubes tutorem habere numquam possit.Neque tamē improbabile est eum quem pater impuberi curatorem dederit confirmandū esse non tanquam curatorem,sed tanquam tutorem,Ne alioqui euenire necesse esset,vt vel tutorem nullum haberet pupillus,cuius tamen interest tutorem habere potiùs quàm curatorem,vel alium ei administratorem dari oporteret quàm quem pater ei elegisset.Tamfacile autem est magistratui errorem illum patris corrigere, confirmando tutorem eum, quem pater curatorem nominasset, quàm confirmare tutorem eum quem pater vel in testamento minùs sollenni,vel in codicillis testamento non confirmatis, vel impuberi emancipato tutorem dedisset.

*l. impuberi 40. D.de admin. tut. d.l.*1.§. *vlt. d.l.si filio* 6. *D.de confir. tutor.*

ILLATIO XXXII.

De confirmando tutore dato per patrem filio naturali.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit vt naturali filio tutor frustra detur etiam à patre adeo vt nec sine inquisitione confirmandus sit non magis quàm si à matre datus fuisset,*l.naturales* 7.*D.de confirm.tutor*.Nam cùm naturales filij non solùm in potestate patris naturalis non sint, sed nec vnquam fuerint,in quo deterioris condicionis sunt quàm emancipati (naturales enim hîc appellamus qui extra iustas nuptias in seruitute & contubernio susceptī deinde cum parentibus manumissi sunt, ius autem patriæ potestatis non nisi ex iustis nuptijs proficiscitur,vt diximus ad *tit.De patr.potest.*)apparet non plus iuris posse habere patrem naturalem quàm matrē in hoc vt filio naturali det tutorem,siquidem ius quoque dandi tutoris pendet,vt diximus, ex ea patria potestate.Ex quo intelligimus id quod suprà diximus tutorem à patre minùs rite datum à magistratu confirmandum esse sine inquisitione,non ex eo fieri quod de patris electione plurimùm lex confidat nullúsque affectus vincat paternum,quæ vulgaris interpretum nostrorum ratio est,Sed ex patriæ potestatis

L. *naturali* 7.*D.de confirm. tutor.*

tis iure descendere. Alioqui nulla ratio esset cur patrē naturalē à legitimo hac parte separari oporteret, cùm in iis quę ad naturalē illā adfectionem pertinēt, nulla inter eos differentia sit, nec minùs pater sit qui naturalis tātùm est quàm qui legitimus. Quinimo nec negari potest maiorem esse affectum illum naturalem in patre naturali, quàm in patre adoptiuo qui patris ius & nomen habet à legibus duntaxat non etiā à natura *l.1. D. de adopt.* Et tamen nemo dubitat quin tutor à patre adoptiuo datus inutiliter perinde cōfirmādus sit sine inquisitione acsi à patre naturali & legitimo datus esset. Nihil ergo hīc est quod intueri debeamus prēter patriā potestatem. Obseruandū tamen est in *d.l. naturali*, verba illa *cui nihil relictum est* Triboniani esse respicientis ad *d.l.vl.* C. *eo. tit. de confirm. tutor.* vt scripsimus ad Prin. *2. de nupt. illat.* 1. Nihil enim hac in re potest referre an filio naturali nihil prorsus, an bona sua omnia reliquerit pater naturalis, qui ei tutorem dedit, cùm non magis vno casu quàm alio habeat filiū in potestate. At quoniā de tutore per inquisitionem cōfirmando toties locuti sumus, illud prętermittendū nō est quod subiicitur in *d.l. naturali*. Si quæratur an ex inquisitione tutor rectè datus sit, vel confirmatus (eadē enim datio nis & cōfirmationis hac parte ratio est) quatuor hæc cōsideranda esse, An is dederit, vel cōfirmauerit qui dare, vel cōfirmare potuit, An ille acceperit cui fuerat dādus, vel confirmandus, An is datus, vel confirmatus sit, cuius dandi, vel confirmandi facultas erat, An denique pro tribunali interpositum fuerit decretum. Cùm enim nihil aliud sonet ipsum inquisitionis nomen, nisi diligentem & exactam causæ cognitionem, consequens est, vt pro tribunali tantùm non etiam de plano expediri possit *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum de off. proconf. L.1. §. abolitio* D. *ad SC. Turpil. l. omnia quæcūque 71. l. vbicūque* 105. *De regul. iur.* Sed & obseruandum est, quoties tutor aliquis, vel curator confirmatur sine inquisitione, qui non nisi cum inquisitione cōfirmandus erat, onerandum eum satisdatione, alioqui actionem eo nomine contra magistratum, qui eum confirmauerit dandam esse si postea tutor ille, vel curator minùs idoneus probetur *l. tutores* 5. *D. de confirm. tut.* vbi hoc ipsum Papinianus respondit eo quoque casu quo tutores à patruo datos iusserat prætor confirmari à magistratibus. Hi magistratus, inquit, cautionem accipere debuerūt, nec voluntas eius qui tutorē dare non potuit, eorū negligētiā excusabit, quomodo excusaret si tutorē dare testator potuisset. Nā nec prætor decretū antè interponere potest quàm tutoribus istis per inquisitionē idoneis pronūciatis, vnde sequitur, inquit, Papin. vt si tutelę tēpore soluendo nō fuerunt in id quod de bonis eorū seruari nō possit, actio cōtra magistratus decernatur. Necesse enim est malè ab iis factā inquisitionē cùm idoneos esse tutores pronūciauerūt eos qui reuera idonei iam tūc nō erāt, & quibus tamē prętextu factę inquisitionis satisdationē remitti oportuit, quoniā fides inquisitionis pro vinculo cautionis cedit, vt idē Pap. loquitur in *L. si impubes 13. in fin. De tutor. & curat. dat.* quandoquidem non solùm absurdum esset, verùm etiam iniquum cautione onerari eum qui idoneus pronunciatus esset *l. bonorum 5. D. de curat. furios. & ūi. De satisd. tutor. in princip.*

l.1. D. de adopt.

Tribonianis mus in d l. naturali.

L. vlt C. de confirm. tut.

l. nec quicquam 9. §. vbi decretū De offic. proconf. l.1. §. abolitio ad SC. Turpill. l. omnia quæcumque 71. l. vbicūque 105. de reg. iur.

l. tutores 5. D. de confir. tutor.

l. si impubes 13. in fin. D de tutor. & cur. dat. l. bonorum 5. D de curat. furios.

ILLATIO XXXIII.

De curatore per auiam dato nepotibus cum fideicommisso hac contēplatione relicto

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit quod Scæuola respondit in *l. vlt. D. de confir. tut.* Si auia nepotibus curatorem dederit fideicommisso, aut

L. vlt. D. de conf. tut.

legato aliquo hac contemplatione, quod in dubio præſumendum eſt ei relicto, non quidem poſſe compelli eum vt curam ſuſcipiat & adminiſtret, cùm reuera curator non ſit, quem ſuprà diximus nec à patre teſtamento dari poſſe, quantò minùs ergo ab auia? Sed tamen cùm ei teſtamento aliquid datũ propo natur, quocũque tandem titulo datum id fuerit, ſiue legati, ſiue fideicommiſſi (quid enim referre poteſt?) teneri eum ex fideicõmiſſo, vt idipſum quod nepotibus accepiſſet, iis redderet ſi nõ curam ſuſciperet, niſi mallet ille vltrò, vel quod ſibi datum eſſet necdum traditum non petere, vel quod ſibi iam ſolutũ eſſet, reddere. At cur ex fideicommiſſo cùm nulla fideicõmiſſi verba in nepotũ fauorem vſurpata fuiſſe ponamus? Nimirum, quia hoc ipſo quod tutor, vel curator aliquis datur, fidei eius cõmittitur, vt vel perſonæ, vel patrimonij, vel vtriuſque ſimul adminiſtrationẽ ille ſuſcipiat: quod ſi facere nolit, quia nõ cogitur, (ſoli enim legitimi coguntur, vel qui à magiſtratu aliquo alio, quàm agnationis, vel cognationis iure dãtur) æquũ eſt eã fieri interpretationem, vt fideicommiſſum illud ſuſcipiendæ tutelæ, vel curæ conuertatur in aliud fideicommiſſum reſtituendi totius commodi quod ea contemplatione fuerat iã conſecutus: ne alioqui euenturum ſit, vt teſtãtis voluntas circumueniatur *arg. l. ſi cui* 92. *De cond. & demonſt.* Nec enim poſſumus hîc remediũ illud adhibere, quod adhiberi ſolet cùm duo legata, vel fideicommiſſa relicta ſunt, quorum alterutrum habeat aliquod onus: quo caſu dicimus non poſſe illud repudiari, ſi alterum quod onus nullum habet, agnoſcatur *l. 5. de legat. 2. l. à filio* 15. D. *de alim. legat.* Nẽpe quia hîc vnũ duntaxat fideicõmiſſum fuit, ídque curatori relictũ nõ à curatore: in quo differt hęc ſpecies ab illa de qua in *d. l. à filio.* Neque rurſum poſſumus dicere fideicõmiſſũ curatori ſolutũ ei cõdicẽdũ eſſe tãquã indebitũ cùm debitum fuiſſe negari nõ poſſit quod & apertis & aptis verbis relictũ eſt: cúmq; in vltimis volũtatibus nũquã ſit locus condictioni ob cauſam dati cauſa nõ ſecuta, quia cauſa propter quã datur aliquid per heredẽ ex vltima defuncti volũtate alia nõ eſt quàm ipſa defuncti voluntas, quę effectum & exitũ habere omnino debet, Ob idque cautionibus expediri res ſolet ſi quãdo is cui teſtator aliquid præſtari voluit viciſſim ex parte ſua poſtmodũ aliquid dare, vel facere debeat aliter quàm per ſpeciẽ cõditionis, vt cernere eſt in cautione Muciana, & ſimilibus, quę nõ niſi fruſtra interponerẽtur ſi poſſet locus eſſe condictioni nõ ſecuto ex parte legatarij, aut fideicõmiſſarij impleméto, quod teſtator ſequi voluiſſet. Ergo poſtquàm fideicõmiſſũ curatori ſolutũ eſt quod ei teſtator dederat cõtẽplatione ſuſcipiẽdę curę, aliud nihil eſt quod poſſimus dicere, ne teſtãtis volũtas circũueniatur, quàm vt illud ipſum quod accepit, ex fideicõmiſſo reſtituere teneatur. Sequẽs quęſtio apud Scæuolã tractata in *d. l. vlt.* illa eſt, An curator hic nepotibus ſatiſdare debeat. Reſpõdet verò quaſi curatorem nõ debere, cùm neq; curator ſit, neq; ſine inquiſitione cõſtituatur, inquiſitio autẽ, vt iã diximus, vice ſatiſdationis cedat. Sed alia ratione cogendũ eũ ſatiſdare, Nẽpe quòd fideicõmiſſi nomine ſit obligatus ſub illa veluti cõdicione, ſi neque curã ſuſcipere volet, neq; quod acceperit, reddere. Trium. n. eſt fideicõmiſſorũ & legatorũ in diẽ, vel ſub cõdicione relictorum nomine ſatiſdari oportere ex prætoris edicto De quo in *tit. vt legat. ſeu fideic. ſeruan. cauſ. caueat. D. nec tãtùm ab herede*, ſed à cęteris etiam omnibus qui fideicommiſſo onerari poſſunt, inter quos vtique & legatarius & fideicommiſſarius quilibet eſt, quamuis conſtet à legatario legari olim non potuiſſe *§. 1. infr. de ſingul. reb. per fideic. relic.*

L. 5. de leg. 2. l. à filio 15. *De alim. legat.*

Alia quæſtio d. l. vlt. De confirm. tutor.

Tit. Vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cau. caueat.

ILLA-

ILLATIO XXXIV.

De tutore vtiliter dato à magistratu ei cui pater inutiliter dederat.

TRigesimoquartò ex eodem Principio fit, vt si pupillo pater testamento inutiliter tutores dederit,& priusquàm hi cõfirmarentur alij ab eo cuius interfuit,id est qui ius dandi habuit,dati sint,id quod iure gestum est reuocari non oporteat,sed manere debeant tutores qui fuerunt *l.pen.C.de confir. tutor.* Illa enim tutoria potestas sicuti patriæ potestatis portio quædam est, ita & eius exemplo,semel acquisita non nisi certis & legitimis modis amittitur. De quibus *infr. ti.quib.mo.tutel.finit.* Nec quod testamentaria tutela ceteris omnibus præferri & solet,& debet,ad rem facit. Non enim testamentaria tutela dici potest,quæ inutiliter,quamuis in testamento data est. Sed tamen an illi qui iudicium patris habent curatores eidem pupillo constitui debeant,aditus competens iudex perspectis vtilitatibus pupilli æstimabit *d.l.penult.* Ex quo intelligimus tantò apertius verum esse,quod suprà dicebamus, nihil vetare quominus à magistratu confirmentur tanquam tutores ij quos pater dederat, vt essent curatores, sicut è contrario in proposito euenit vt confirmandi sint tanquam curatores, qui tamen dati fuerant,vt tutores essent.

l.pen. C.de confir.tutor.

Dati à patre tutores confirmandi sunt interdũ tanquam curatores.

ILLATIO XXXV.

De tutore dato per patrem naturalibus liberis ex concubina susceptis.

TRigesimoquintò ex eodem Principio fit vt naturalibus liberis susceptis, non in seruitute & ex contubernio,vt illi de quibus diximus illat.32. sed ex concubina, quibus naturalium liberorum nomen primus Constantinus dedit vt Iustin. refert *Nouell.*89.*quib.mod.natur.effic. sui in princip.* tutorem dare pater non possit, nisi quatenus hæc ipsi licentia data est à Iustiniano in *l.vltim.C.de confirm.tutor.* id est quantum ad eas duntaxat res pertinet, quas pater ipse quocunque modo ei dederit, vel reliquerit, scilicet intra eum modum qui eiusdem Iustiniani legibus fuit præfinitus, & secundum eas distinctiones de quibus in *Auth.licet.C.de natur.liber.* Sed & hoc ipso casu non fecit Iustinianus, vt ipso iure tutor sit ille, quem filio naturali pater dederit, at illud tantùm, vt à competenti iudice ante omnia confirmari debeat, & ita post confirmationem res gerere pupillares. Nimirum quia fieri nequit, vt ipso iure tutor sit ille quem dederit pater qui non habeat filium in potestate,nec rursum vt habeat quis in potestate sua liberos ex concubina susceptos, cùm non nisi per iustas nuptias,vt toties diximus,patriæ potestatis ius acquiratur. Illud minùs mirum est quod idem Iustin.cõstituit in *l.vlt.C.quand.mul. tutel.offic.fung.pot.* vt si pater liberis suis naturalibus tutorem non dederit in iis scilicet quę ab ipso ad liberos peruenerũt,mater autem eorum tutelam subire velit,non minùs id ei liceat,quàm si iusti & legitimi essent liberi,eadem prorsus sollennitate interueniente. Nam si in liberis iustis, in quibus & testamentariæ & legitimæ sunt tutelæ,matribus tamen conceditur ad prouidentiam filiorũ suorũ venire,scilicet aliis tutelis deficiẽtibus tã legitimis,quàm testamẽtariis secũdũ ius Codicis de quo in *l.2.eod.tit.* (nouissimo enim iure solis testamentariis tutoribus postponi matrem Iustin.voluit *Auth. matri & auiæ eo.tit.*

L.vlt.C. de confirm. tutor.

Auth. licet C.de natur. liber.

L. vlt. C. quand.mulier tutel.offic.fung pot.

l.2. eod.tit.

Digitized by Google

multò magis vbi legitimæ tutelæ deficiunt saltem alias matribus dare humanissimum est, vt ratiocinatur idem Iustin. in *d.l.vlt.* Tantò magis quod & iam antea Imp. Zeno induxerat, vt naturalibus quoque istis liberis ad similitudinē eorum qui ex legitimis nuptiis procreati essent, matres petendorum tutorum necessitatem haberent, alioquin iis quandocumque postea decedentibus, succedere ab intestato & ex Tertylliano non possent *l.vlt.C. qui pet. tut. vel curat.*

L.vl.C.qui pet. tutor. vel curat.

ILLATIO XXXVI.

De tutore dato filiis, vt etiam posthumis datus videatur.

TRigesimosextò ex eodē Princip. fit vt si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiā posthumę videatur dedisse, quia filiæ appellatione etiā posthuma continetur *l.si quis filiabus* 5. D. *de test. tutel.* Nēpe quoniā hoc casu posthumi habentur pro natis *§.cum autem hoc ti.* vt & aliàs quoties de ipsorum cōmodo agitur *l.qui in vtero* 7. *l.* 26. *de stat. homin.* Quid enim posthumo vtilius esse potest, quàm vt cùm nascetur reperiens se sine patre, reperiat saltem aliquem qui patris loco esse queat? Quamquam ex ipsa etiā nominis proprietate verū est, filiæ nomē in posthumā quoq; cadere, tametsi non similiter nomē posthumę cadat in eā quę in rebus humanis iā sit *l.nomen filiarum* 164. *de ver. sign.* Sed tamen aliquid speciale esse ob fauorē tutelæ ex eo intelligimus, quòd si de legato filiabus relicto ageretur, non aliter dicendū esset videri patrem in filiarū legato de posthuma quoque sensisse quàm si aliqua parte testamēti mētionem posthumæ fecisset *l.qui filiabus* 17. *in prin. de legat.* 1. At quāuis pater qui filiabus tutores dedit nulla testamenti parte fecerit mentionē posthumæ, non eo minùs tamen posthumæ quoque tutorē dedisse videbitur. Ea nimirū ratione, quę à nobis proximè allata est, quòd posthumorū omniū interfit ita ius cōstitui, vtq; hac parte nulla differētia sit inter posthumos & filios iā natos. Quid si nepotes sint? An appellatione filiorū cōprehendentur nepotes, vt iis quoq; tutor datus esse videatur? Et magis est, vt ipsis quoque datus videatur, si modò liberos pater dixit: non etiā si filios. Aliter enim filij, aliter nepotes appellātur *l.quid si nepotes* 6. *eo. ti. de test. tute.* quāuis nec nouū sit, vt filiorū appellatione etiā nepotes cōtineātur, & generaliter omnes qui ex nobis descēdūt, quia nō dulciore quàm filij nomine possumus nepotes nostros appellare, cùm idcirco filios filiásve & cōcipiamus, & edamus, vt ex eorū earumve prole diuturnitatis memoriā nobis in quū reliquamus, vt elegāter tractat Callistratus in *l. liberorū* 220. *De ver. sign.* quò etiā pertinet *l.filij* 84. *l.iusta interpretatione* 201. *eod. tit.* vbi addit Iulianus similiter patris nomine auū quoque interdū demōstrari, vt & in *l.patri* 20. *D. ad leg. Iul. de adult.* patres dixit Pap. pro parentibus omnibus, qui sunt suprà patrē. Sic & Senatus. Macedonianū quamuis de filiisfamilias dūtaxat locutū ad nepotes quoque extēditur *l.si filius* 6. *C. ad SC. Macc.* ex rationis similitudine idētitate: itēque senatusconsultum illud quo cautū est ne tutor pupillā, vel filio suo, vel sibi nuptū collocet, de quo in *l.senatusconsulto* 59. *de ritu nupt.* Sed & in testamentis eadem ratio voluntatis plerūque facit, vt qui de filiis tūtùm locutus est, de nepotibus quoque sensisse intelligatur, vt in *l.uxorē* 41. *§.conuenit de leg.* 3. Cur ergo in tutela aliud respōdemus, vt tutela filiis data ad nepotes nō protrahatur? Præsertim cùm tutela fauorabilissima sit, & qua vix aliud quicquā fauorabilius? Ratio alia quęrēda nō est, quàm quę suprà iā à nobis allata fuit ex

l.nomen filiarum 164. *de verb. signific.*
l. qui filiabus 17. *in princ. de legat.*
l. quid si nepotes 6. *De testa. tutel.*
l.liberorum 220. *de ver. signific.l filij* 84. *l.iusta interpretatione* 201. *eod. ti. l.patri* 20. *ad leg. Iul. de adult. l. si filius* 6. *C. ad SC. Mac. l.senatusconsulto* 59. *De rit. nupt. l. uxorē* 41. *§. conuenit de legat.* 3.

Vlp.

Vlp. quod aliter filij, aliter nepotes appellētur. Quare enim de filiis tātùm locutus esset pater nō de liberis, si de tutore nepotibus quoque dādo cogitabat? Neque verò hæc sententia impugnat vtilitatē nepotum qui non eo minus tutorem sunt habituri à magistratu, adeóque tutiorem qui scilicet non sit dandus nisi cum inquisitione, vel cum satisdatione. Nec rursum tanta potestas quanta est tutoria, temerè concedi tanquam ex defuncti voluntate debet ei, qui pro se nō habeat apertā defuncti voluntatē. At nō potest dici aperta voluntas testatoris de tutore nepotibus dādo, cùm ille nec nepotes, nec liberos, sed filios tantùm nominauit: fatendúmq; est cùm appellatione filij nepotē quoque cōprehēdi dicimus non ex dictionis proprietate id fieri, sed per interpretationē, quę licèt iusta dicatur in *d.l.*102. *de verb. signific.* eius tamen inducendæ, nec æquitas, nec necessitas vlla est cùm de tutore nepotibus dando tractatur. Planè si posthumis generaliter tutores dati proponantur, tam filij posthumi quàm cæteri liberi, id est etiam nepotes dummodo tamen posthumi continebuntur *d.l. quid si nepotes in fin.* Quid ergo si posthumi quibus tutorem testator dederat nati sint eo viuo? Dubitandi causa est, quia non sunt isti verè posthumi, sed tantùm posthumorum loco *l.*3.§.1. *l. posthumorum* 13. *D. de iniust. rupt.* Sed tamē magis est, vt vtilis sit datio *l. si quis ita* 16. §. *vlt.* *D. de testam. tutel.* Cur enim patiatur, vt tutela ritè ab initio data ex causa felicioris euentus infirmetur? Quid si quis ita tutores dederit, *Filiis meis tutorem do.* In ea condicione est, vt tam filiabus quàm filiis dedisse videatur *d.l* 16. Filiorum siquidem appellatione etiā filiæ continentur quamuis non similiter è contrario filiarum nomine etiam masculi comprehendantur. Id enim exemplo pessimum esset fœminino vocabulo masculos contineri *l. si ita sit scriptum* 45. *de legat.*2. *l. seruis legatis* 81. *de legat.*3. Illud magis mirum est, quod sequitur in *d.l.* 16. Si quis filio tutorem dederit, & plures filios habeat, omnibus filiis dedisse illum videri, ne alioqui nulli dedisse videatur, quod esset multò absurdius. Quamquam de hoc Pomponius dubitabat. Quòd si quis liberis tutores dederit, vel filiis & habeat quosdam apud hostes, etiam ipsis dedisse videbitur, si non aliud apertè probetur sensisse testatorem *d.l. si quis ita* 16. §. *vlt.* In eum nimirum casum quo filius ille ab hostibus redierit, Alioqui cùm reuera seruus sit, apud hostes manens, consequens est, vt tutorem habere non possit secundùm ea quæ diximus illat. 15. Planè si quis cùm ignoraret se filium Titium habere, filiis etiam addito si voles *omnibus* tutores dederit, magis est, vt iis tantùm dedisse videatur quos scit in potestate sua se habere non etiam huic quem ignorauit se habere. Licèt enim filiorum nomen ipsum quoque admittat, cùm tamen de ipso testator non senserit, absurdum esset ad eum protrahi datiōnē *d.l.* 16. §. *si quis cùm ignoraret.* Nec enim voluntas cuiusquam vlla esse creditur circa id, quod ignorat *l. is qui vsumfructum* 20. *D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Quod tamen diximus de tutore dato posthumis sic accipiēdum est, vt non aliter possit videri datus tutor quā posthumus natus fuerit, quia nec priùs vlla persona esse intelligitur, cuius tutor esse possit quandoquidem partus nondum editus, homo nondum est *l. in lege* 9. *D. ad leg. falcid.* ideóque si quid gesserit quamuis tanquam datus tutor, nec postea nascatur posthumus tutelæ actione teneri non potest, sed tantùm negotiorum gestorum si credimus Caliistrato in *l. cùm pater* 29. *De neg. gest.* & Vlp. *in l. si nemo* 19. §. *vltim.* *De testam. tut.* potiùs quàm Paulo qui neque hanc negotiorum gestorum actionem ei dandam putauit, sed tantùm vtilem & subsidiariam *l. pen. De tutel. & rat. distr.* vbi rationem reddit non ine-

Curtutor &c. liis datus nō intelligatur etiam datus nepotibus.

l. 1. §. 1. l. posthumorū 13. *D de iniust. rupt.*

l. si quis ita 16. §. *vlt. eo. tit. de testa. tutel.*

l. si ita sit scriptum 45. *de legat.* 2. *l. seruis legatis* 81. *de leg.* 3.

d. l. si quis ita 16.

d. l. 16. §. *si quis cùm ignoraret. l. si nemo* 19. §. *vlt. eo. l. cùm pater* 29. *de negot. gest.*

l. pen. De tutel. & rat. distr.

Digitized by Google

legantem quod non possit videri tutor administrasse negotia eius qui numquã natus fuit: Prius enim personam aliquam esse necesse est quàm vt alterius negotia gesta dici possint. Ergo si partus editus fuerit, deinde hic tutor priusquã aliquid gereret remotus fuerit, idem erit dicendum, vt scilicet de iis quæ gessit ante natum posthumum non teneatur tutelæ, sed vel negotiorum gestorum secundum Vlp. & Calistr. vel vtili secũdum Paulum, quia nihil refert, quod ad hoc an posthumus nullus natus sit, an eo nato nihil tutor gesserit. Cęterùm si quid gessit post editum partũ, siue subinde remotus sit, siue non sit de eo quoque quod ante gessit tutelæ iudicio tenebitur, & omnis administratio veniet in hanc actionem *d.l.cùm pater & d.l.nemo* 19. *§. vlt. de test. tutel.*

ILLATIO XXXVII.

Tutores non ab herede, sed à testatore protinus & immediatè proficiscũ.

L. tutores 7. D. de testa. tutel.

TRigesimoseptimò ex eodem Principio sit quod Paulus scribit in *l. tutores* 7. D. *eod. tit. de testam. tutel.* tutores non ab herede, sed à testatore protinus, id est non statim quidem (expectanda enim est hereditatis aditio, vt datio tutorũ valeat) at immediatè proficiscĩ simulátque aliquis heres extitisset. Cùm enim ex patriæ potestatis iure fiat, vt liberis suis tutorem dare pater possit, nec patriæ potestatis ius tale sit, vt transeat ad heredem, consequens est, vt non ab herede patris, sed à patre ipso tutelæ rectà & immediatè proficiscantur, scilicet ad differentiam fideicommissorum quæ pendent si non ex heredum fide, vt olim, saltem ex restitutione per heredem facienda, Itémque legatorum per damnationem quæ fideicommissis in eo simillima erant, quod ab heredibus quoque præstari ea oportebat, At non similiter legatorum per vindicationẽ, quorum quippe propria illa natura & condicio erat, vt ex eis dominiũ recta transferretur in legatarium à testatore numquam factum heredis *l. legatum* 80. *de legat. 2. l. à Titio* 64. *D. de furt.* Sed tamen inter tutelas & legata etiam per vindicationem differẽtia illa est quod omne legatum quamtumuis per vindicationem relictum nihil aliud est, quàm hereditatis delibatio per quam testator ex eo quod vniuersum heredis foret alicui quid collatum velit. *l. legatum* 116. *De legat. 1.* At tutela delibatio hereditatis nõ est, sed quædã potiùs prorogatio patriæ potestatis quæ alioqui patris morte finem acceptura esset. Nam etsi pater tutorem liberis suis non dedisset, non ideò tamen heres tutor esset, aut locupletiorem haberet hereditatem. Et ex hac differentia nascitur etiam illa, quod quamuis heredi à semetipso legatum dari non possit *d. l. legatum §. 1. & quidẽ totum* 18. *l. planè* 34. *§. si duobus de legat.* ipse tamen heres tutor dari potest, vt subiungit & infert Paulus in *d. l. tutores*, quod vtique falsum esset si ab ipso herede tutela proficisceretur, aut ex hereditate delibaretur. Id enim addendum est, vt eam semper differentiam retineamus quam inter tutelas & legata vindicationis esse dicimus, quod non magis per vindicationem, quàm per damnationem heredi legari à semetipso potest, cùm tamẽ tutor ipse dari possit, quãuis nõ magis legatum per vindicationẽ quàm tutela ab herede proficiscatur, quod non omnino satis bene videtur obseruasse Cuiacius *lib. 17. obser. cap. 38.* Non tamen vsque adeò tutelæ abs testatore proficiscantur, nõ ab herede quin expectandus sit heres, id est aditio hereditatis, vt tutelæ datio confirmetur. Si enim nemo hereditatem adierit, nihil prorsus valet ex iis quę testamento scripta sunt, nec tutelæ, quãtũuis fauorabiles sint, magis quàm res cęteræ *l. si nemo 9. eod.*

L. legatũ 80. de leg. 2. l. à Titio 64. D. de furt. l. legatũ 116. de legat. 1.

9. *eo*, quia tutelas cõstat dari non posse, nisi in testamẽto, testamẽtum verò sine heredis institutione valere nõ posse, porrò heredis institutionẽ corruere quoties effectum nullum habet, quem vtique nullum habet non adita hereditate aditio namque hereditatis illa est, quæ confirmat institutionem. Planè si vnus ex pluribus heredibus adierit, tutelæ statim valent, nec expectandum est, vt omnes heredes adeant, quia vnum adisse sufficit, vt testamentum totũ confirmetur, totáque defuncti voluntas rata constituatur *l. si patroni* 55. *§. qui fideicõmissam D. ad SC. Trebell.* cùm ex eo tẽpore certum sit non posse amplius testatorem fieri intestatum: Siquidem aliis coheredibus repudiantibus fiet necessariò, vt ei qui adiit accrescant omnes cæterorum portiones, eáque lege & condicione adire videtur qui primus adit pro sua parte *l. si duo* 58. D. *de acq. hered* Excepto casu *l. cùm hereditate* 55. *eod. tit.* Ergo si à nullo ex heredibus adhuc sit adita hereditas, ex cuius aditione tutor testamentarius speratur, alius tutor dandus erit, quasi nondum sit nec speretur. Idque verius esse ait Vlp. in *l. si hereditas* 10. *eod. tit. De testam. tutel.* Cur autem verius? Nempe quia dubitandi ratio illa erat, quod ab alio quàm à patre tutor ad tempus dari non potest, vt diximus illat. 13. hunc autem qui tempore iacẽtis hereditatis tutor datus est, non nisi ad tempus datum intelligi necesse est, cùm adita quandocunque hereditate futurum sit vt tutor esse desinat qui interim datus fuit, ne alioqui tutor, siue legitimus, siue datiuus testamentario præferatur, quod à iuris ratione & regula omnino abhorreret. Sanè legitimo tutori locum hîc nullum esse quandiu testamentarius speratur, constat ex *l. si quis sub condicione* 11. *eod.* vbi ratio redditur, quia quandiu testamentariæ tutelæ locus esse aliquando potest, legitima cessat. Datiuæ igitur interim locus erit quemadmodum si pater sub condicione, vel ex die tutorem dedisset *d. l. si quis.* Idque ex legibus Atilia & Iulia & Titia induci necesse fuit, vt his casibus & tutor pupillo dandus esset medio tempore ne interim periclitaretur carens tutore, & qui datus esset, postea tutor esse desineret adita tandem hereditate, aut existente die, vel condicione in quam pater tutorem dedisset, vt scribit Iustinianus in *princip. tit. De Atilian. tutor.* Illa enim iuris ratio repugnabat, quod qui semel tutor factus esset, desinere tutor esse postea numquam posset.

l. si nemo 9. D de testam tut.

l. si patroni 55. §. qui fideicommissam D. ad SC. Trebell. l. duo 58. l. cùm hereditate 55. D. acquir. hered.

L. si hereditas 10. D. de testam. tutel.

L. si quis sub condicione 11. eod. Tit de Atti. tutor.

ILLATIO XXXVIII.

De spectanda in tutelis testamentariis condicione non leuissima, sed nouissima.

TRigesimo octauò ex eodẽ Principio fit, vt in tutoris datione si sub variis condicionibus facta sit, non leuissima condicio spectanda sit, vt in libertatibus directis, sed nouissima, vt in legatis *l. tutor datus* 8. *§. in tutoris* D. *eod. tit. De testam tutel.* iunct. *l. leuissima* 35. *l. quod traditum* 87. *cum duab. seqq.* De *cond. & demonstrat.* Cùm enim tutor testamentarius non alio iure vim istam & potestatem habeat in caput pupilli, quàm quòd habeat pro se voluntatem patris, qui eum patriæ suæ potestatis vicarium eligere voluerit, certum est defuncti voluntatem aliam nullam esse quàm quæ sit suprema *l. cùm hic status* 32. *§. pœnitentiam* D. *de donat. int. vir. & vxor. l. si mihi* 12. *§. vltim. de legat.* 1. *l.* 4. D. *de admin. legat.* Ideóque & in fideicommissariis libertatibus idem esse placuit, vt in iis non leuissima, sed nouissima scriptura condicióque spectetur *l. per fideicommissum* 90. *De condic. & demonstr.* vbi ratio redditur, quia posterior voluntas potior haberi debet. Solæ libertates directæ alio iure censentur, vt in iis nõ

l. tutor datus 8. §. in tutoris D. de testam. tut. l. leuissima 35. l. quod traditum 87. cum seqq. De condic. & demonstr.

L. si mihi 12. §. vlt. de leg. 1 l. 4 de admin legat. l per fideicõmissum 90. de condic. & demonstr.

l.in libertatibus 5. D. de manum. test.l.1. eod.

nouissimam,sed leuissimam condicionem spectari oporteat *l.in libertatibus* 5. D.*de manum.testam.* id est eam quæ facilius perducenda sit ad libertatem *l.1.eo. l.leuissima* 35.*De condic.& demonstr.* Idque non tantùm fauore libertatis (alioqui non aliud in fideicommissariis quæ libertates æquè sunt,obtineret) sed etiã illa potissimùm ratione,quòd libertates directæ à testatore ipso rectà proficiscantur,nec valde distent ab iis,quas dominus dat inter viuos,qui sicut poterat viuus manumittere,ita & condicionem leuissimam adscribendo , quam postea non sustulerit,licèt aliam adscripserit,libertatem certa lege & cõdicione datam voluerit competere seruo.Et inde nimirũ dubitandi ratio nascebatur,propter quã in tutelis quoque leuissimã condicionem spectandam esse videretur,non minùs quàm in libertatibus directis,cùm non minùs quàm libertates directæ ab ipso testatore rectà proficiscantur,vt proxima illatione dicebamus.Sed in libertatibus directis iunctus fauor libertatis facit,vt melioris cõdicionis esse debeant hac parte , quàm tutelæ ne alioqui longior mora fiat libertati,quæ non fit longior tutelæ,siquidem medio tempore alius pupillo tutor datur,dum nouissima condicio expectatur , etiam quæ tardius extitura sit. Dices , Cur non ergo in libertatibus fideicommissariis fauor libertatis idem ius extorsit? Respondeo quia libertas fideicommissaria non aliter potest obtingere quàm si ab herede præstetur eo modo quo testator voluit,id autẽ solũ testator voluisse intelligitur,quod nouissimum scripsit.At vt obtingat ex testamento directa libertas,sufficit datam esse à testatore,siue purè, siue sub ea condicione quæ extiterit,licèt alia posterior condicio adscripta sit , quia poterat ipse & purè & inter viuos libertatem dare:Pluribúsque adscriptis condicionibus videtur testator electionem seruo dedisse,vt eligeret,quænã sibi leuior videretur *l.sub diuersis* 51.*De condic.& demonstr.* Cur enim electionem heredi datam diceremus cuius nullo facto opus est , vt competat directa libertas? Aut cur eam interpretationem capere debeamus , vt testatorem pœnituerit adscriptæ leuioris condicionis? Quamquam non valde laborandum puto,vt in iis rationem aliquam inquiramus in iitis quæ iure cõstituto inducta sunt,vt & alia pleraque fauore libertatis vt in *l.cùm ita datur* 94.*in princip.*§.1.*eod.tit. De condic.& demonstr.* Quod ad tutelas verò pertinet,scilicet testamentarias, semper id sequimur,quod nouissimum est,& si sæpius tutor datus sit,siue idem,siue alius perpetuò id obseruandum est, vt nouissimam scripturam intueamur, quod & idem Vlp.scribit in *d.l.si heredis* 10.§.1.*eod.tit.De test.tutel.*

Ratio differentiæ inter tutelas & directas libertates, itémque inter directas libertates & fideicommissarias.

l.sub diuersis 51.D. de condic. & demonstr.

l.cùm ita datur 94. in princ. & §. 1.eod.tit. d.l.si heredis 10. §.1. de testam. tutel.

ILLATIO XXXIX.

De illo qui filium & ex filio nepotem habens,nepoti tutorem dedit.

d.l.si heredis §. qui filium. l.Gallus 29. §.nunc de lege & seqq. De liber. & posthum.

TRigesimononò ex eodem Principio pendet quod idem Vlp. scribit in *d.l.si heredis* 10.§.*qui filium*, vbi tractat de illo qui cùm & filium & ex filio nepotem haberet,nepoti tutorem dedit , & quærit an aliquo casu non sit vtilis datio,vt puta si proponas filium viuo patre decessisse, & nepotem ex eo in locum eius successisse viuo auo.Cõcludit autem sicuti testamentum hoc lege Iunia Vellea confirmatur ne per nepotem succedendo rumpatur,si modò nepos ille nominatim,vel institutus fuerit,vel exheredatus *l.Gallus* 29.§.*nunc de lege & seqq.D.de liber.& posth.* ita & consequenter tutelam quoque confirma-

firmatam esse. Immò & fortiùs hoc dicendum esse, Non quod ex iuris ratione fieri vllo casu possit vt valeant tutelæ testamento datæ si non valeat testamentum, Sed quia quemadmodum corruente testamento tutelæ corruunt cæteráque omnia testamento relicta, Ita è contrario ac multò fauorabilius dicendũ est confirmato testamento sicut cætera omnia, quæ testamento continentur, ita & tutelas confirmari: Nempe quod ex eiusdem legis potestate & autoritate vtrumque fiat, vt paterfamilias & bonorum suorum successorem eligere possit, & vicarium suæ potestatis. Ex lege nimirum 12. tab. quæ ita locuta est *vti legassit suæ rei ita ius esto. l. verbis legis* 120. *De verb. signific.* aut vt alij referunt *vti super sua ne pecuniáve legassit*: Rei enim nomen generalius est quàm pecuniæ, vt non tántum bona comprehendat, sed etiam patriam potestatem, quæ nihil cum bonis commune habet *d. l. impuberi* 40. *De admin. & peric. tutor.* Neque verò dici posset lege 12. tab. confirmatas fuisse tutelas, si ea lex de bonis tantum pátrisfamilias locuta esset non etiam generaliter de re ipsius, id est de his omnibus quæ ad patremfamilias pertinerent, & quibus legem dare ipse vouisset. Quid verò lege illa Iunia Vellea factum sit, & quomodo confirmata testamenta ne per eum qui in sui heredis locum succederet rumperentur, ad alium tractatum pertinet, fuitque à nobis fusissimè disputatum *lib.* 10. *Coniect.* Itaque hic non repetimus.

l. verbis legis 120. *de verb. signif.*

d. l. impuberi 40. *D. de admin. & peric. tutor.*

ILLATIO XL.

De furioso tutore dato purè in testamento.

QVadragesimò ex eodem Principio nostro inferebat olim Proculus, si furiosus testamento tutor purè datus esset, non posse valere dationẽ. Quomodo enim tueri alium possit is qui seipsum nequeat, quique idcò indigeat ipse curatore? Planè si poneres furiosum tutorem datum esse sub ea condicione *si furere desisset* aut quod effectu idem est *cùm furere desisset* non negabat Proculus valere dationem, quippe cuius effectus iusta & necessaria condicione suspenderetur *d. l. si hereditas* 10. *§. si furiosus De testam. tut.* Idque & nos scripsimus *illat.* 20. *supr.* Vlpianus tamen in *d. §. si furiosus*, Proculi sententiam improbat, & verius esse ait quod Pomponio placuit furiosum rectè tutorem dari etiam purè, non vt statim tutor sit, sed tum demum cùm furere desierit ac sapere cœperit. Nec enim nouum est vt tacitè subintelligatur condicio quam ex necessitate inesse oportet, vt valeat actus qui alioquin non valeret. *l. 2. §. qui ita D. de eo quod cert. loc. l. continuus* 137. *§. cùm ita D. de verb. obligat.* Idem verò in testamentariis tutelis obseruari tantò conuenientius est quanto sunt illæ aliis plerisque rebus fauorabiliores vt suprà diximus.

d. l. si hereditas §. si furiosus de testam. tutel.

l. 2. §. qui ita D. de eo quod cert. loc. l. continuus 137. *§. cùm ita De verb. oblig.*

ILLATIO XLI.

De seruo alieno tutore dato purè.

QVadragesima prima illatio est finitima superiori ex *eod. l. si hereditas §. vlt. eod. tit. De testam. tutel.* Vbi scribit Vlpianus seruum alienum non inò dò tutorem dari posse sub ea condicione *si liber erit*, sed etiam si purè datus fuerit videri datum sub tacita ea condicione *cum liber erit*. Certum quippe est ser-

d. l. si hereditas §. vlt.

Digitized by Google

uum quandiu ſeruus manet non magis poſſe capacem eſſe tutelæ quàm cæterorum omnium quæ ſunt iuris ciuilis, animo tanto minùs, quòd cùm tutela ſit vis & poteſtas in caput liberum, eſſet perabſurdum eam vim & poteſtatem in liberum hominem, & ciuem romanum dari ſeruo. Illud tamen difficile eſt, quod ibidem ſequitur apud Vlpianum, poſſe & extraneo ſeruo tutori dato defendi ex hac cauſa fideicommiſſariam libertatem, ſi teſtatoris voluntas nõ apertiſſimè refragetur. Difficultas autem ex eo naſcitur, quod ait Vlp. nihil intereſſe an ſuum quis ſeruum, an alienum tutorem ſcripſerit, cùm, inquit, & pupilli & publicæ vtilitatis fauore adſumpta ſit libertas in perſona eius qui tutor ſcriptus eſt. Atqui conſtat libertatem quæ ex tutelæ datione inducitur ex perſona eius ſerui qui fuit proprius teſtatoris non eſſe fideicommiſſariam ſed directã, vt conſtat ex §. 1. *infr. De teſtam. tutel. l. penult. C. de neceſſ. hered. inſtit.* Et nos pluribus ſcripſimus *lib. 6. Comeſt. cap.* 16. vbi etiam diximus de ſententia & emendatione *l. etſi non adſcripta* 9. *C. de fideicomm. libert.* qua niti ſolent qui in contrarium non niſi fideicommiſſariam libertatem dant ſeruo. Sed de eo dicendũ nobis erit paullò fuſiùs *illat. ſeq.* Nunc monuiſſe ſufficiat ratiocinatione Vlpiani in *d. §. vlt.* eo tantùm pertinere, vt ſiue proprium, ſiue alienum ſeruum quis tutorem dederit, hoc ipſo libertatem ei dediſſe videatur: ſed eam nimirum quã dare potuit, directam ſcilicet ſeruo proprio, fideicommiſſariam autem alieno: non autem vtroque caſu vel directam vel fideicommiſſariam.

§. 1. infr. De teſtam. tut. l. pen. C. de neceſſ. hered. inſtit.

l. etſi non adſcripta 9. C. de fideic. libert.

d. l. ſi heredi tuo §. vlt.

ILLATIO XLII.

De ſeruo proprio tutore dato ſine libertate.

QVadrageſima ſecunda illatio eſt, Eum qui liberis ſuis tutorem dat ſeruum proprium hoc ipſo libertatẽ quoque ei adſcripſiſſe videri, licet de libertate nihil dixerit vt proxima illatione dicebamus, quia cũ fieri nequeat vt ſeruus tutor ſit ſeruus manens, alterutrum ſanè admittendum neceſſariò eſt, vt vel tutela non valeat, vel competat libertas. *§. 1. infr. De teſtam. tutel.* vbi quod magis eſt libertatem hanc directam eſſe interpretatur Iuſtinianus & in *l. pen. verſ. cùm igitur C. de neceſſ. hered. inſtit.* Nec inuita iuriſprudentia vt parum prudenter criminatus eſt Iacob. Cuiac. ſed ex vera ineáque iuris ratione. Nam & iam olim idipſum Paulus ſcripſerat in *l. quero* 32. *§. vlt. D. de teſtam. tutel.* vbi cùm proponeretur Lucius Titius heredes inſtituiſſe filios ſuos pupillaris ætatis, eiſque tutorem dediſſe inter cæteros Lucium Erotem ſeruum ſuum cui non dederat libertatem, quique eo tempore nondum annos viginti quinque compleuerat, quærebatur an poſſet hic Eros libertatem ſibi vindicare. Quam quæſtionem palam eſt non poſſe incidere in aliam ſpeciem libertatis quàm eius quæ ſit directa. Sola enim illa eſt quæ vindicatur, non etiam fideicommiſſaria, quam & peti neceſſe eſt apud prætorem fideicommiſſarium, & præſtari ab herede. Quæſtioni autem locum faciebat apud Paulum, Non quod dubitari poſſet an ex datione tutelæ datio etiam libertatis adeóque directæ inferenda eſſet, quod vtique certiſſimi iuris erat, ſed quia ſeruus non poterat in ea ſpecie ſtatim tutor eſſe cùm adhuc eſſet minor, Et conſequenter nec ſtatim libertas ei competere videbatur, cùm neque data eſſet neque per voluntatis interpretationem niſi ex cauſa tutelæ inducereturReſpondet tamen Paulus quoniam placet eum qui à domino tutor datus eſt hoc ipſo libertatem quoq; meruiſſe

§. 1. infr. De teſtam. tut. l. pen. verſ. cùm igitur C. de neceſſ. hered. inſtit. l. quero 32. §. vlt. D de teſta. tutel.

ruisse videri, hunc quoque de quo quæritur in eadem causa habendum esse & liberum quidem ab adita hereditate esse (nec enim ante aditam hereditatem cedit dies libertatum, quamuis directarum *l. nam cum libertas* 8. iunct. *§. vlt. l. præced. D. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.*) at non nisi post legitimam ætatem fieri tutorem, atque onerari, quia libertas non tanquã necessarium consequens debetur ob tutelam, sed tanquam necessarium antecedens, cùm priùs liberum eum esse necesse sit, quàm tutor esse possit. Et ideo nihil absurdi est dicere liberum eum statim esse & directò, quamuis tutor esse propter ætatis impedimentum nondum possit. Suauis verò hîc fuit vir doctissimus, cùm scripsit non alia ratione motum fuisse Paulum vt ita responderet quàm quod testator seruum suum Erotem sub nomine liberi hominis Lucii appellasset: quasi hoc ipso cum liberi hominis nomine libertatem quoque ei dedisse intelligatur. Nec malè pereruditus & subtilis I. C. Hermannus Vulteius in suis ad Institutiones commentariis & ad supradictum Iustiniani locum hanc coniecturam ex ipsis Pauli verbis refellit, quæ expressim habent huic seruo libertatem verbis testamenti datam non fuisse. Nec subtilius est quod idẽ Cuiacius in secundis cogitationibus quæ & subtiliores & prudentiores esse debuerant, docuit, *lib. 18. obser. cap. 5.* seruum tutorem à domino suo datum electionem habere vtrum directam libertatem sibi vindicare velit an fideicommissariam petere. Nam si directa competit, quomodo fieri obsecro potest vt fideicommissaria debeatur? Implicat hoc manifestam contradictionem vt plu ribus tractauimus *lib. 6. Coniect. cap. 16.* vnde & alia pleraque peti possunt ad hunc tractatum pertinentia. Addemus tamen quantum necesse erit vt Vulteio qui non minùs nostram quàm Cuiacij coniecturam improbat, satisfaciamus. Non enim potest ille probare quod nos primi docuimus *dict. cap. 16. in l. etsi non adscripta 9. C. de fideic. libert.* tollenda esse ea verba *per fideicommissum* quæ sola quæstionem hanc inuexerunt, & imperito alicui glossographo adscribenda. Mouetur autem ex eo primùm, quod non nisi per diuinationem vanámq; coniecturam videatur dici posse quod nos volumus, Imperatores in ea lege non minùs quàm Iustinianum directam libertatem dedisse seruo proprio tutori scripto. At nos idipsum probamus ex ipsis verbis Imperatorum in eadem lege. Sic enim scribunt *receptum est tamen & libertatis & pupillorum fauore vt manumisisse eum videatur.* Quibus enim verbis apertioribus poterant exprimere de libertate directa se sentire non de fideicommissaria? An enim manumittere testator ipse dicitur, qui non dat nisi fideicommissariam libertatem? An non heres ipse est qui hoc casu manumittit, quamuis ita faciat ex iussu & præcepto testatoris? *l. qui ex causa 29. D. de bon. libert.* At inquies, non ita simpliciter Imperatores rescripserunt, testatorem hoc casu seruum manumisisse videri, sed additis iis verbis *per fideicommissum* quæ nos tollimus. Et ob id nimirum inquam nos ea tollimus, quia implicat contradictionem vt testator & manumisisse videatur, & per fideicommissum. Qui enim à testatore ipso manumissus est, is neque indiget vt ab herede manumittatur, nec, etiamsi velit ab eo beneficium hoc consequi, tamen id fieri potest, non magis quàm vt is qui iam liber est, magis liber fiat. Etsi namque is cui testator directã libertatẽ dat, non vsque adeò ab ipso testatore manumittitur vt statim & viuo adhuc testatore libertatem consequatur, at nec vt eo mortuo priusquàm adita sit hereditas ab herede. Tamen ex ipso instanti aditæ hereditatis id est ex quo heres

Dies libertatis etiam directa non cedit nisi ab adita hereditate.

l. etsi non adscripta 9. C. de fideic. libert.

l. qui ex causa 29. D. de bon. libert. Emendatio d. l. etsi non adscripta.

inſtitutus ſit heres quod contingit per aditionem ſeruus hic ſit liber ac proinde talis qui ab ipſo herede manumitti amplius numquam poteſt. Non enim manumittere poſſet niſi factus iam heres ne alioqui manumiſſio à non domino facta videretur. Tam citò autem ſeruus cui directa libertas data eſt ſit liber, quàm ille heres. Quid verò interpretem fefellerit vt adderet ea verba *per fideicommiſſum*, explicauimus & coniecimus non inſubtiliter ex eo quod in ſecunda legis parte ſcriptum eſt *æquè fideicommiſſariam libertatem datam*. Putauit enim malus interpres eum legis ſenſum eſſe vt vtróque caſu ſiue proprium, ſiue alienum ſeruum quis tutorem ſcripſerit æquè libertas fideicommiſſaria data eſſe videatur, Cùm tamen id duntaxat Impp. ſibi velint, vt vtroque caſu ex datione tutelæ perinde inferatur datio libertatis ſed cum hac tamen differentia quod in ſeruo proprio libertas directa eſt, in alieno fideicommiſſaria. Perinde acſi ſcriptum eſſet, quod proculdubio fuiſſet aptius & apertius, ſi non ſuum proprium ſed alienum ſeruum quis condicionem eius ſciens tutorem adſcripſerit æquè libertatem ei datam, ſed tamen non niſi fideicommiſſariam.

d. l. ſi hereditas §. vlt. D. de teſta. tutel.

Eodem prorſus ſenſu quo Vlp. in *d. l. ſi hereditas §. vlt.* ſcribit nihil referre an proprio ſeruo an alieno tutelam quis dederit, nimirum quod ad hoc vt libertatem quoque ipſi datam interpretemur, ſed non vt eiuſdem generis libertatem. Vno enim caſu directa eſt, altero fideicommiſſaria. Quod verò præterea Vulteius obiicit ſententiam noſtram à ſententia Imperatorum alienam eſſe ex eo, quod ſecundum nos directa libertas ea ſit, quæ competit ipſo iure, Imperatores verò ſcribant receptum eſſe fauore libertatis & pupillorum vt etiã qui proprium ſeruum tutorem liberis ſuis dedit eum manumiſiſſe videatur: facillimè dilui poteſt, Etſi video hanc vnam rationem eſſe quæ doctiſſimum virum mouit, &, ni fallor, fefellit. Ita enim locuti ſunt Impp. & loqui debuerunt vt ſignificarent ius hoc non ex mera iuris ratione proficiſci, quæ potiùs ſuadebat, vt tutela quæ data eſſet ſine libertate nullius eſſet momenti, ſicut & facta

d. l. pen. C. de neceſſ. hered. inſtit.

inſtitutio ſerui proprij ſine libertate, *d. l. penult. C. de neceſſ. hered. inſtit.* ſed prudentum autoritate receptum eſſe fauore libertatis & pupillorum. Libertatis verò non vti ne prorſus impediretur, vt vult ille (quid enim attinet tractare de impedienda vel non impedienda libertate quæ nullomodo fuerit adſcripta?) ſed vt cõpeteret, perinde acſi tutor eſſe iuſſus, liber quoque iuſſus eſſe fuiſſet. Pupillorum autem, non vt amiſſo iure dominij retineant ſaltem ius patronatus, vt idem ille ſibi fingit ad commutandam directam libertatem in fideicommiſſariam, ſed vt teſtamentarium tutorem habeant quem pater eis dederit, & elegerit potiùs quàm legitimum, vel datiuum. Idque Iuſtinianus ipſe nõ obſcurè innuit in *d. l. pen.* cùm ait patrem ex ipſa tutelæ datione præſumi etiam libertatem ei fauore pupillorum impoſuiſſe: vt intelligamus fauorem pupillorum in eo eſſe, non vt fideicommiſſaria libertas data videatur potiùs quàm directa, ſed vt libertas quæ teſtamenti verbis omiſſa fuit pro adſcripta habeatur, quam tamen ſi cum tutela eſſet adſcripta, nemo directam eſſe negaret, nec enim credibile eſt patrem qui directis verbis tutelam adſcripſit, quique iiſdem directis verbis vti potuit ad dandam libertatem, precariis in eam rem vſurum fuiſſe. Cæterum quamuis & libertatis & pupillorum fauor ius hoc ab ipſa iuriſprudentia pene inuita extorſerit, non eo tamen minùs verum eſt libertatem hanc ipſo iure competere & conſequenter directã. Hoc enim ipſum eſt quod & libertatis & pupillorum fauor extorſit vt libertas hæc competat ipſo iure.

Sicut

Sicut & hodie fatentur omnes post supradictam Iustiniani constitutionem in *d. l. pen.* directâ libertatem cõpetere & ipso iure seruo heredi scripto etiã sine libertate, nec tamen quisquam dixerit fieri hoc ex ratione iuris, cùm ante Iustinianum nemo ex prudentibus id vnquã admiserit, & Iustinianus apertè profiteatur ita se constituere fauore libertatis, Sanè quod Vulteius concludit veteres illos prudentes in hac quæstione dissensisse nullomodo probabile est, vt ex supradictis locis cõstat præsertim ex postremis verbis *d. l. si*, non adscripta *prudentibus placuit* Sed illud multominùs, quod idem addit Iustinianum in *d. §. 1. De testam. tutel.* non tam affirmare, quàm tentare vt directa detur, quod ei sententia ista magis arrideret, ideóque referre eam voluisse in Institutionum libros, in quibus inquit summæ tantùm regulæ iuris ponuntur, sed reipsa tamẽ secutum esse contrariam sententiam Impp. Quasi verò quod scriptum est in *d. §.* id ipsum ab eodem Iustiniano scriptum etiam non sit in *d. l. pen. C. de necess. hered. instit.* ad quem locum miror Vulteium non aduertisse: præsertim cùm scripta nostra refelleret in quibus notauit ea lex prætermissa. Atqui, inquit, non dicit Iustinianus seruum proprium tutorem scriptum directã libertatẽ accepisse, sed tantùm accepisse videri, Nimirum quia verum est non fuisse adscriptam libertatem, sed tantùm per interpretationem iuris & voluntatis haberi pro adscripta. Sed non erit bona consecutio si ex eo inferas intelligi ad scriptam per fideicommissum, cùm inducatur ex interpretatione verborum directorum quibus tutela data fuerit, cúmque nec fieri possit vt pupillus præstet fideicommissariam libertatem, propter impedimentum scilicet legis Aeliæ Sentiæ, vt & Vulteius fatetur. Verùm de his iam satis. Quamquam non potuimus breuiùs, ne coniecturam nostram in re nondum à quoquam bene explicata vltrò & sine ratione improbari pateremur, Illud tantùm addendum est quod superioribus sit consequens, si quis tutorem dederit filio suo seruũ quẽ putabat liberum esse, eum seruum neq; tutorem, neque liberum fore *l. si quis tutorem 22. De test. tutel.* Cessat enim hoc casu ratio illa voluntatis ex qua fieri diximus, vt qui tutelam seruo adscripsit, eidem libertatem quoque adscripsisse præsumatur.

§. 1 infr. De test. tutel.

L. si quis tutorem 22. D. eod. tit. De testa. tutel.

ILLATIO XLIII.

De tutore incerto.

QVadragesimotertiò ex eodem Principio infertur tutorem incertum dari non posse. *l. tutor incertus 20. eod. tit. De test. tutel.* Quomodo enim potest videri certum iudicium patris & prudens, in re tanti momenti, quanti & potestatis suæ vicarium constituere, & homini priuato vim & potestatem dare in caput liberum ciuis romani, si tutorem incertum dederit pater? Sed & in cæteris omnibus quæ ad causam testamentorum & vltimarum voluntatũ pertinent, certum debet esse iudicium & consilium testantis, vel ob hoc ipsum quod quisquis testatur facit legem, ita permittente lege duodecim tabularum, Legem autem aliquam sine certo iudicio & consilio fieri nunquam oportet. Indéque erat olim quod in personam incertam neque institutio heredis neq; legatum conferri poterat *§. incertis 24. infr. de legat.* & apud Vlp. in instit. Sed nec sufficit certum fuisse iudicium testantis, si quale illud fuerit omnino nesciatur, vel sit incertum. Vt puta si cùm duo essent Titij pater, & filius testator dederit Titium tutorem. Quamuis enim testator ipse non ignorauerit de quo

L. tutor incertus 20. eod. tit.

§. incertis inf. de legat.

Digitized by Google

ſenſerit, ſi tamen id non appareat neuter erit tutor, non quia ius deficiat, quo-modo deficeret ſi tutorem incertum pater dediſſet, puta Eum qui primus Capitolium aſcenderet, vel, qui anno ſequenti Conſul factus eſſet, ſed quia deficit probatio, nec certò ſciri poteſt quænam ſit certa illa perſona de qua ſenſit teſtator. *l. duo ſunt Titij* 50. *De teſtam. tutel.* Idémque eſt ſi quis heredem ita inſtituerit, vt non appareat quis inſtitutus ſit. Inſtitutio enim non valet, vtputa ſi teſtator complures amicos eodem nomine habens ad deſignationem hominis ſingulari nomine vtatur *l. in tempus* 62. §. 1. *D. de hered. inſtit.* vbi lego *hominis* non *nominis*. Exceptio tamen ſubiicienda eſt quæ ibidem ponitur, Niſi ex aliis apertiſſimis probationibus fuerit reuelatũ pro qua perſona teſtator ſenſerit. Hæc enim ſunt legis verba, quamuis tam parum elegantia, vt quod alio loco monuimus, Tribonianum magis quàm Modeſtinum ſapere videantur. Diuerſus tractatus eſt apud Africanum in *l. tutor ita* 23. *eod. tit. De teſtam. tutel.* de tutore ita dato *ſi illi aut illi filijs meis viri eorum volet Titius tutor eſto*, quam tutoris dandi formam valere negat ibi Africanus, Ratione illa quod ſi conſtituere Titius nolit vtri ex filiis tutor eſſe velit, futurum ſit vt non poſſit dici cui tutor datus fuerit. Quamuis ſubiiciat ita rectè tutorem dari *Titius ſi volet*, nempe quia hoc poſteriore caſu etiamſi Titius voluntatem ſuam non declaret, ideoque nec tutor ſit quaſi ſub ea condicione datus, certum tamen eſt & quem & cui pater tutorem dederit. Itaque nullum in ea re vicium eſt patris, aut dationis tutelæ. Sed ſuperiore caſu nolente Titio conſtituere vtri tutor eſſe velit, non ſolùm deficit condicio tutelæ, quæ res ſola non faceret vt ab initio male ac perperam tutela data videretur, ſed etiam dici non poteſt cui pater tutorem dederit. Ergo nèc poteſt datio valere, quia licèt poſſit in tutoris dati poteſtate eſſe an tutor eſſe velit, in eius tamen arbitrio illud ipſum eſſe non debet, an datus ſit. An quòd ea voluntas patris tutorem dantis captatoria ſit, vtpote quæ conferatur in ſecretum alienæ voluntatis? *l. captatorias* 70. *D. de hered. inſtit.* Ita vulgo putant ſed malè vt ſcribemus in Chiliade *De error. pragm.* At quia non minùs tutelis quàm cæteris vltimis voluntatibus omnibus commune illud eſt vt earum iura, præſertim verò teſtamentorum ipſa per ſe firma eſſe oporteat, non ex alieno arbitrio, pendère *l. illa inſtitutio* 32. *in princip. eod. tit. de hered. inſtit.*

l. duo ſunt Titij 50 *D. de teſt. tut.* *l. in tempus* 62. §. 1. *D. de hered. inſtit.* *Tribonianiſmus.* *l. tutor ita* 23. *eod. tit. De teſtam. tutel.* *l. illa inſtitutio* 32. *D. de hered. inſtit.*

ILLATIO XLIV.

De *prætore vel Conſule tutore dato.*

QVadrageſimoquartò ex eodem Principio infertur teſtamento quemlibet tutorem dari poſſe ſiue is prætor ſiue conſul ſit, quia lex 12. tab. id cõfirmat *d. l. tutor incertus* 20. §. 1. *De teſtam. tutel.* Cùm enim per tutelæ dationem nihil aliud agatur, niſi vt patris vice ſit qui tutor fiet, apparet non magis in ea re magiſtratum obeſſe quàm vt qui prætor vel conſul eſt ſit etiam pater, cùm vel ob hoc ipſum quod magiſtratus eſt tantò plus autoritatis habiturus ſit ad pupillum tuendum. Adde quòd nec minùs tutela publici iuris eſt, quàm ſint ipſi magiſtratus cùm & ex legibus ſit, & ad publicam autoritatem comparata.

d. l. tutor incertus 20. §. 1. *de teſt. tut.*

ILLA-

ILLATIO XLV.

De tutore non alio dando quàm cum quo testamenti factio est.

QVadragesimoquintò ex eodem Principio fit, vt testamento tutores ii demùm dari possint cum quibus testamenti factio est *l. testamento 21. eod. tit.* Illa namque vis & potestas in caput liberum quæ per tutelam confertur non ab homine priuato dari potest, sed à iure ciuili duntaxat vt Principium nostrũ habet. Ius autem ciuile non aliter patitur dari eam à priuato quàm si testamento detur, quoniam sola testamenta legis 12. tab. potestate vim legis obtinent. Consequens igitur est vt inter cætera testamenti factionem passiuam habere debeat, quisquis testamento tutor datur. Nec aliud est in legitimis tutoribus & datiuis, cùm hi quoque non tantùm in subsidium, sed etiam ad exemplum testamentariorum dentur, lege scilicet ac magistratu boni patris vicem & officium exequente supplendo defuncti nomine quod ille facere debuit, nec tamen facere amplius possit. Itaque non poterit à lege vel à magistratu dari tutor is qui à patre non potuisset.

L. testamento 21. eod. tit.

ILLATIO XLVI.

De pupillo plures habente tutores quorum alicui litigandum sit cum pupillo.

QVadragesimosextò ex eodem Principio fit, vt si plures sint tutores & cũ aliquo ex iis litem à pupillo institui vel suscipi ut necesse, superuacuum futurum sit posci à prætore curatorem in litem, quandoquidem altero etiam autore cum altero agi potest *l. si plures 24. eod. tit. de testam. tutel.* Tutela enim sicut iuris ita & individua est, vt suprà diximus, quamuis tutelæ administratio quæ non iuris sed iurisdictionis est diuidi possit *l. inter tutores 36. D. de admin. tutor.* Tantúmque prodest autoritas vnius tutoris ad litem pupilli nomine tractandam, quantum omnium simul, dummodo habeat ille administrationem tutelæ *l. 4. D. de autor. & consens. tutor. l. si tutor 9. §. & generaliter D. de tutel. & ration. distr. l. 1. C. de in lit. dand tutor. vel curat.* Atqui nihil frustrà prætor facere debet sicut nec quicquam frustrà lex facit, cuius ille viua vox & minister est, quemadmodum & lex ministra est naturæ, natura etiam Dei, cuius illud primum est, vt nihil vnquam frustra faciat, vel Aristotele ipso teste.

l. si plures 24. eod. tit.

l. inter tutores 36. D. de admin. tut.

L. 4. D. de autor. tutor. l. si tutor 9. §. & generaliter De tutel. & rat. distr. l. 1. C. de in lit. dand. tutor.

ILLATIO XLVII.

De vno tutore duobus pupillis dato.

QVadragesimoseptimò ex eodem Principio fit, quod Modestinus scribit in *l. duobus 25. eod. tit. De testam. tutel.* duobus pupillis tutorem datum etiamsi alterius tutela se excusare possit, alterius tamen tutorem manere, cùm sint res separatæ, id est tutelæ diuersæ. Nam si tutela nihil aliud est quàm vis & potestas in capite libero, consequens necessariò est vt vbi plura sunt capita pupillorum, non etiam si plura sint capita tutorum, plures sint tutelæ. Et ideo actio ad aliam inferri non potest nisi propterea eandem excusandi tutoris rationem ad vtramque tutelam pertinere. Tunc enim connexa ratio

l. duobus 25. D. de testam. tutel.

Digitized by Google

excusationis faceret vt vna species tutelæ alteri cohærere videretur, quæ res separationem impediret *arg.l.etiamsi* 29.§.1.D.*de minor.*

ILLATIO XLVIII.

De tutela per testamentum patris mandata matri & à magistratu confirmata.

QVadragesimooctauò ex eodem Principio fit vt si communium liberorũ tutelam quam testamento suo pater matri contra iuris rationem inutiliter mandauerat, præses prouinciæ imperitia lapsus confirmauerit, patrisque voluntatem sequendam esse decreuerit, non eo magis valitura sit illa siue datio, siue confirmatio tutelæ, nec eius præsidis successor decessoris sui sententiã sequi debeat quam leges nostræ non admittunt *l.iure nostro 26.eod.tit.D.de test. tutel.* Neque enim fieri potest vt quis hanc vim & potestatem in caput liberũ habeat nisi cui ius ciuile eam dederit, Ius autem ciuile non magis patitur vt matri, quàm vt alii vlli fœminæ potestas ea detur, quæ patriæ & consequenter virilis potestatis imago & portio quædam est. Nec magistratus autoritas contra leges præstita vllius momenti & ponderis esse debet in ea re quæ tota ex legibus pendet. Planè quin aliud hodie in proposita specie respondendum sit, nemo dubitat, postquam placuit Imperatoribus vt matres non solùm à patribus tutores dari possint, sed etiam à magistratibus *l.2.& vlt.C.quand. mul.tut. offic.fung.pot. de quo diximus illat.23.supr.*

l.iure nostro 26.eod.tit.

L.2.& vlt. C.quand. mul.tutel. offic fung. pot.

ILLATIO XLIX.

De *tutore honorario.*

QVadragesimononò ex eodem Principio fit, vt si quis ita tutor datus fuerit, siue à patre, siue à magistratu (à lege enim talis nullus datur) vt tamen bonorum administrationem non habeat, is non satis verè propriè & absolutè tutor dici possit, sed cum ea adiectione vt honorarius appelletur. Adeò vt nõ defuerint etiam olim qui dicerent ad istos periculum tutelæ non pertinere. Cur enim tutores dicantur vel esse videantur ij qui administrare res pupilli non possunt, nec consequenter pupillum tueri? Præsertim verò si addus interdictam iis administrationem. Nam & hoc interdum fit *l.quod si forte* 14.§.1.D. *de solut.* Sed tamen placuit ad honorarios quoque non minus quàm ad cæteros tutelæ periculum pertinere, Vt nimirum conueniri possint excussis prius facultatibus eorum qui gesserunt. Dantur enim honorarij quasi obseruatores & custodes actus eius tutoris qui tutelam gerit, imputabitúrque eis quandoque cur si eum malè versari videbant, quamprimùm suspectum non fecerint *l.3.§.ceteri* D.*de admin.& peric.tutor.* vbi additur assiduè igitur & rationem ab eo exigere illos oportere, quod tamen de facti ratione intelligi debet, id est cur ita vel ita faciat, non de ratione tutelæ. Absurdum enim esset tutorem honorarium qui nihil gerere ipse possit, rationem tutelæ à contutoribus suis exigere si non ei testator mandauerit: quo tamen casu vix est vt hic cui testator hoc mandauit, honorarius tutor dici possit si Papiniano credimus in *d.l.iure nostro* 26.§.*honoris causa D.de test.tut.* Plus quã honorẽ enim à testatore habuit is qui hãc quoq; curã & hoc onus exigendarũ rationum à testatore ipso accepit. Nã nec aliã ob causam honorarij appellantur, quàm quòd honore habeãt nõ onus.

l. quòd si forte 14.§.1.D. de solut.

l.3.§. ceteri D. de adm. tutor.

l.iure nõstro 26 § honoris causa D. de test. tut.

Honor

Honor est habere vim & potestatem in caput liberum, sed onus tutelam administrare. Et ideò non est dubitandum quin tutores honorarii verè tutores sint hoc ipso quod honorarij sunt, nec consequenter mirandum, quod diximus, ad eos cùm verè tutores sint, tutelæ periculum pertinere.

ILLATIO L.

De confirmando tutore dato in testamento quod inofficiosum esse dicitur.

QVinquagesimò ex eodem Principio fit, vt quãuis testamẽtũ patris in quo tutorẽ dedit filio, siue exheredato, siue ex minore quàm legitima portione instituto, inofficiosum esse dicatur per querelã, quã proponere filius in eã rẽ velit, cũ ipsum tutorem confirmare prętor debeat quẽ pater dedit. Quãdiu enim testamentũ rescissum nõ est, sicut pro ipso pręsumi etiam in dubio oportet *l. si pars* 10. D. *de inoff. testa.* ita nihil causæ est cur à patris iũdicio recedi debeat, cùrve in liberũ caput filij danda sit vis & potestas per prætorẽ alij, quàm cui pater ipse dedit *d. l. iure nostro* 26. §. *vl. De test. tute.* Quid ergo si postea testamentũ illud patris inofficiosum pronunciabitur? Vtiq; nõ magis poterit valere tutela quàm aliud quicquã ex iis quę in eo testamẽto relicta fuerint, quia cùm defuncti iũdicia per querelam rescindãtur, tanquã hominis demẽtis & insani, nihil ex eo deberi potest, ne quidẽ ex iis, quæ alioquin relinqui possent ab intestato *l. 2. l. Titia* 13. *in fin.* De *inoff. testam.* Multò minùs ea quæ non nisi in testamento iusto & sollenni relinqui possunt cuiusmodi sunt tutelæ. Itaque euẽtus rei iudicatæ declarabit vtrum ex testamẽto patris an ex decreto prętoris tutor hic autoritatẽ acceperit, vt ait Pap. in *d. §. vlt.* Nã si iudicabitur pro testamẽto, ex eo testamẽto quoq; tutor fuisse videbitur, si verò pro filio apparebit ex prętoris tãtùm decreto tutorẽ fuisse qui ex testamẽto esse nõ potuit. Nec omnino dissimile est quod idẽ Pap. respõdit in *l. dominus* 57. *de vsufr.* circa vsumfructũ legati iure prælitũ per acquisitionem proprietatis ex eo testamento quod tandẽ inofficiosum esse apparuit. Sequitur ex Tryphonino in *l. idem fiet* 27. *De test. tut.* idẽ fore si intestatũ decessisse patrẽ pupilli nomine defendatur falsúmve testamentũ eiusdem pupilli nomine dicatur, id est tutorem qui pupillo in eã rem dandus est, non aliũ quęrendũ esse, quàm qui à patre datus est eo ipso testamẽto: etiãsi patruus extet, qui legitimus heres futurus sit ab intestato. Nec enim tutorem habenti tutor dari potest: Hic verò pupillus iã habet tutorem cum scilicet quem pater dedit quandiu pronunciatum non est falsum esse testamẽtum, aut patrem alia ratione intestatum decessisse. Quæ ratio cùm sit iuris, nõ video quid necesse fuerit, aut cõueniẽs addere clausulã illã quę sequitur, *nã cõmodius ipse qui scriptura continetur à prætore dabitur, vt sine vllo litis prætudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat.* Quasi verò nõ sit hic tutor nisi ad eã litẽ, at ea finita definat esse tutor, ac nõ potiùs semper maneat tutor, sed cũ hac tãtùm distinctione, vt si pro testamẽto iudicabitur sit tutor testamẽtarius, si verò contra testamentum sit datiuus, Quo casu euenturum est, vt cõtra iuris regulam tutor datiuus legitimo præferatur. Proinde ausim dicere totam illam clausulam Triboniani esse potiùs quàm Tryphonini, cuius elegãtiã sanè parũ sapit. At finge testamẽtariũ tutorẽ nullũ esse, patruum verò quem sibi tutorem legitimum esse pupillus contendebat criminari subiectum esse filiũ, atque ita legitimã defuncti hereditatẽ ad se pertinere. Alius tutor petẽdus erit quàm patruus, qui alioquin tãquã legitimus pupilli heres futurus, legitimus quoq; tutor

l. si pars 10. D. *de inoff. testam.*

d. l. iure nostro 26. §. *vl. de test. tute.*

l. 2. l. Titia 13. *in fin.* D. *de inoff. test.*

l. dominus 57. D. *de vsufr.*

l. idem fiet 27 D. *de testam. tutel.*

Tribonianus apud Tryphoninum.

Digitized by Google

ei esset, Non enim potest pupillum defendere qui vult patris hereditatem ei auferre, nec vnquam ferendum est, vt tutor, siue pro se, siue cõtra se autoritatẽ pupillo præstare possit. Idque est meo iudicio quod sequitur in *d.l.idem fiet.*

L. si pater 51. eod.tit. Huc etiam referri debet, quod scriptum est in *l.si pater* 31. *eod.tit.* Si exheredatæ filiæ tutores pater dederit, & testamentum eius ruptum dicatur nato posthumo, eosdem tamen tutores pupillæ dari ad petẽdã intestati hereditatẽ. Etsi enim ex testamento quod ruptum fuit tutela salua esse nõ potest, nõ ideo tamẽ negligenda est voluntas patris quatenus filiæ suę bene prospexit, præsertim cum testamentum quod rumpitur agnatione posthumi præteriti non tam rumpatur defectu voluntatis quomodo rumpitur testamentum quod dicitur inofficiosum, quàm defectu sollennitatis.

ILLATIO LI.

De honore tutelæ.

QVinquagesimoprimò ex hoc eodẽ Principio fit, vt qui tutor à testatore electus est sũmo honore affectus videri debeat, vtpote qui ea ratione substitutus sit velut vicarius in magnũ illud ius patrię potestatis quod viuus pater habuit, atq; ita nactus vim & potestatẽ in caput liberũ ciuis romani, qua re nihil maius & honorificẽtius in ciuitate romana dici potest. Vnde & honorarios tutores appellatos esse suprà diximus illat. 49. tãquã qui honoris tãtùm nõ etiã oneris gratia nominati fuerint. Indéq; est, quod si legato quoq; prætereà honoratus quis proponatur, nã & legatũ honor est, & tutelã sibi testamento mãdatã excusationis iure suscipere noluerit, à legatis quoq; omnibus, quæ ei relicta fuerint summouẽdus est, ne scilicet minorẽ honorẽ retineat, qui maiorem sibi delatũ aspernatus est *arg.l.cui pacto* 5. *De seru.expor.l.* 4. D. *de senato.* Quinetiã si qua legata eius filiis relicta sunt, ab iis quoq; summoueri debet, si modò ea legata filij non adfectione propria, sed in honorẽ patris meruerunt, vt Pap.

l. qui tutelã 28. D. de testam. tutel. respondit in *l.qui tutelã* 28. *de test.tutel.* Perpetuũ enim est, vt legatũ etiam alij relictum ei datum videatur cuius contemplatione relictum fuit *l si seruũ* 21. *& seq.* D. *de vsufr.l sed si plures* 10. *§.in adrogato in fin. D. de vulg. & pupill substit. l.fideicommissa* 11. *§.plerumque & §.interdum de legat.*3. *l.filiofamilias* 42. *De condic. & demonstr. l.facta* 63. *§.si heres ante* D. *ad SC. Trebell.*

ILLATIO LII.

De tutore dato eo qui nonnisi verbis fideicommissi manumissus sit.

d. qui tutelam 28. §.1. QVinquagesimosecundò ex eodem Principio fit, quod sequitur apud Papin. in *d.l.qui tutelam* 28. *§.*1. eum qui non nisi verbis fideicõmissi manumissus sit non iure tutorem testamento dari. Nempe quia seruus manet, quousq; libertatem consecutus fuerit per manumissionem. Quandiu autem seruus est, hanc vim & potestatem in caput liberum quam tutelam appellamus habere non potest. Cùm igitur tutela testamento data nõ ab herede proficiscatur, sed protinus, id est immediatè à testatore *Iautores* 7. *eod.tit.* in proposito autẽ casu libertas præstanda sit ab herede, apparet tutelam iure datam videri non posse tanquam quę data fuerit si non prorsus sine libertate saltem ante libertatem. Sed tamen nõ faciet ea res quin saltẽ post libertatẽ ab herede reddirã vocetur hic ad tutelam ex voluntate testatoris, Cõfirmandus scilicet per prætorem, vt

& alij

& alij omnes qui minùs ritè rectéve testamento tutores dati proponuntur.

ILLATIO LIII.

De *tutore per patronum dato impuberi liberto.*

QVinquagesimotertiò ex eodem Principio fit vt impuberi liberto tutorem dare patronus non possit *d.l.qui tutelam §.vlt.* Quomodo enim alij mandare posset vim hanc & potestatem in caput liberum quam ipse numquam habuisse? At libertus reuera liber est & extra patroni potestatẽ, quamuis obsequium debeat patrono & reuerentiam. Tutorem ergo ei dare nõ potest. Sed tamen is quem dederit, confirmandus erit à prętore si fides inquisitionis cõgruat, vt Papin. loquitur, id est si facta inquisitione appareat nihil esse causę cur à patroni volũtate recedi oporteat. Inquisitio enim hoc casu necessaria est sicut & si à matre tutor datus esset, Nec omnimodo cogitur prętor sequi iudicium patroni, prætereaquàm eo casu quo patruus heredem instituerit libertum impuberem qui alia bona nulla habeat, quàm quæ habuit à patrono, vt suprà diximus illat. 30. ex *l.si patronus* 4. D. *de confirm. tutor.*

d.l.qui tutelam §.vlt.

l.si patronus 4.D.de confirm.tutor.

ILLATIO LIV.

De *eo qui seipsum in alterius testamento tutorem scripsit.*

QVinquagesimoquartò ex eodem Principio fit, vt qui seipsum in alterius testamẽto tutorem pupillo scripsit hoc ipso suspectus videatur neque ex eo testamento tutor esse possit, Obstante scilicet sententia senatusconsulti Liboniani quamuis verba senatusconsulti non nisi de legatis & libertatibus locuta esse videantur *l.ex sententia* 29. *D.de testam tutel.* iunct. *l. si quis legatum* 6. *l. Diuus Claudius* D. *ad leg. Cornel. de falsi.* Nec enim cuiquam permittendum fuit, vt talem tantámquam potestatem in caput liberum ciuis romani sibi adrogaret quãta est tutoris in pupillum, quam nec adfectare licet sine suspicione perfidiæ & improbitatis *l.vxori* 18. *§.1. eod.tit. De falsi.* Vbi tamen additur hunc ipsum de quo agimus qui se tutorem scripsit si idoneus esse adprobetur ex decreto tutorem dandum esse, adeò vt neque ipsius excusatio admittenda sit, si quam alioquin habeat iure publico quia testatoris voluntati consensisse, eique promisisse videatur. Quod & Papin. scribit in *d.l.ex sententia*, Vbi hoc amplius dicit Papinianus, Si patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, non solùm dandum fore hunc tutorẽ si alius tutor nõ esset, sed etiãsi alij tutores essent dandum curatorem, nec remoueri debere tãquam suspectũ. In quo obseruandum est temperamentum illud quod lex adhibet, ne vel senatusconsulti Liboniani autoritas, vel testatoris voluntas offendatur. Cùm enim ex sententia senatusconsulti tutor hic ex testamento esse prohibeatur, fieri nequit salua senatusconsulti autoritate, vt tutor sit testamentarius, aut vt tanquã talis à prętore confirmetur, Nec rursus, vt ex prætoris decreto tutor detur, vt in *d.l. vxori* 18. *§.1. De falsi.* cùm alij sũt tutores testamẽtarij, quia testamẽtaria tutela & legitimã excludit & multò magis datiuã: Illud igitur vnũ superest, vt à prætore curator dari debeat, & tutoribus adiici ne alioqui voluntas testatoris negligatur, cuius præcipua ratio habẽda est, cùm in cęteris omnibus, quę ad causã vltimarũ voluntatum pertinent, tùm maximè cùm agitur de tutela. Itaque si apud

l.ex sententia 29.D.de testa. tutel. l.si quis legatum 6.l. Diuus Claudius D. ad leg. Corn. de falsi. l. vxori 18. §.1. eod. tit. d. l. ex sententia.

d.l.vxori 18. §.1. D. de falsi.

Papinianum testator manu propria voluntatem suam non declarasset, nque tutor ex decreto prętoris dandus esset aliis tutoribus testamentariis existentibus, neque curator adiiciendus, quia nec voluntatis, nec necessitatis ratio eam sententiam vrgeret.

ILLATIO LV.

De tutoribus qui propter rerum notitiam dantur.

QVinquagesimoquintò ex eodem Principio fit vt tutor æstimandus sit nō tam ex iure & facultate administrādi res pupillares quàm ex vi illa & potestate iure ciuili data in caput liberum pupilli, ad eum tuendum qui propter ætatē seipsum tueri non potest. Cui enim conuenit definitio eidē, vt philosophi dicunt etiam definitum conuenire necesse est. Itaque illos etiā tutores, qui propter rerum notiā dantur, id est non tam vt ipsi tutelam administrēt, quàm vt contutores administrantes instruant, certum est verè tutores esse, ideóq; & eis solui posse & administrationis periculum nō minùs ad eos, quàm ad alios, qui administrant pertinere *d.l.quæro* 32.§.1.D.*de testam.tutel.l. quòd si forte* 14. §.1.*& §.ei qui notitiæ* D.*de solut.* Siue ea quæ sciunt, aut scire debent ex vtilitate pupillorum dissimulauerint, siue fraudem aliquā adhibuerint, vel cum aliis participauerint, aut cùm suspectos facere deberent, vel in officio muneris, vel in debito obsequio cessauerint; quomodo loquitur *l.1.C.de peric.tutor.*

l. quæro 32. §.1. *D. de testam. tutel. l. quòd si forte* 14. §.1. *& §. ei qui notitiæ* D. *de solut.*

l.1.C.de peric.tutor.

ILLATIO LVI.

De ponderandis verbis quibus testator vsus est in dando tutore.

QVinquagesimosextò ex eodem Principio infertur, cùm de hac vi & potestate alicui ex testatoris voluntate danda queritur diligenter animaduertēdū esse quibus verbis pater tutorē dederit, ne tātā vim, & potestatē ei demus cui neque testator, neque lex dare voluerit, néve contra voluntatem fiat quod proficiscitur ex volūtate, Exēpli gratia, si pater tutores ita dederit *Luciū Titiū tutorem do si is non viuit, tum Caium Plautium tutorem do.* Titius verò vixerit, & tutelā gesserit, deinde mortuus sit, dicendū est, cum Trebatio & Iauoleno tutelā ad Plautium non pertinere, quia illa verba *si is non viuit* ad pręsens tēpus nō quidē testamēti, sed mortis referūtur, quo scilicet tēpore inspici oportet, an viuat qui à testatore tutor datus fuit, vt tutor esse possit quāuis Labeo & Proculus ea verba tāquā tractū aliquē tēporis habentia ad id quoq; tēpus extendi posse putarēt quo Titius post gestā à se tutelā decessisset, vt Iauolenus refert in *l.pen.* D.*de test.tutel.* Quorū sententia non improbabilis mihi videretur nisi articulus ille *tum* iunctus cum verbo pręsentis temporis præcisum instās demonstraret *l.4.§.vlt.*D.*de cond.& demonst.* Rursus è cōtrario aliquādo accidit, vt ex testamēti verbis appareat aliquos tutores datos esse, nec tamē ij tutores esse possint repugnāte ipsa testatoris volūtate, vt puta si quis cū testamēto tutores dedisset, postea codicillis eodē testamēto cōfirmatis alios tutores dederit, idq; se ideò facere significauerit, quoniā testamēto datos aut defunctos esse, aut excusationē habere posse cōperisset. Nihilominùs, n. tutores remanebunt qui ex prioribus viuēt, nec erūt excusati, quia ex ipsis testamētariorū codicillorū verbis apparet eos retinuisse defūcti volūtatē *l.vlt.eo.ti.De test.tute.* Ergo alij in codicillis dati nō erūt tutores, tāquā qui nō habeāt pro se volūtatē. Etsi enim nihil vetat & in testamēto & in codicillis tutores dari, eodémq; instāti mortis testatoris tutelas omnes cōfirmari, nisi priorū reuocādorū animo posteriores scriptos fuisse appareat *l.2.C.eo.* In proposito tamē id dici nō potest cùm ex ea ratione, quę tostato-

l.pen. D. *de testam. tutel.*

l.4.§.vl.De cond. & demonst.

l.vlt. D.*de testa. tutel.*

l.2.C.eod.

ſtatorẽ mouit, vt poſteriores in codicillis tutores daret, appareat noluiſſe illũ eos concurrere cũ iis qui teſtamento dati eſſent. Nec valde diſſimile eſt, quod Paulus refert in *l. cùm mater 28. De inoff. teſtam.* Cùm mater filium militem falsò audiſſet deceſſiſſe, atque ob eã cauſam teſtamẽto alios heredes inſtituiſſet, Diuum Hadrianum decreuiſſe hereditatem ad filium pertinere ſcilicet velut ex teſtamento, ob idque & libertates & legata eo teſtamento relicta deberi, Quaſi nec pro præterito, nec pro exheredato ex matris voluntate haberi debeat filius quem mater crediderat deceſſiſſe: mortuus enim nec præteriri poteſt, nec exheredari. Conſequens igitur eſt, vt debeat haberi pro inſtituto. Fateor poſſe eum ſi velit haberi pro præterito & per conſequentias pro exheredato (præteritio enim materna pro exheredatione eſt *§. vlt. Inſt. de exhered. liber.*) ob idque dandam ei querelam inofficioſi teſtamenti ſi iudicij centumuiralis exitum euentumque incertũ ſubire malit *l. ſi inſtituta 27. §. vlt. D. de inoff. teſtam.* eóque caſu nulla eum legata, nullas etiam libertates debiturum, nec ex teſtamento, nec ab inteſtato *l. Papinianus 8. §. penult. l. Titia 13 in fin. eod.* Sed ſi matris honori parcere malit, quàm ipſius quaſi dementis & infamiæ iudicia per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindere nõ ſolùm honeſtiùs faciet, verùm etiam tutius ſi contendat ſe neque præteritum fuiſſe, neque exheredatum à matre quæ putabat eum deceſſiſſe, atque ita quaſi ex tacita ipſius voluntate velit admitti ad teſtamentariam eius hereditatem. Sicut enim mater liberos ſuos nominatim exheredare non cogitur, ſed tacita exheredatio ſufficit, quæ ex prætéritione colligatur. Ita & viſum eſt Imperatori Hadriano poſſe multò magis ſufficere filio tacitam inſtitutionem quæ induci poſſit ex eo quod mater eum neq; præterire voluerit, neque exheredare. Nec recuſare probus & prudens filius debet, vt pro eo honore quem ſentit ex tacita illa inſtitutione, & pro commodo quod habet ne iudicij centumuiralis periculum experiri compellatur, illud quoque incommodum ſubeat præſtandorum legatorũ, quamuis nõ fuerit ea debiturus ſi de inofficioſo teſtamento egiſſet, vt idem Paulus ait in *d. l. cùm mater*, vbi quod ait adnotatum eſſe quod de libertatibus & legatis præſtandis adiecit Hadrianus, non ſic accipi debet, quomodo à nonnullis accipitur quaſi fuerit reprehenſum, ſed ita vt intelligamus eſſe, id obſeruatione dignum & tale quod ſola prudentum autoritate citra Imperatoris conſtitutionẽ induci numquam potuiſſet: Sicut nec illud quod eodẽ Hadriani decreto principaliter factum eſt, vt in ea ſpecie filius qui à matre neque inſtitutus fuerit, neque exheredatus citra querelam inofficioſi teſtamenti ad matris hereditatẽ admittatur tanquam ex teſtamento. Quod iam ante nos, quamquam paullo minus aperte docuit Iacob. Cuiac. *lib. 10. obſer. cap. 22.* Stefanum Græcum interpretem ſecutus. Extátque aliud perſimile exemplum tacitæ inſtitutionis, & ad illationem noſtram accommodatiſſimum in *l. vlt. D. de hered. inſtit.* Pactumeius Androſthenes Pactumeiã Magnã filiam Pactumei Magni ex aſſe heredem inſtituerat, eique patrem eius ſubſtituerat Pactumeio Magno occiſo & rumore perlato quaſi filia quoque eius mortua mutauit teſtamentũ Noniumque Ruffum heredem inſtituit hac præfatione, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui. Nonius Ruffus heres eſto.* Pactumeia Magna, inquit Paulus, ſupplicauit Imperatores noſtros, & cognitione ſuſcepta licèt modus inſtitutione contineretur, qui falſus obeſſe non ſolet, tamen ex voluntate teſtantis putauit Imperator ei ſubueniendum cùm ex mera iuris ratione dubi-

l. cùm mater 28. D. de inoff. teſta.

l. ſi inſtituta 27. §. vlt. ea. l. Papinianus 8 §. pen d. l. Titia 13 in fin.

d. l. cùm mater.

L. vlt. D. de hered. inſt.

tari non posset, quin prius testamentum per posterius sublatum esset posteriore subsistente cui nihil obesse poterat, nisi quod falsam causam habuisset, quę tamen non magis quàm falsa demonstratio vltimas voluntates corrumpit *l. demonstratio 17. §. quod autem D. de condic. & demonstr.* Ratio enim ita vel ita testandi testamento non cohęret, quemadmodum rationem legandi legato non cohærere Papin. ait in *l. cùm tale 72. §. falsam eod. tit.* quamuis possit ea res plerumque doli exceptionem inducere si probetur testator aliàs legaturus nō fuisse. Fuit ergo necessaria Imperatoris autoritas, vt pronunciari posset, hereditatem ad Magnam pertinere: Idem tamen Imperator non dubitauit quin legata ex posteriore testamento præstare ea deberet, perinde, inquit Paulus, acsi in posteriobus tabulis fuisse ipsa heres scripta. Vt intelligamus eam succedere non tam ex ea institutione expressa, quę priore testamēto continebatur, quàm ex tacita quæ posteriore contineri intelligatur, hoc ipso quod apparet testatorem non fuisse conditurum aliud testamentum ad alios heredes instituendos, si Magnam priore testamento institutam adhuc viuere credidisset. Itaque imperatorij decreti necessitas & autoritas non in eo est, quod legata posteriore testamento relicta debentur (quidni enim debeantur cùm posterius testamentum valeat?) sed quòd heres priore testamento instituta non in posteriore, succedit tamen ex tacita defuncti voluntate, quasi in eo ipso posteriore testamento, adeóque quod magis est sola & sine Nonio Rufo instituta. Nec enim coheres ei datus videri potest Nonius Rufus, non magis quàm vtrumque testamentum valere, aut ex variis testamentis ius coniunctionis induci *l. si sub conditione 16. quib. mod. vsufr. amitt.* Legata ergo non debebuntur, quæ priore testamento relicta fuerant, tanquam quod per posterius ipso iure sit sublatum *l. si quis 29. ad SC. Trebell. §. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* Eáque diuersitas & diuersitatis ratio est inter casum illum & eum quem nunc tractamus de tutoribus datis in testamento eius qui codicillis postea factis alios tutores nominasset putās priores, vel defunctos esse, vel excusari posse. Nec enim codicilli post testamētū facti & ex eo cōfirmati infirmāt testamētū à quo ipsi vires accipiunt, ac proinde nō possunt facere quominùs valeāt & tutelę priore illo testamēto datæ, & legata in eo relicta. Illud tātum facere possent, vt tutores codicillis dati cū testamētariis cōcurrerēt, si voluntas testatoris concursum illū pateretur, quem tamen ideò non patitur, quia illi qui testamento dati fuerant non solùm retinent defuncti voluntatem, sed etiam ita retinent, vt impediant, ne qui codicillis dati sunt eandem voluntatem pro se habere videri possint, quippe quos non fuerat daturus pater nisi alios, vel defunctos esse, vel excusationem aliquam habere posse credidisset.

L. cùm tale 72. §. fa sa de cond. & demonstr.

L. si sub conditione 16. quib. mod. vsufr. amitt.

L. si quis 29. ad SC. Trebell. § posteriore instr. quib. mod. test. infirm.

ILLATIO LVII.

De tutore non nisi verbis latinis & legitimis dando.

L. vlt. C. de testam. tut.

QVinquagesimoseptimò ex eodem Principio fit vt necessaria fuerit cōstitutio Imperatorum Theodos. & Valentiniani in *l. vl. C. eo tit. de test. tute.* quę fecit, vt tutores etiā grœcis verbis liceat in testamēto relinquere, vt ita tutores dati videantur acsi legitimis verbis eos testator dedisset. Nā cùm tutela sit vis & potestas in caput liberum iure ciuili data & permissa, conueniens est vt non nisi ciuilibus & legitimis verbis dari possit, cuiusmodi non sunt verba græca, cùm leges romanorum quamuis maiore ex parte à grœcis sumptæ latinis, non

nis,non græcis verbis sint conscriptæ. Vnde & legitima verba ar[illegible]antur, id est quæ legum sunt,quæ & ciuilia dixit Papin.in *l.verbis ciuilib⁹ pupil. substit.* 7.De *vulg.&* L.*verbis ciuilibus*7.D. *de vulg. & pupill. substit.*

ILLATIO LVIII.

De legitimis & quasi legitimis tutel.

QVinquagesimooctauò ex eodem Principio fluxerunt legitimæ tutelæ quæ agnatis deferũtur, item quasi legitimæ,vt quæ patronis exemplo hereditatum & quasi per consequentias dantur *l.1. & 3.& pass. D. de legit. tutor.* Cuius enim alterius fuit quàm legis eam vim & potestatem in can[illegible] liberum [illegible] etiam à patre, sed dare quæ iure ciuili dicitur data & per[illegible]ssa etiam à magistratu,sed [illegible]quam ex legis personã vox iuris ciuilis & legis *l.nam & ipsum 6.D. de iustit. & iur.* Ideóque & à lege datam esse oportet magistratui eam potestatem dandi tutoris,aut ab eo qui sit supra leges,id est à Principe *l.ius dandi 3.D.de tut.& curat. dat.* Vnde etiam fit vt prætor seipsum tutorem dare non possit *l.4.eod.ti.* quia non ideò minister legis est, vt sibi ipsi ius dicat,sed vt aliis.

L.1.& 3. D. *de legit.tut.*

9. *permissum hoc tit.*

L.*ius dandi* 3. D. *de tut. & cur. dat. l.4.eod.*

ILLATIO LIX.

De *tutore dando etiam ei qui de statu suo litigat.*

QVinquagesimononò ex eodem Principio fit, vt ei qui de statu suo litigat tutor dari possit, vt scilicet ita demum teneat datio si postea liber repertatur *l.ei qui* 17.D.*de tut.& curat.dat.* Interim tamen litis ordinãdæ gratia curator ei dandus erit non tutor per quem defendi possit,quia interim pro libero habetur *l.1.C.qui dar tutor.vel curat.* nisi eam legem intelligas de casu illo quo tutor nondum huic fuerit datus,vt dicam ad Prin.4.illat.15.

L.*ei qui* 17. *eod.de tuto. & cur. dat. l.1.C. qui dar. tutor. vel curat.*

ILLAT. LX.

De *tutore dato puberi ex decreto Præsidis & ex inquisitione.*

SExagesimò ex eodem Principio fit,vt si cui egresso annos pupillares decreto præsidis ex inquisitione tutor datus sit quasi minori annis pupillaritatis, vsque adeo inutilis datio sit,vt neque necessaria ei sit excusatio,neque obligetur ex eo,quod tutelam non gerat *l.Seia 26.eod tit.De tutor. & curat dat.* Quod ita accipiendum est,vt neque prouocare hoc casu sit necesse. Iis enim demum tutoribus datis prouocandi necessitas iniungitur,qui si neque prouocarẽt, neque tutelam gererent, hoc ipso ex causa tutelæ obligari & conueniri possent *l.3.l.6 l.tutores* 18.*C.de excus. tutor.l.fœre* 13.*in princip.*D.*eod.l.1. §.1.D. quand. appell.sit.* Atqui hic etiamsi neque se excusauerit, neque tutelam gesserit, nullomodo tamẽ obligatur.Ergo nec prouocare habet necesse.Nec est quod cũ interpretibus dicamus hoc fieri,quoniam tale decretum factum sit à Prætore sciente,ac vltrò errante,vt illi colligunt ex eo quod in *d.l. Seia*, ponit Scæuola tutorem datum esse ex inquisitione.Quasi verò cùm inquisitio fit à prætore ad tutorem pupillo dandum,soleat inquiri in ætatem pupilli, ac non priùs supponi pro certo & indubitato impuberem esse illum cui tutorem prætor ex in-

L.*Seia*26.D. *de tutor. & curat.dat.*

l.3 l.6.l tutores 18. *C. de excus.tutor.l.fœre*13. *in princ. D. eod l.1. §.1. D. quand. appsit.*

quisitione dat[illegible]elit. Inquiritur siquidem in personam tutoris non pupilli, Potéstque facilè fie[illegible]vt verum certúmque sit impuberem eum esse de cuius tutela tractatur, & ta[illegible]en post factam inquisitionem & eo tempore quo tutor à prætore datur, iam pubes effectus reperiatur. Cõputantur enim hoc casu tempora de momento in momentum *l.3.§.minorem D. de minor. l.à qua ætate 5. D.qui testa.facer.poss.* E vero quis tam insanus prætor futurus sit, qui tutorem dare velit tanquam impuberi, quem puberem esse compererit? Neque rursus ad rẽ facit, si quis obiiciat publicè interesse, vt prætoris decreto pareatur, etiãsi per sordes, vel per ambitionẽ aut imperitiã quid decreuerit, propter rerũ iudicatarũ autoritatem *l.seruo 65.§.cùm prætor D.ad SC.Treb.* Id enim tunc obtinet, cùm [illegible] ipsam rem non fit, quominùs decretum prætoris effectum habeat. [illegible]posse[illegible]sit, Alioqui[illegible]rerum natura [illegible]mutetur *l.2.D.de ritu* quàm alius quilibet facere potest, vt impubes sit, qui iam reuera pubes est. Et consequenter [illegible]ter[illegible]. Nec igitur vt qui puberi datus fuit, siue à sciente prætore, siue ab ignorante, ac siue in facto ille errauerit, siue in iure. Cùm enim tutor esse nemo possit quin hoc ipso habeat vim & potestatem in caput liberum ciuis romani, ea verò potestas, nec data sit à lege, nec dari debuerit, nisi ad tuendum eum qui per ætatem pupillarem seipsum tueri nequeat, vt Principium nostrum habet, Omninò consequẽs est, vt non magis valere possit decretum prætoris quo dat tutorem puberi, quàm quo pronunciet impuberem adhuc eum esse, qui re vera sit pubes. In his siquidem quæ facti sunt non iuris, veritas rei semper & necessariò spectanda est, nec quod dici solet rem iudicatam pro veritate haberi *l.res iudicata 207. De regul.iur.* ad illa pertinet quæ certam & immutabilem à natura legem accepérunt, sed ad ea quę sunt iuris, vt cùm pronunciatur ingenuus esse is, qui re vera, vel seruus est, vel libertinus, vt in *l.ingenuum 25.D.de stat.homin.* aut hereditatem esse fideicommissariam quæ tamen non fuerit per fideicommissum saltem vtiliter relicta, vt in *d.§.cùm prætor.*

l.3.§. minorem D. de minor. l.à qua ætates. D. qui test. fa.poss. l.seruo 65.§. cùm prætor [illegible] tell.

PRINCIPIVM II.

De tutelis tam testamentariis quàm legitimis exemplo hereditatum deferendis.

TVtelæ tam testamentariæ quàm legitimæ exemplo hereditatum deferuntur, hoc est testamentariæ quidem ei cum quo testator habuerit testamẽti factionem, id est qui etiam heres à testatore institui potuisset *l. testamento 21. D. de testam. tutel.* legitimæ verò ei cui eadem lex delatura esset hereditatem pupilli si vel in ea ætate, vel quo alio tempore intestatus decederet, puta proximis agnatis & consanguineis, itémque patronis. Hi enim omnes ex lege 12. tabul. ad hereditatem legitimam admitti possunt *l.1. D.de legit.tutor.* vbi addit Vlp. hoc summa prouidẽtia factum esse, vt qui sperarent pupilli successionem iidem bona eius tuerentur ne dilapidarentur. Sunt autem agnati qui per virilis sexus personas cognatione iũcti sunt, quasi à patre cognati, veluti frater eodem patre natus fratris filius nepósve ex eo item patrũus & patrui filius, nepósve ex eo *l.sunt autem 7.D.de legit. tutor. l. iurisconsultus 10.§.1. De gradib. & adfin.* Neque tamen hoc ita accipiendum est, vt tutorem dare possint testamẽto ij

l. testamento 21. D. de testam. tutel.

l.1. D.de legit.tutor. l. sunt autem 7. eod.

to ij omnes qui testamentariam hereditatem dare possunt. Nemo enim potest cuiquam dare nisi ei quem in suis heredibus habuit cùm moritur h. bitursv e esset si vixisset *l.quò tutela* 73.§.1.*De regul.iur.d.l.*1.D.*de testam.tutel.& §. vlt.hoc tit.* propter eas rationes quas diximus ad Princip.præcedens. Itaque nec mater nec extraneus nec alius quisquam extra patrem vel auum qui filium vel nepotem impuberem sic habeat in potestate,vt non sit ille in alienam potestatem recasurus,tutorem testamento dare poterit quamuis dare possint hereditatem quia suos heredes non habent. Sed hoc significare volumus, Nec patri permittendum esse vt suo heredi tutorem det nisi eum cum quo habeat testamenti factionem. Nec rursus quod de legitima tutela dicimus, hunc sensum habet vt quisquis legitimus heres futurus est,idem legitimus quoque tutor sit. Interdum enim alibi est hereditas,alibi tutela,vt puta si qua sit consanguinea pupillo. Nã hereditas quidẽ ad agnatã pertinet,tutela verò ad agnatũ. Itẽ in libertinis si sit patrona & patroni filius, tutelã enim filius patroni,hereditatẽ patronæ obtinebit. Et [illegible] si sit patroni filia & nepos,hic tutor erit, illa heres [illegible] *De legit.tut.* Id q;est quod ait *d.l.quo tutela in pr.* quò tũtela rediit eò legitimam quoque hereditatem pervenire, nisi cùm fœminæ heredes intercedunt. Quem locum nescio cur Frãciscus Hotomanus sic emendare voluerit,& sic potius legere Eò *tutela redit quò hereditas pervenit.* Sic enim ille *lib.* 5. *obser. cap.* 26. Quasi verò prius sit vt hereditas,quàm vt tutela deferatur,cùm in contrarium tutela non sit nisi viuentis impuberis,hereditas verò iam defuncti. De buerat potiùs dicere sic locum emendandum *Quò tutela pervenit eò hereditas redit.* Duriusculum enim sanè illud est tutelam redire dici quæ nunc primùm defertur,nec vnquam penes alium fuit, aut esse potuit: Et illud durius quod idem Hotomanus addit redire dici etiam,ea,quę lege destinata sunt ex *l.si quis sub condicione* 11.§.1.*& §.quod si tutor.D.de testam.tutel.* Ibi enim dicitur tutela redire ad legitimum tutorem,non propter præcedentem legis destinationem, sed quia tutela testamento fuerat alij delata,quàm legitimo tutori, vt proinde legitimæ tutelæ spes extincta videretur. Certum námque est,quandiu tutela testamentaria speratur,legitimam cessare,adeò vt si semel ad testamentarium tutorem fuerit deuoluta,quamuis deinde sit excusatus tutor testamentarius,non eo mágis tamen tutela redeat ad legitimum,sed in locum excusati alium à magistratu dari oporteat,vt scriptum est in *d.l.si quis* 11.*in princip. & §.*1. Nempe quia id agitur principaliter à magistratu qui tutorem remouet, vt alium dare possit quemadmodum vult Bartolus ex *l.*3.*§.quæri potest eod.tit.* *De legit. tutor.* vt ad eundem institutio pertineat,ad quem destitutio spectat,& eius sit conferre cuius est priuare,vt ad Bartolum addit Baldus. At non idcò quòd in remoto supersint reliquiæ quædam tutelæ testamentariæ siue ob dolum siue ex qua alia causa remotus proponatur,vt idem Baldus tentauit, nec rursus vt alij voluit,quia legis tutelam legitimam deferentis potestas in suspenso manere non possit, ideóque tota extinguatur ex quo instanti testamentaria tutela delata fuit,& ad tutorem deuoluta,etsi enim eadem lex duodecim tabularum est, quæ testamentarias quoque tutelas non minùs quàm hereditates & confirmat,& defert *l.lege obuenire* 130.*de verb.signific.* hoc ipso tamen quod lex testamentariam defert,non idcirco legitimæ spem abiicit nisi testamentaria durante,tametsi tãm in testamentarijs quàm in legitimis siue hereditatibus siue tutelis delatio fiat à lege,inspecto præcisè instanti illo quod immediatè sequitur mortem patrisfamilias,si nihil sit quod in longius tempus differat delationẽ

L. quò tutela 73.§.1 de regul iur. l. 1. D. de test. tutel.§ vlt. hoc tit.

d.l.quo tutela in princ.

l.si quis sub condicione 11.§.1. & §. quòd si tut. D. de testa. tutel.

L.lege obuenire 130. de verb.signif.

Digitized by Google

l.2 §. interdū & seq. De suis & legit. l.4. Vnd.legit. l.1. § sciendū De suis & legit. §. placebat injr. de leg. agn.succes.

l.2.§.interdum & seq. D.de suis & legit.l.4.D.vnd.legit. Nam inde quidem est, quod si legem duodecim tabularum inspicias,quātū ad hereditates neq; in suis neq; in agnatis successio est *l 1.§.sciendum De suis & legit.§.placebat Inst.de leg. agn succ.* quia scilicet,vt sæpius alibi monuimus,tota legis potestas vnica delatione consumitur. At nō idē in tutelis quoq;fit,vt si testamentariā tutelā lex voluntatē testatoris secuta semel confirmauerit,& detulerit, legitimā postea deferre nūquam possit *l.quidem non potest*, quamdiu testamentarius tutor viuit,siue remotus fuerit,siue excusatus,si modò tutelam non solùm delatam ex testamento,sed etiā susceptam esse proponas. Hoc enim necesse est vt legitimus tutor excludatur,Sicut nec ad legitimum heredē excludendū sufficit delatam esse ex testamento hereditatem si non etiam agnita proponatur. At in tutela hoc amplius est quàm in hereditate,quod post agnitam quoque & susceptam tutelam testamentariam legitimæ locus relinquitur si fortè tutor ille testamentarius decesserit *d.l.si quis sub conditione §. quod si tutor.l.intestato 6.in fin. De legit. tut.* quia & si proximus agnatus à lege tutor [illegible] decessisset aut etiam capite diminutus fuisset,qui post eum proximus agnatus reperitur, legitimus quoque tutor esse posset,cui a magistratu quod ad tutelas sit successum, *l.3. De legit. tut.* propter eam diuersitatis rationem quam attulimus ad Princip. præcedens illat.24. Et ideo benè ac propriè scriptum est in *d.l.si quis & in d.l.intestato 6.in fin.* redire his casibus vel nō redire tutelam ad legitimum tutorem, quæ scilicet fuerit aliquando non solùm delata tutori testamentario,sed etiam acquisita. Cur autem defuncto testamentario tutore ad legitimum tutela redeat. Rationem reddit Vlp.in *d.§.quòd si tutor*,quia hîc Senatusconsultum cessat, illud nimirum quo factum est vt in locum tutoris testamentarij siue excusati,siue remoti alius dari debeat. Cōplura enim Senatusconsulta in hanc rē & in hūc sensum facta esse ob pupillorū vtilitatem constat ex *l.pen D.de tutel.* At Senatusconsultū nullū factum est vt in locum demortui tutoris testamentarij alius tutor dandus esset tanquam sufficiente in id lege duodecim tabularum quæ legitimos tutores dat iis omnibus qui testamentarium nullum habent. Et hoc proculdubio sensu scripsit Scęuola in *d.l.quò tutela*,cò hereditatem peruenire, quò tutela rediit,vt cum quoq; casum cōprehenderet quo tutela legitima nō statim post mortem testatoris,sed post testamentariam obuenisset,nemq; casum illum quo legitima tutela per multorum personas ambulauerit. Is enim ad quem vltimo loco rediit (quamuis hoc casu peruenisse rectiùs quàm redisse dicenda esset,progreditur enim non redit ab agnato proximiore ad remotiorem)quia mortis pupilli tempore proximus agnatus reperitur, heres quoque est. Itaque nihil apud Scæuolam est immutandum.

l.pen D.de tutel,

ILLATIO I.

De agnato remotiore non dando tutore cum agnatus proximior est apud hostes.

l.1.§ si apud hostes D.de legit. tutor.

EX hoc Principio illud primùm fit,quod scriptum est in *d.l.1.§.si apud hostes* D.*de legit.tutor.* Si apud hostes sit frater inferioris gradus agnato tutela non deferri,sicut nec patroni filio si patronus ipse sit apud hostes,sed interim alium tutorem à prætore dari dum expectatur an postliminio locus aliquando sit futurus. Nam nec interim legitimam hereditatem lex duodecim tabularum deferret aut inferioris gradus agnato aut filio patroni propter fictionem postliminij quæ in suspenso retinet omnia captiui iura *l.illa institutio 32. §.1. D. de hered.instit.l.pen.D.de capt. & postlim.* Aliud erit si vel frater vel patronus

l. illa institutio 32. §.1. D. de hered. inst l pen. D.de capt. & postlim.

fuerit

fuerit deportatus,& confiſcatus vt loquitur Vlp. in *l. ſi tutor 9.§. penult. D. de tutel.& ration.diſtr.* Etſi enim fieri poteſt vt in ciuitatem reſtituatur *l. intercidit 59. De condic.& demonſtr.* quia tamen id non ex beneficio iuris,ſed ex Principis voluntate futurum eſt, non eo minùs pro mortuo habetur deportatus. Ideóque non alia ratio ſiue hereditatis ſiue tutelæ conſtituenda eſt, quàm ſi reuera mortuus proponeretur *l.1.§.penult.D.de bonor.poſſ.contr. tabul. l. 4. §.ſi deportatus de bon.libert.& d.l.ſi tutor 9.pen.de tutel.& ration. diſtr.*

L.ſi tutor 9. §. pen. De tutel. & rat.diſtr.

l.1.§.pen.de bonor.poſſ. contr. tab.l. 4 §.ſi deportatus de bon. libert. d. l.ſi tutor § pen.

ILLATIO II.

De legitima patronorum tutela.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt patronorum tutela legitima dicatur, non quòd lege 12.tab.expreſſe introducta ſit, & ſpecialiter ac nominatim, ſed per interpretationem prudentum ad legem illam, quæ libertorum hereditates patronis defert vt Iuſtin.ſcribit in *tit. De legit.patron.tutel.* aut vt loquitur Vlp.in *l.3 in princip. De legit.tutor.* per conſequentias hereditatum. Itaque non diſtinguemus an patronus ſponte manumiſerit,an coactus puta ex cauſa fideicommiſſi. Quiſquis enim manumiſſor eſt idem ſicut patronus ita & tutor eſt, *d.l.3.§.1.* quia & ad hereditatem admittitur, cùm æquè habeat iura patroni. Idē eſt ſi quis e merit hac lege ſeruum vt manumitteret, & ex conſtitutione Diui Marci ad Auſidium Victorinum peruenerit ſeruus ad libertatem *d.l.3.§.ſed etſi.* Quamuis enim hoc caſu competat ſeruo libertas ſola conſtitutionis poteſtate citra manumiſſionem,non alia tamen ratione competit quàm quia contutio factum ei prioris quod debuerat intercedere repræſentat *l. 2. & vlt. C.ſi emancip.ita fuer.alien.* Quemadmodum ergo ſi emptor ipſe manumiſiſſet libertum hodie haberet,ita & cùm non manumiſit,quia manumiſiſſe intelligitur,vt & in ſpecie *l.Paulus reſpondit 38.§.1.De liber.cauſ.* Planè ſi eo qui fideicõmiſſariam libertatem præſtare debuit latitante libertas ſeruo obtigerit ex Senatuſconſulto Rubriano,cuius verba extant in *l.cùm verò 26.§.ſubuentum D.de fideic.libert.* non habebit tutorem eum qui fuit rogatus, quia nec patronum eum habet,cùm efficiatur Orcinus libertus & ad familiam teſtatoris pertineat,non heredis *d.l.3.§.planè*,perinde acſi directò manumiſſus eſſet vt verba Senatuſconſulti habent,à teſtatore ſcilicet non ab herede. Itaque in hac ſpecie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere quæ ad patronum ipſum non pertinuit,Sicut & in omnibus aliis libertis euenit,qui teſtamento ſeruati manumiſſi *d.§. planè.* Quod cùm ita ſit non abs re quis miretur quamobrem Vlp. adiecerit ea verba *in hac ſpecie* cùm tot ſint ſpecies in quibus idem contingit.Sed dicendũ eſt ad id reſpexiſſe Vlpianum, quod regulariter tutelæ legitimæ, non liberis primùm ſed parentibus deferantur, cùm non niſi proximis agnatis deferantur, proximus autem agnatus non ſit filius qui ſemper antecedit à patre, per quem & agnatus eſt. Verùm id tunc obtinet, cùm agitur de tutela viuo patre. At nos hîc tractamus de tutela illius qui non niſi poſt domini ſui mortem ſit conſecutus libertatem, ac proinde qui dominum ſuum eundémque patrem legitimi tutoris, tutorem habere numquam potuit,cùm prius eſſe debuerit,vt libertàrem, quàm vt tutorem haberet.Conſequenter tractat Vlpian.in *dict.l.3.§.ſi duo*, Si duo pluréſve manumittant, omnes tutores eſſe, præterquàm ſi mulier aliqua ſit inter manumiſſores, cùm ſexus ſui condicione, vt iam ſæpius diximus, tutrix

Tit.de legit. patr.tutel. L.3.in prin. De legit.tutor.

d.l.3.§.1.

d. l. 3. §.ſed etſi.

l.2.& vlt. C.ſi emanc. ita fuer. alien.

l.Paulus reſpondit 38.§. 1. D. de lib. cauſ.

l. cùm verò 26.§ ſubuentum de fid. libert.

d.l.3.§.planè.

d.l.3.§.ſiduo D. de legit. tutor.

Digitized by Google

esse impediatur. Quòd si aliquis ex patronis decesserit, relicto filio, tutela penes cæteros patronos tantùm est, nec ad eius communionem filius defuncti compatroni admittitur. Idémque est si huius filij pater non mortuus, sed ab hostibus captus fuerit, aut alia ratione in seruitutem redactus. Soli enim compatroni quandiu viuent tutores erunt, nec cum iis concurret filius captiui aut serui effecti, Sed si omnes patroni decesserint, tunc demum tutela ad eorum liberos inci, iet pertinere. Proinde, inquit Vlp. si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, vtrum ad solum filium, an verò & ad nepotem tutela pertinebit? Dubitationem facit, quia & nepos hic in familia patris sui proximus est. Sed tamen verius est legitimam tutelam ad filium solum, non etiam ad nepotem pertinere, quoniam & in hereditate idem contingeret, vt soli filio primùm deferretur, post filiũ verò tunc descenderet ad nepotẽ: quia proculdubio est proximior qui filius etiam alterius patroni est, quã qui nepos. Idque adeò verũ est, vt licèt patroni filius sit remotus vel excusatus, non eo magis tamen nepoti tutela deferatur vt sequitur apud Vlp. in *d. l. 3. §. queri potest*, vbi hanc fuisse Marcelli sententiã scribit vt in tutela succedere filio nepos hoc casu non possit. Idcirco enim abiit filius à tutela, inquit, vt alius in locum eius daretur, non vt successio admitteretur. Planè in legitimis tutelis successionem admittendam esse constat, quamuis non similiter in hereditatibus admittatur siue mortuus fuerit, siue capite diminutus is, qui proximior fuit, vt suprà docuimus & ad Princip. præcedens *illat. 24. ex d. l. 3. §. pen.* Summa profectò legis prouidentia, quæ cùm ideò pupillis tutores det vt iis consulat, non satis bene consulere videretur, nisi tandiu consuleret, quandiu indigent illi auxilio & consilio tutoris, id est, quandiu verum est eos & impuberes esse & tutorem non habere, quamuis aliquando habuerint eum, qui posteà vel defunctus sit vel seruus effectus, vel capite diminutus. Igitur hac in re ius tutelæ non sequitur ius hereditatis. Sicut nec in casu *d. l. v. §. interdum eod. tit. De legit. tutor.* vbi idem Vlp. monet interdum etiam sine hereditate tutelam deferri, & è contrario quoque interdum hereditatem sine tutela. Vtputa in eo qui latitauit, cùm seruum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter Diuus Pius Aurelio Basso rescripsit, ius patroni eum non habere. Rescripti verba hæc fuisse refert Vlp. in *d. §. interdum Planè tergiuersatio eorum qui subuertere fideicommissariam libertatem velint, eo modo puniatur ne ius patroni acquirant in eo quem liberum esse nolint.* Quod rescriptum palam est ad Senatusconsulti Rubriani verba sensumque accommodatum esse. Factum enim est Senatusconsultum illud vt subueniretur fideicommissarijs libertatibus contra latitantes qui libertatem præstare deberent, sicuti suprà diximus ex *d. l. cùm verò 26. §. subuentum De fideic. libert.* Ergo hoc casu non habebit heres ius patroni quod ad hoc vt possit habere hereditatem, sed tamen non eo minùs tutor esse cogetur, quia onus illud est magis quàm honor, licèt etiam admixtum habeat honorem *l. vlt. §. pen. C. de legit. hered. l. ne lucrum 5. C. de curat. furios.* Alioqui non video quomodo verũ esse possit quod in *d. §. interdum* scriptum est, deferri hoc casu tutelam sine hereditate, & hereditatem sine tutela. Quòd si is qui libertatem fideicommissariam præstare debuit, absit quidem, sed ex iustâ causa id est sine dolo malo, libertas æquè obtinget seruo acsi esset manumissus, sed ita tamen vt eum patronum habeat quem haberet si manumissus ab eo fuisset. Idque ex alio Senatusconsulto de quo in *l. si eum 28. §. vlt.* iunct. *§. eorum D. eo. tit. De fideic. libert.* Ille apertior

§. queri potest d. l. 3.

d. l. 3. §. pen.

Ius tutelæ non semper sequitur ius hereditatis. l. 1. §. interdum eod. ti. Delegit. tut.

d. l. cùm verò 26. §. subuentum de fideic. libert. §. pen. l. vlt. C. de legit. hered. l. ne lucrum 5. C. de curat. furios. l. si eum 28. §. vlt. & §. eorum D. de fideic. lib.

casus

casus est qui sequitur apud Vlpianũ in *d.§.vlt.l.1. De legit.tut.* Si pater filiæ suũ libertum adsignauerit. Tutela enim nihilominus apud fratres remanebit quæ scilicet cùm virile sit officium non potest esse apud sororem, & tamen legitima hereditas ad sororem pertinebit, vt & cætera omnia commoda iuris patronatus *l.1. & tot.tit. D.de adsign.libert.* *d.l.1.§.vlt. de legit.tut.* *l.1. & tot.tit. D.de adsig. libert.*

ILLATIO III.

De legitimis tutelis per capitis diminutionem amittendis.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt legitima tutela non minùs capitis diminutione quàm morte finiatur, Nec tantùm morte aut capitis diminutione pupilli, etiam ea quæ salua ciuitate contingat *l.2. D.de legit.tutor.* verũ etiam tutoris *d.l.3.§.pen.l.5.§.vlt.eod.tit.l.tutelas 7. D.de capit.min.* Cùm enim legitimas tutelas lex duodecim tabularum deferat eodem ipso modo quo & hereditates, id est agnatis proximis. Agnati autem esse desinant per minimam quoq; capitis diminutionem, quoniam agnationis nomen non naturale est vt cognationis, sed ciuile ad causam familiæ pertinens, qua proinde mutata (quæ mutatio per minimam capitis diminutionem semper contingit) agnationem quoque finitam sublatámq; esse necesse est, & consequenter finitam etiam tutelam quæ non nisi agnationis iure deferebatur. In quo differũt legitimæ tutelæ & à testamentariis & à datiuis. Si enim filiusfamilias à testatore vel à magistratu tutor datus postea emancipatus fuerit, non eo minùs remanet tutor, sicut & si cũ paterfamilias esset factus tutor dederit se adrogandum, quia siue testator, siue magistratus personam ipsius elegerit, non tanquam filiifamilias aut patrisfamilias elegit, sed tanquam probi & prudentis viri, qualis si erat ante minimam capitis diminutionẽ, talis vtique erit & postea. At lex cùm tutelam defert agnato proximo, non ipsius personam aut probitatem eligit, sed ad agnationis ius duntaxat respicit, quod sine dubio nullum supersit, familia per capitis diminutionem mutata. *l.qui in adoptionem 23. D.de adopt. l.quinetiam 55. in fin. D.de rit. nupt. & d.l.tutelas*, vbi hac ratione Paulus scribit legitimas tutelas quæ ex duodecim tabulis deferũtur eodem modo interuerti, quo & hereditates quæ ex eadem lege dicuntur legitimæ, interuertuntur: quia scilicet agnatis, inquit, deferuntur qui agnati esse desinunt, familia mutati. Quod cùm ita sit, fatendum planè est non posse explicari quod in princip. *d.l.tutelas* scriptum est, Tutelas nõ amittere capitis diminutionem exceptis iis quæ in alieno iure positis personis deferuntur. Inde enim sequitur prorsus contrà quàm ratio iuris patiatur, vt solæ tutelæ legitimæ per capitis diminutionem non amittantur, cæteræ omnes amittantur. Legitimæ enim eæ sunt quæ in alieno iure positis personis non deferuntur. Siquidem agnatis tantùm proximis deferuntur, fieri autem non potest vt agnatus proximus ille sit, qui in patris potestate est, cùm necesse sit à patre anteuerti eum qui non nisi per mediam patris personam agnatus est, vt proxima illatione dicebamus. Ergo cùm & ex ratione iuris & ex iis ipsis quæ sequuntur apud Paulum in *d.l.tutelas*, appareat tutelas legitimas quæ ex duodecim tabularum lege deferuntur solas amitti capitis diminutione, cæteras verò non amitti, Non dubito quin locus sit corruptus & ita emendandus vt addatur negatio ante verbum *deferuntur*. Est enim hoc multò probabilius, quàm quod Cuiacius tentat ad *tit.in.* & 12. Notar. Vlpiani, erratum fuisse à Tribonia- *L.2.D.de legit. tutor. l.3.§.pen.l.5. §.vlt.eod.l. tutelas 7. D.de capit. minut.* *l.qui in adoptionem 23. D.de adopt. l.quinetiam 55.in fin D. de rit.nupt. d.l. tutelas.*

Digitized by G

no in legendis notis veterum, quasi notis illis scriptum hîc esset *quæ i. a. p. p.* hac significatione *quæ iurè agnationis proximis potissimum*, quod vtrumq; planè commentitium,& tanti viri acumine prorsus indignum semper mihi visum est. Ab ea tamen propositione nostra generali quæ habet legitimas tutelas capitis diminutione amitti,excipienda est tutela patronorum, quam nominatim excipit Vlp. *dict. cap.* 11. *versic. excepta*. Et ratio diuersitatis est,quia per minimam capitis diminutionem licèt familia mutetur,ius tamen patronatus nõ amittitur,vtpote quod contrahatur ex beneficio manumissionis,cuius memoriam per capitis diminutionem extingui nimis ingratum & impium nedum iniurioſum esset. Identitas enim,vt ita dicam,personæ non familię hic spectanda est,cùm libertus beneficium acceperit non à familia,sed à persona, quæ naturaliter & reuera manet eadem etiam post capitis diminutionem, quæ antea fuit. Quòd si generaliter verum est,vt est,quod Caius ait in *l. eas* 8. *De capit. minut.* eas obligationes capitis diminutione non perire,quæ naturalem præstationem habere intelliguntur,quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non potest,quænam obligatio esse potest,quæ habeat magis naturalem præstationem,aut quæ magis ex bono & æquo sit,quàm quæ ex patronatus iure constituitur inter patronum & libertum? *l. si non sortem* 26. *§. libertus* D. *de cond. indeb.* Cur ergo pereat ius patronatus per minimam capitis diminutionem? Consequenter igitur nec legitima tutela patronorum per capitis diminutionem perire potest,cùm non deferatur patrono nisi tanquam patrono sicut & legitima hereditas liberti. Sed & obseruandum est cæteras legitimas tutelas, quæ agnationis iure deferuntur,sicuti ab aliis tutelæ speciebus in hoc differunt,quod per capitis diminutionẽ non amittuntur,ita &,quod magis mirum est,à legitimis quoq; hereditatibus differre. Qui enim agnationis iure semel heres fuit, is tametsi postea capite minuatur heres tamẽ esse non desinit si forte dederit se adrogandum,sed in adrogatorem suum transfert vt cætera bona sua omnia,ita & hereditatẽ hanc sibi antea iure agnationis quæsitam: quippe quæ desierit esse hereditas,propriúmq; ipsius patrimonium esse cœperit: nec enim ad sequẽtis gradus agnatũ ex lege 12. tab. deuolui potest,cùm in agnatis nõ sit successio, ne quidem ante acquisitam hereditatem. At is qui tanquam proximus agnatus non solùm tutor esse potuit,sed etiam reuera tutor fuit si capite minuatur tutor esse desinit,hoc ipso quod desinit esse agnatus,incipitque deuolui tutela ad eum qui incipit fieri proximus agnatus,quia placuit in tutelis non modò delatis à lege,sed etiam acquisitis,esse successionem, vt diximus in præcedentibus ex *d. l.* 3. *§. pen. D. de legit. tutor*. Differentiæ ratio est,quia licet hereditas legitima nõ minùs quã tutela iure agnationis deferatur,non tamen vsq; adeò ei adhæret,vt amisso iure agnationis amittatur,vel ob id maximè quod per additionẽ desinit esse hereditas eo instanti quo incipit esse heres,cũ hereditatis nomẽ & fictionem lex non aliã ob causam induxerit,quã vt faceret heredẽ. Qui porrò semel heres fuit numquam desinit esse heres ne quidẽ per mortẽ *l. ei qui soluendo* 88. D. *de hered. instit.* Vnde dicimus heredem heredis, heredem esse testatoris *l. vlt. C. de hered. inst.* Heres námq; fit per additionẽ,quæ facti est,nec proinde haberi pro infecta vnquã potest,Aut vt dicã melius(nec enim ratio hæc quamuis cõmuniter probata locũ haberet in suis heredibus quos cõstat additione nõ indigere *l. in suis* 14. D. *de suis & legit.* nec eò minùs tamen heredes remanere etiam post abstentionem *l. cùm quasi* 30. *§. sed etsi suus D. de fid. liber.*) quia quis

L. eas 8. *De capit. min.*

l. si non sortem 26. *§. libertus de cond. indeb.*

d. l. 3. *§. pen. D. de legit. tutor.*

l. ei qui soluendo 88. *D. de hered. inst.*

quis

quis heres est siue suus, siue necessarius ita repræsentat personã defuncti vt eadem cum ipso persona esse existimetur, sicut & hereditas eandẽ defuncti personam repræsentabat. *l. heres* 22. *De vsuc.* quã autẽ personam quis semel induit, exuere numquam potest non magis quàm facere vt diuersus sit à sua persona. At in tutela prorsus aliud est, quia non desinit esse tutela, cùm tutor fit, sed potius tunc demũ incipit. Lex enim nõ solùm tutelam vt hereditatem defert, sed etiam hoc ipso tutorem facit *l. legitimos* 5. *in princip. D. de legit. tut.* cũ tamen heredem etiam legitimũ non lex faciat, sed aditio hereditatis per legẽ delatæ. Rursus non sicut heres personam defuncti repræsentat, ita tutor personam pupilli, saltem vt eam induisse ac suscepisse videatur, cùm pupilli persona aliqua naturaliter & reuera sit, implicet verò cõtradictionẽ vt vnius personæ duæ sint personæ. Denique sicut eodẽ tẽpore & tutela & tutor incipit, ita eodẽ quoque tempore finitur, nec tamen similiter legis prouidentiam finiri oportet, quod contingeret si pupillus sine tutore remaneret, cùm mors tutoris nõ faciat quin reuera superstes sit pupillus, faciat verò vt consilio & auxilio tantò magis indigeat pupillus, qui adhuc pupillus est. At illud obseruatione dignum est, quod Iustin. scribit in *§. vlt. De legit. agnat. tutel.* agnationis ius capitis diminutione qualibet plerumque perimi. Quasi verò non semper ius familiæ perimatur minima capitis diminutione. Atque ita sentit Cuiacius in prioribus suis cõmentariis ad eum locum. Adferens tres constitutiones, duas Anastasij, tertiam Iustiniani per quas factum est vt post emancipationem quoque agnationis ius superesse videatur. Anastasius enim primùm constituit vt fratres emancipati ad fratrum legitimam successionem, tutelam, & curationem vocentur *§. 1 infr. De succ. cognat. §. vlt. infr. De gradib. cogn.* Extátque ea constitutio partim in *l. frater* 4. *C. de legit. tutel.* partim in *l. ne lucrum* 5. *C. de curat. furios.* Deinde alia constitutione fecit etiam vt si quis emancipetur ex sacro rescripto secundum formam præscriptam in *l. iubemus* 5. *C. de emanc. lib.* possit impetrare ab Imperatore vt rescripto comprehendatur ne familiæ iura amittat *l. si ab eo* 11. *C. de legit. hered.* Iustinianus verò emancipatorum quoque filiis idem ius concessit vt ad legitimas & hereditates & tutelas vocentur *l. vlt. §. cùm autem & seq.* C. *eod. tit. de leg. hered.* Sed ex omnibus his constitutionibus vna tantùm est quæ mihi videtur ad rem pertinere, Nimirum Anastasiana quæ à nobis secundo loco relata fuit. Ex cæteris enim probarẽ non possis ius familiæ non perimi per minimam capitis diminutionẽ. Neque verò id fecerunt aut facere potuerunt Imperatores, sed vt perinde post emancipationẽ salua sint iura hereditatis & tutelæ acsi iura familiæ amissa nõ essent, Quemadmodũ ab eodẽ Iustiniano post ea factũ est vt cognati succedant cum agnatis *Nouell.* 118. *de hered. ab intest. venient.* non quasi sint illi etiam agnati, quod Iustinianus facere non potuit, sed sublato iure agnationis, quod facilè tolli potuit ab Imperatore cùm esset nomen & inuentum iuris ciuilis. *d. §. vlt. de legit. agnat. tutel.*

L. heres 22. *D. de vsuc.*

L. legitimos 5. *in princ. D. de legit. tutor.*

Differentia tutelæ & hereditatis.

§. vlt. De legit. agnat. tutel.

§. 1. infr. De succ. cognat. §. vlt. infr. De gradib. cognat. L. frater 4. *C. de legit. tutel. l. ne lucrum* 5. *C. de curat. furios. L. iubemus* 5. *C. de emanc. liber. l. si ab eo* 11. *C. de legit. hered. l. vlt. §. cùm autẽ & seq. eod. Nouell.* 118. *de hered. ab intest. venient. §. vlt. de legit. agnat. tutel. d. l.* 3. *§. vlt. de legit. tut. De legit. patroni. tutel.*

ILLATIO IV.

De quasi legitima tutela parentis qui liberos suos manumisit.

QVartò ex hoc eodem Principio fit vt si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem & deinceps impuberes quos in potestate habebat manumiserit, aut quod hîc idẽ est, emãcipauerit vicẽ legitimi tutoris sustineat *d. l.* 3. *§. vl. De leg. tut.* Immò & legitimus tutor appellatur à Iustiniano in *tit. De leg. patron.* Exẽplo legitimæ tutelæ patronorũ, de qua diximus illat. 2. Cùm enim heri

Digitized by Google

non soleret olim emancipatio nisi per manumissionem deducto in seruitutē imaginariam eo qui emancipabatur. *l.3.§.vl. D.de cap.min.l.vl.C.de emanc.lib.* consequens erat vt parens qui emancipauerat, etiam manumisisset, ac proinde vt manumissoris ita & patroni iure censeretur *l.1.& tot.tit.D.si à par.quis man.* Qui tamen patroni & manumissoris nomen non assumit, sed retinet nomen patris, quod multò dulcius est, non sic absolutè legitimus tutor dicitur ille vt patronus, sed legitimi tutoris vicē sustinere, quia nec reuera patronus esse potest, cùm seruitus filij emancipati non fuerit vera, sed imaginaria, sed tantùm dicitur eadem habere iura in bonis filij emancipati, quæ habet patronus in bonis liberti. *§.praterea sup.quib.mod.ius patr.potest.solut.* Et ex hoc nimirum illa etiam proficiscitur differentia inter legitimam hanc parentum tutelam, & cæteras legitimas, quòd cùm cæteræ aut ad patroni liberos, aut ad sequentiū graduum agnatos ex ordine deuoluantur, vt suprà diximus, hæc tamen ad parentis eiusdémque manumissoris liberos non transfertur, sed fiunt illi tutores fiduciarij eius cuius fuerat ipsorum pater tutor legitimus, vt subiicitur ex Modestino in *l.quo defuncto 4.D.de legit.tutor.* & latiùs explicat Iustinianus in *tit.De fiduciar.tutel.* vbi ait Patrono legitimo tutore mortuo ipsius quoq; liberos, tutores legitimos esse, quoniam libertus si seruus mansisset, vtiq; eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset. At filius defuncti à viuo patre emancipatus, si non esset emancipatus, sui iuris per mortem patris efficeretur, nec recideret in fratrum potestatem. Ergo nec in tutelam, Ex qua ratione si vera est, intelligimus, si auus qui habebat in potestate sua filium, & ex filio nepotē, emancipauerit nepotem impuberē atq; ita legitimus ipsius tutor factus postea decesserit superstite filio, eodémq; patre emancipati, legitimā illā tutelam quæ apud auum fuerat ad patrem deuolui, quoniam si non esset emancipatus recideret in patris sui potestatem, nihilq; vetat legitima parentum tutela hanc contineri, cùm pater etiamsi manumissor non sit parens tamen sit. Dubitationem nihilominùs hic facit, quod nullibi mentio fit legitimæ parentum tutelæ nisi cùm agitur de tutela quæ sit penes ipsum manumissorem. Item quia in *l.1.§.penult.D.si à parent.quis manum.* generaliter scriptum est liberos manumissoris non venire ad bonorum possessionem contra tabulas filij, quamuis patroni veniant, Nisi velimus hoc intelligi de iis liberis qui aliud ius nullum habeant, nisi quod sint liberi manumissoris, aliud verò esse in iis qui non tantùm liberi sunt manumissoris, sed etiā parentes manumissi. Quod sanè nō fuerit improbabile. Quęnā enim videri potest fieri iniuria nepoti qui ab auo fuit manumissus, cùm si manumissus nō esset, recideret nūc in potestatēpatris? Sanè quod in *d.l.1.§.nepos*, scriptum est, auum solum admitti ad nepotis successionem, huic sententiæ non obstat. Procedit enim id cùm auus idémque manumissor superstes est nepoti, nos eum casum tractamus, quo decesserit, auus viuo nepote, qui in patris sui reciderit potestatem. Itaque nihil necesse est vt cum Iacobo Cuiacio dicamus rationem illam qua Iustinianus vsus est in *dict.tit. De fiduc.tut.* aut falsam esse in auo & patre, aut nimis subtilem, Nec rursus vt cum eodem Iacobo Cuiacio melioris rationis loco dicamus non vt liberis patroni, ita liberis emancipatoris lege deberi hereditatē ex *d.§.liberos*, lā enim diximus posse id & debere intelligi de iis liberis qui nō sint etiā parentes eius qui manumissus fuit. Cur non enim horum diuersa ratio constituatur, cū in eorū

potesta-

I.3.§.vlt. de cap.min. l.vlt. C. de emancip. liber.

l.1.& tot.tit. Si à parent. quis manu. fit.

§. praterea supr. quib. mod. ius patr potest solut.

l quo defuncto 4. D.de legit. tutor. Tit. De fid. tutel.

L.1.§ pen. D.si à parē. quis manu. fit.

d. l. 1.§.nepos.

Digitized by Google

potestatē fuerit recasurus is qui manumissus est, si manumissus non fuisset? At neque video cur cū Cuiacio dicendū sit parētē emancipatorē fiduciarium tutorē esse non legitimum: cùm legitimā parentū tutelam dixerit Iustinianus in illo *tit. De legit. parent. tutel.* Fateor si magis propriè loqui velimus, nō tā legitimū tutorem dici debere, quàm legitimi tutoris loco esse, vt loquitur Vlp. in *d. l. 3. §. vlt. De legit. tutor.* Sed nego esse fiduciariū propriè, cùm id fiduciarij tutoris nomē ei demū cōueniat, qui neque legitimus tutor, neq; quasi legitimus videri possit, vt sunt inter se liberi manumissoris. Scio Vlpianū *tit. 11. §. 4.* ita scribere, vt dicat tutorē fiduciariū appellari eū, qui liberū caput mācipatū sibi, vel à parente, vel à coēptore manumisit, pérq; similitudinē patroni tutorē eū effici. Sed potest id de coēptore manumittente intelligi potiùs quàm de parēte. Coemptor enim sicut nō nisi fiduciarius pater est, vt ibidē rectè Cuiac. interpretatur, ita nō nisi fiduciarius tutor esse potest. At parēs sicut nō minùs legitimus quàm naturalis pater est ante emācipationē, ita & post emancipationem remanet legitimus tutor, non fiduciarius. Tātò magis quod sit tutor ad exēplū patroni, qui verè legitimus est. Nec alia inter eos differentia est, nisi quod per legē 12. tab. defertur nominatim patrono hereditas liberti, nō etiā patri heredi tas filij emancipati. Est enim ex prætoris edicto, vt emācipatus filius exitū faciat liberti *d. l. 1. & tot. tit.* D. *si quis à parent. man. sit.* Et ideò Vlp. in *d. l. 3. §. vl.* nō ait legitimū tutorē esse, sed legitimi tutoris vicē obtinere, quod lōgè aliud est, quàm fiduciarium tutorem esse. Qui enim tantùm fiduciarius tutor est, is neque legitimus est, nēque legitimi vicem obtinet, vt colligitur non obscurè ex coniunctione *l. 4. eo. tit.* licè: Cuiacius dissentiat, nullā agnoscens differētiam inter tutelā quę defertur patri manumissori, & eā quę ipsius liberis, nisi qnòd ea quæ patri defertur non tantùm fiduciaria dicatur, sed etiam legitima, quę verò ipsius liberis nō nisi fiduciaria: Cuius tamen differētię quęnā esse ratio possit, non video, si putemus cūCuiacio vicē legitimi tutoris sustinere hoc casu nihil aliud esse, quàm fiduciariā tutelā habere. Illud multò minùs ferre possū quod idēCuiacius ad Iust. scribit verba illa *d. l. 4. si liberi perfectæ ætatis existāt* Triboniani esse nō Modestini. Cùm Iustinianus ipse testetur in fine dicti *tit. De fiduc. tutel.* eam fuisse iam olim condicionē fiduciarię tutelę, vt non aliis deferretur, quàm qui perfectæ essent ętatis, quod in legitimis tutelis diuersum erat. Quippe cùm legitimę deferrentur, vt diximus agnatis proximis exemplo hereditatū; nemo autē eo minùs sit agnatus proximus quòd sit etiā pupillus, aut minor annis vigintiquinque. At fiduciariæ iis demum quorum fides in tuendo pupillo certissima videretur, ita vt cessante legitima tutela, nō esset alia persona, cui rutiùs tutela committi posset. Quis verò tantam fidem adhibeat impuberi, aut minori annis, qui sibi ipsi, nec consulere possit, nec fidere debeat? Neque verò hac parte quod ad fiduciariam tutelam attinet Iustinianus quicquā innouauit, sed quod in fiduciaria tā tùm obtinebat, vt tutorē ætatis perfectę esse oporteret, id ille generali constitutione ad alias quoque protraxit, id est etiam ad legitimas, & datiuas non tamen ad testamentarias *l. vlt.* C. *de legit. tutel.* vbi rationem reddit quod ferendum non sit, vt idem & tutor sit & sub tutela constitutus, idem & curator sit & sub alterius cura agat, ne & nominum & rerum fœda confusio inducatur. Non æquè illud reprobo, quod idem Cuiacius notat aliis plerisque locis in quibus scilicet de fiduciaria tutela non agitur eam condicionem *si perfectæ ætatis sint* additam esse à Triboniano respiciente ad su-

Tit. De legit. parent. tutel. d. l. 3. §. vlt. de legit. tutor. Vlp. in frag. tit. 11. §. 4.

Legitimi tutoris vicem obtinere, & fiduciarium tutorem esse differentia sunt.

d. l. 4. D. de legit. tutor.

L. vlt. C. de legit. tutel.

Digitized by Google

l. tutela 16. *§.1. D. de tutel. l. si reliquero* 8. *D. de legit. tutor. l.* 1 D. *de fideiuss. tut.*

pradictam Iustiniani constitutionem, vt in *l. tutela* 16. *§.* 1. D*e tutel. l. si reliquero* 8. D. *de legit. tutor. l.* 1. D. *de fideiuss. tutor.* vbi valde ineptè meo iudicio ad Pomponium tractantem non de tutore, sed de tutoris herede, quem lex ait explicare debere omnia quæ fuerunt per defunctum inchoata, subiecit Triboniamus condicionem *si legitimæ ætatis & masculus sit.* Quasi verò tutelæ obligatio à defuncto contracta ex persona ipsius heredis, siue pupillus, siue fœmina reperiatur, vel imminui debeat, vel immutari : contra regulam *L. 2. §. ex his* D. *de verbor. obligat.* ac non potiùs per ipsius heredis eiusdémque impuberis tutorem prouideri, vt ea omnia ipsius nomine fiant, quæ ille per seipsum si perfectæ ætatis esset facere cogeretur, Alioqui cur pupilli pubertatem expectare debeat is qui neque cum pupillo, neque cum ipsius decessore contraxit, aut ex eius ætate damnum aliquod subire? *l.* 3. D. *quib. ex caus. in possess. eat. l. Æmilius* 41. D*e minor. l. sub prætextu* 4. *C. de heredit. actionl si intra* 8. *in fin. C. de non numer. pecun. l. si tibi* 8. *C. mandat. l. sed cùm ab here de* 12. D. *ad* SC. *Trebell.* Nec sanè Iustiniani constitutio de tutoribus tantùm lata ad hunc casum pertinet, vt proinde tantò minùs ignoscendum sit Triboniano, qui Pomponij sententiam & consequenter ipsam iuris rationem quantum in ipso fuit, corruperit. Quod autem monuimus eam constitutionem ad testamentarios tutores non pertinere non sic accipi volumus, quasi existimemus minorem annis vigintiquinque testamento tutorem datum ante legitimam ætatem tutela onerari posse: sed hoc sensu, vt nil necesse fuerit hac parte quicquam immutari ex iure vetere, ex quo iam obtinebat, vt si quis minor annis tutor datus esset, is non priùs tutor esse inciperet quàm ætatem legitimam cõpleuisset *§. furiosus qui testam. tutor. dar. poss. l. quero* 32. *§. vlt.* D. *de testam. tutel.* benigna scilicet interpretatione voluntatis defuncti, quem credendum est cùm filio tutorem dedit ei quàm optimè facere potuit prospicere voluisse: quod vtique non posset videri fecisse dando tutorem eum qui ipse tutore, vel curatore indigeret. Vnde etiam est quod furiosus testamento tutor datus sub ea condicione datus intelligitur, Cùm mentis compos erit *d. §. furiosus. & l. furiosus* 11. *D. de tutel.*

l. quero 32. *§. vlt* D. *de testa. tutel.*

ILLATIO V.

De satisdatione à legitimis quoque tutoribus præstanda.

L. *legitimos* 5. §. 1. D. *de legit. tutor.*

QVintò ex eodem Principio fit, vt legitimi tutores nõ minùs quàm qui à magistratu dantur, satisdare compellantur. Rem pupilli saluam fore *l. legitimos* 5. §. 1. D. *de legit. tutor.* Cùm enim lex 12. tab. sicut hereditatem ita & tutelã deferat proximo agnato sine delectu ætatis, aut indicij, aut fidei & probitatis, atque ita plerumque eueniat pertinere tutelam ad eum qui rẽ pupilli malè profligaturus esset si non pupillo prospiceretur, conueniens fuit præcæteris omnibus tutoribus hos potissimum satisdatione onerari quibus lex tutelã daret. Nam in his qui à magistratu dantur potest interdum non esse necessaria cautio si fortè, quod plerumque fit, dati sint ex inquisitione. Fides namque inquisitionis pro vinculo cautionis cedit *l. si impuberi* 13. *in fin.* D. *de tutor. & cura. dat. l. bonorum* 8. D. *de curat. furio.* At nulla inquisitio fit in tutores datos à lege. Adeò autẽ verũ est legitimos tutores satisdare cõpelli, vt nec patroni ipsi excipiantur, eorũ verò liberi multò minùs *d. l.* 5. *§.* 1. D*e legit. tut.* vbi tamẽ subjicitur

L. si impuberi 13. *in fin. D. de tutor. & cur. dat. l. bonorum* 8. D. *de curat furios. d. l.* 5. *§.* 1. *de legit. tut.*

melius

melius esse, vt prætor non nisi causa cognita hoc statuere debeat, vtrum scilicet debeat satisdare patronus liberique eius an non, Vt si persona patroni honesta sit remittatur ei satisdatio, & maximè si liberti substantia modica sit. Si autem patroni persona vulgaris, vel minùs honesta sit, ibi dicendum sit locum habere satisdationem, vt denique aut modus tutelæ, aut persona, aut causa admittat satisdationem. Quamquam tota hęc distinctio mihi non parum suspecta est. Etsi enim ab æquitate non abhorret si eam spectes reuerentiam, quæ patrono patronique liberis à liberto debetur, tamen à iuris ratione pupillorúmque vtilitate quæ spectari potissimùm debet aliena esse videtur. Tunc enim maximè legitima tutela satisdationem exigit cùm patrono defertur, ne alioquin eueniat, vt quantumuis malè fuerit administrata miser tamen libertus non facile contra patronum agere audeat, multò faciliùs & vtilius contra patroni fideiussorem acturus si quis esset. Fatendum tamen est cum Papiniano in *d.l.si impuberi 13.§.1. De tutor. & curat. dat.* non facilè cautionem hanc exigi à patrono, propter ipsius nimirum reuerentiam, quæ & alia pleraque contra iuris rationem extorsit. *d.l.si impuberi 13.§.1.*

ILLATIO VI.

De tutela vni ex pluribus etiam legitimis tutoribus decernenda.

SExtò ex eodem Principio fit vt in legitimis tutoribus sicut & in his qui à magistratu dantur, tutela vni decerni possit *d.l.5.§.in legitimis D. de legi. tut.* Quid enim si quidam ex agnatis proximis, vel furiosi sint, vel absentes? Non eo minùs erunt tutores, quia nec furor, nec absentia tollit spem legitimæ successionis sicut ius agnationis, nec gradus proximitatem. Sed tamen quia nec absens, nec furiosus tutelam administrare potest, vtilitas pupilli exigit, vt vni ex iis qui in eodem gradu agnationis sunt, qui & præsens & prudens sit administratio mandetur. Separanda igitur hîc est, vt alibi sæpe tutelæ administratio à tutela. Nam & hoc casu tutela penes omnes erit, Tutelæ autem administratio penes eum solum cui fuerit à magistratu decreta & mandata. Tutela ipsa datur à lege: Tutores enim legitimos nemo dat, sed lex duodecim tabularum facit tutores, & consequenter ipso iure tutores sunt, quamùis absentes & furiosi *dicta lege 5. in princip.* At tutelæ administratio mandatur à magistratu prout exigit vtilitas pupilli. Ideóque dicimus tutelam esse iuris, tutelæ verò administrationem iurisdictionis *l. inter tutores 36. De administr. tutor.* Subinde quæritur Vlp. in *d.l. 5. verf. an ergo.* An cùm plures sunt eiusdem gradus tutores, legitimi possint se inuicem prouocare, si qui eorum ambiant administrationem, eámque sibi solis deferri velint, vt scilicet offerendo satisdationem præferantur cæteris qui satisdare, vel nolint, vel non possint, nõ vt soli sint tutores, quod fieri nequit, sed vt soli habeãt administrationem. Et ait magis esse, vt si non omnes satisdederint, vel si finita sit satisdatio (nonnumquam enim satisdatio ab eis non petitur, aut satis cautum esse desinit, inopibus factis fideiussoribus, aut si magistratus municipales ab his quos dederint, aut nõ potuerunt, aut noluerũt satis exigere, dicẽdũ sit in his casibus in quibus cautum non est admittẽdã esse prouocationẽ, Nimirũ propter vtilitatẽ pupillorũ, quorũ sanè interest, vt cæteris paribus eos habeãt si nõ tutores saltem administratores per quos magis cautũ eis sit. Vnde etiam fit vt *d.l.5.§.in legitimis D. de legit.tut.* Alia causa administrationis, alia tutelæ. *L. inter tutores 36. D. de admin. tutor. d.l. 5. verf. an ergo.*

in tutoribus teſtamento datis tametſi non cogantur ſatiſdare rem ſaluam fore ſi quis tamen ex eis cùm plures à teſtatore nominati ſunt, offerat ſatiſdationem, vt ſolus adminiſtret audiendus ſit & aliis omnibus præferendus ſi modò reliqua ſint paria, nec illi etiam ſatiſdare parati ſint, alioqui non debent excludi alterius oblatione, vt idem Vlpianus tractat in *l. teſtamento* 17. *D. de teſta. tutel.* Sed hîc eadem exceptio adhibenda eſt quæ in precedenti illatione rationе tutelæ patronorum: Nec enim admittenda eſt in patronis prouocatio maximè in illis caſibus in quibus neceſſaria ſatiſdatio nō eſt, Niſi ex magna cauſa, Ne ſpes ſucceſſionis quā patroni omnes æqualē habent aliis per alios diminuatur: Nā ſi nō omnibus patronis tutela cōmittatur, periculū eſt ne is cui cōmiſſa nō eſt damno afficiatur per cōpatronū, qui ſolus rē pupilli malè adminiſtret *d. l. 5. §. pen. De legit. tutor.* Quę tamen ratio qualis ſit ego vt verū fatear nō intelligo. Quomodo enim per cōpatronū qui ſolus malè adminiſtret dāno afficietur alius patronus cui fuerit bene cautum per ſatiſdationē? An non ſecurus eſt omni caſu is qui ſatis accipere maluit quàm adminiſtrare *dict. l. teſtamēto* 17. *in fine principij De teſt. tutel.* At ratio hęc bona eſt in patronis, cur ergo aliud reſpondetur in agnatis? An nō & illi æquè iuſtā ac probabilem ſucceſſionis ſpem habēt à lege ſi agnati tātùm ſint, adeóque à natura ſi ſint etiā cognati? propter quod nimirū etiā tutores à lege fiunt. Itaque vel ex hoc maximè loco apparet verū eſſe quod precedenti illatione monuimus nō ſibi temperaſſe Tribonianū quin totā hanc Vlpiani diſputationē corrūperet. Nihil enim ei familiarius eſt quàm vt id faciat, & quidem rationibus, vt plurimùm abſurdis & ineptis, itémque additis illis verbis *niſi ex magna cauſa*, vt & in *l. 1. in fi. D. de vſufr. lega.* quod & oſtendunt verba illa tam inſulsè bis repetita Tribonianeo more *An ergo &c.*

l. teſtamento 17. D. de teſtam. tutel.

d. l. 5. pen. de legit. tut.

Tribonianiſmus apud Vlpianum.

ILLATIO VII.

De *tutela legitima etiam illo caſu quo teſtamentum factum ſit.*

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ſi pater teſtamentū quidem fecerit, ſed in eo tutorē nullum filio dederit perinde legitimę tutelę locus fiat, acſi teſtamentū nullū factum eſſet, quia ſcilicet quod ad tutelā pertinet, verū eſt patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe *l. inteſtato* 6. *D. de legit. tutor.* Cùm enim lex 12. tabu. permiſerit patrifamilias, vt non tantùm de familia pecuniáque ſua, ſed etiam de tutela legem quam velit dicere poſſit, qui de pecunia & familia tātū teſtatur nō etiā de tutela, nō equidē dicitur pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, cùm habeat heredem qui perſonā ipſius in ſolidū repręſentet, ſed tamen non eò magis poteſt dici teſtatus quātū ad tutelam, quæ ſcilicet nihil cōmune habet cum iure familię & hereditatis. Ex quo intelligimus legitimas tutelas dici, nō quę iis deferantur qui ab inteſtato ſucceſſuri ſint (quid enim ſi pater filio impuberi pupillariter ſubſtituerit extraneos?) ſed qui omnimodo ſucceſſuri eſſent ab inteſtato ſi teſtamentū pater filio non feciſſet, qúique etiā citra voluntatē patris ſucceſſuri ſuot impuberi ſi quando ille poſt annos pupillares ſine liberis moriatur: cùm pupillare teſtamentū quod pater filio fecerit pubertate finiatur, aut potiùs extinguatur & irritum fiat *l. in pupillari* 14. *& paſſ. De vulg. & pup. ſubſt.* Sed etſi pater teſtamēto tutorem filio dederit, nō tamen omnino legitimus tutor excludetur, quia ſi tutor ille teſtamento datus adhuc filio impubere manente deceſſerit, legitima ad proximum agnatum qui tum

l. inteſtato 6. D. de legit. tutor.

Legitimæ tutelæ quæ dicantur.

fuerit

fuerit reuertetur *d.l.inteſtato in fin.* De quo ſcripſimus illat.3.ſupr. *d.l.inteſtato in fin.*

ILLATIO VIII.

De tutela legitima pluribus eiuſdem gradus agnatis deferenda.

OCtauò ex eodem Principio fit,vt quēadmodū ſi plures ſint gradus agnatorū qui proximus gradu eſt tutelā ſolus nanciſcitur,ita & ſi plures eodē gradu ſint,omnes ſimul & æqualiter tutelā nāciſcantur *l.ſi plures 9.D.de legit.tut.* Æquè enim proximi ſunt,qui eodē gradu ſunt,adeóq; etiāſi proponas nullos eſſe vlterioris gradus agnatos, Proximus ſiquidē ille dicitur nō qui aliquē, ſed quē nemo antecedit *l.qui duos 9.in fine prin.D.de reb. dub.l. proximus 92.l. proximi 155.l.in vulgari 162.De ver.ſign.* Nec rurſus quicquā vetat in eodē gradu plures perſonas eſſe,quarū proinde ius par & æquale eſſe neceſſe eſt. Itaq; cū lex 12.tabul.ſic locuta eſt *agnatus proximus familiā habeto* in numero ſingulari, nō perſonę,ſed gradus ſingularitatē & proximitatē demonſtrauit.Sicut & in illis præcedētibus.*ſi ſuus heres non erit* ſui heredis nomine cōplexa eſt quotquot poſſunt eſſe in eiuſdē patris familia ſui heredes,etiāſi ſint diuerſi ſexus. Quod cùm ita ſit non video qua ratione verum eſſe queat quod ſcribitur ex Paulo in *l.ſi reliquero 8.eo.* Si reliquero filiū impuberē & fratrē ipſius & præterea nepotem ex alio filio vtroſq;eſſe tutores.Conſtat.n.quòd ſi impubes hic decederet inteſtatus,heredē legitimū eſſet habiturus fratrē ſolū,non etiā prędefuncti fratris filiū,Nec enim fratris filius cū patruo in patrui ſucceſſione olim cōcurrere poterat,cùm vno gradu eſſet remotior,nec ius repræſentationis inter tranſuerſales locū haberet *l.3.l.lege 14.§.pen.ver.ſcilicet ſi frater C. de legit. her.* Sed illud multò magis me mouet,quod apud Paulū rationis loco adiectū video,*quia autē gradu ſunt.* Id enim nō ſolùm olim falſum erat,vt ex ſupradictis locis apparet,ſed nec hodie verū eſſe poteſt quamuis Iuſtinianus *Nou.127.vt fratr.filij ſucced.parit.& Nou.118.de her.ab inteſt.venient.c.3.de ſucceſ.ex later.venient.* vn deſūpta eſt *Auth.ceſſante* C.*de legit.her.* fratrū filiis cōceſſerit ius repreſentationis quod olim non habebat locū niſi inter deſcēdētes *§.cùm filius infr.De her. quæ ab inteſt.defer.* Nec enim Iuſtinianus fecit,aut facere vllomodo potuit,vt fratris filius in eodem gradu ſit in quo & frater(ſiquidem gradus à natura præſcripti & diſtincti ſunt,ac ſiue gradus cōputes ſecundum ius ciuile ita vt frater ſit in ſecundo gradu,ſiue ſecundum ius pontificiū conſtituas fratrem in primo gradu nūquā poteris facere,vt fratris filius non ſit remotior vno gradu quàm frater)ſed concedendo fratrū filiis ius repræſentationis illud tantùm induxit, vt fratris filius licèt vno gradu remotior ſit,perinde tamē cū patruo cōcurrere poſſit in patrui ſucceſſione acſi in eodē gradu eſſet:Vt pluribus à nobis tractatum eſt in diſputatione illa noſtra forenſi. De patrui hereditate inter ſolos fratrū filios in ſtirpēſne an in capita diuidenda.Itaq; dubitare meo iudicio nemo poteſt quin locus ille Pauli corruptus ſit à Triboniano reſpiciente ad ſupradictas Iuſtiniani cōſtitutiones.Idq; à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio nōn fuiſſe obſeruatum miror,cùm in eadem lege obſeruauerit ille(quod coniecturam & ſententiā noſtrā valde adiimat)eiuſdē Tribonianī eſſe verba illa *ſi perfecta ætatis ſint.* quæ procul dubio Pauli eſſe nō potuerūt, cuius quippe tēporibus ita ius erat,vel legitimæ tutelæ impuberibus quoque deferrentur, vt ſuprà diximus illat.4.Nec quicquam eſt quod ſcrupulū facere poſſit , vt ab interprete aliquo cōque valde imperito potius quàm à Triboniano ea verba ſuppoſita fuiſſe videantur,Niſi quod neque poſt Iuſtiniani conſtitutionē,vt diximus,verum eſt fratrē fratriſque filiū in eodem gradu eſſe.Sed poteſt dici Tribonianū

l.ſi plures 9. D. de legit. tutor.

Proximus quis dicatur.

l ſi reliquero 8 eod tit. De legit.tutor.

l.3.l.lege 14. § pen. C. de legit.hered.

Nouell 127. vt fratr. filij ſucced. par.& Nou. 118. De here. ab inteſt. venien. c. 3.

Tribonianiſmus apud Paulum.

Digitized by Google

ita ſcripſiſſe æſtimantẽ gradus nõ ex ſanguine,ſed ex iure ſuccedendi. In eodẽ námque gradu quod ad ius ſuccedẽdi attinet,eos eſſe neceſſe eſt,qui ſimul ſuccedunt,licèt alioquin à natura diſparẽ habeant gradũ.Planè idẽ Tribonianus in *§. vlt.Inſt.de capit.dimin.* poſteaquàm ſcripſit tutelã ad omnes agnatos pertinere ſi plures ſint eiuſdẽ gradus exemplũ ponit, Veluti inquit ſi plures fratres ſint,nec quicquã addit de fratrũ filiis,quos nimirum certũ erat cũ patruis ſuis concurrere nõ poſſe,cùm eo tẽpore nondũ factæ eſſent nouellæ illæ conſtitutiones quę iis ius repræſentationis indulſerunt.Ex quo ſuſpicari licet non tantùm Codicis quo vtimur,ſed etiã Pãdectarũ libros eſſe repetitæ prælectionis,Eiúſque rei argumẽta penè innumera extãt in tot legibus quas à Tribonianno fuiſſe deprauatas cernimus,vt eas accõmodaret ad ius nouũ quod Nouellis primùm Iuſtiniani conſtitutionibus fuit introductum. Sic ẽ contrario ſi quis fratris filius ſit impubes,& patruũ habeat & fratrem , habebit legitimũ tutorẽ fratrem ſolum non etiã patruum,non alia ratione quàm quod frater in proximiore gradu ſit,quàm patruus. Cùm tamen eadẽ prorſus ſit proportio inter patruũ & fratris filium cõparatione alterius patrui quæ eſt inter eoſdem cõparatione illius qui ſit frater fratris filij.Nũquã ergo patruus & fratris filius eodẽ gradu ſunt.*l.agnato* 10.*eo.tit.De legit.tut.* vbi Hermogenit patruũ eſſe legitimũ tutorẽ fratris filij habentis ſororẽ cõſanguineã:Non quaſi ſit in eodẽ gradu,ac cæteris paribus debeat maſculus præferri fœminæ in tutela , ſed quia fœmina etiã quę ſit propior agnato non obiicitur ei quominus ſit legitimus tutor impuberis agnati,vt in prin.eiuſdem legis ſcriptum eſt,Vnde nec matertera patruo magno nec amita fratris filiis obſtãt ne ſint iſti tutores, quamuis ſint illæ proximiores,vt ſequitur in eadem lege.Cùm enim dicimus legitimam tutelã proximo agnato deferri,præſupponimus terminos habiles , qui & alias ſemper ſunt præſupponẽdi,hoc eſt quod proximus ille agnatus tutor eſſe poſſit.In quo numero nõ poſſunt eſſe mulieres,quæ propter ſexus cõdicionẽ impediũtur ne tutelã,quod virile officium eſt,gerere poſſint *l.tutela* 16. *D. de tutel.* Eadémque ratio facit , vt ſurdus & mutus quãuis agnati proximi ſint,non magis tamen legitimi tutores eſſe poſſint,quàm vel teſtamento,vel à magiſtratu tutores dari *d.l.agnato in fin.* Quid enim refert an cõdicione ſexus an valetudinẽ impediatur quis ne tutor eſſe poſſit?Pupilli melior olim cauſa fuit , Etſi.n.nõ magis alienis quàm propriis rebus cõſulere poſſet, legitimus tamen tutor eſſe poterat quaſi qui per tutorẽ ſuũ poſſet gerere alterius tutelã ſicut &cętera negotia omnia,ſuppleto nimirũ iudicio & conſilio pupilli per iudiciũ &conſiliũ tutoris,Propterea quòd vt alibi monuimus certũ eſt ętatẽ allaturã eſſe iudiciũ pupillo,at non æquè reſtituturã ei ſanitatem,ſiue mẽtis,ſiue corporis.Id enim ſemper in euentu incerto poſitũ eſt *l.ambiguitatem* 12.*C.de vſufr.* De illo ſanè qui audit minùs,id eſt tardiùs,nec dubitatio eſt,quin tutor eſſe poſſit,nec tantùm legitimus ſi idem agnatus proximus reperiatur,ſed etiam teſtamentarius & datiuus *l.vlt.eod.tit.De legit.tutor.* Sed & alia ratio impedit ne mutus & ſurdus tutores eſſe poſſint,Nempę quòd nec ipſi tutorẽ habere poſſunt,niſi ſint etiã impuberes,ſed curatorẽ tãtùm vt & cęteri omnes,quĩ alia de cauſa qualibet prętęrquàm ętate prohibẽtur ne ſuis rebus ſupereſſe poſſint *l.his qui* 12.*D. de tut.& cur.dat.l.*2.*D.de cur.furioſ.* Quomodo igitur fieri poſſet,vt ex perſona muti , vel ſurdi videretur tutor eſſe impuberis agnati ille qui nec ipſius muti, aut ſurdi eiuſdémque proximi agnati tutor eſſet,at curator dũtaxat? In pupillo autem qui tutorem habet non idẽ tractari poteſt:Nihil enim vetat ex perſona pupil-

§. vl infr. de capit. diminut.

l. agnato 10. *D. de legit. tutor.*

l. tutela 16. *D. de tutel. & l. agnato in fin.*

l. ambiguitatem 12. *C. de vſufr.* *l. vlt. de legit. tutor.*

l. his qui 12. *De tutor. & curat. dat l.* 2. *D. de curat. furioſ.*

Google

na pupilli eiusdémque agnati, tutelam alterius impuberis gerere illum qui legitimi tutoris fit tutor.

PRINCIPIVM III.

De *curatore furiosi, dementis, & prodigi.*

Ex duodecim tabularũ furiosum, itémq; prodigũ cui bonis interdictũ est in curatione iubet esse agnatorũ, vt Vlp. scribit in *fragm. tit.* 12. *De curat.* §. 1. & in *l.* 1. *in pr. l. sæpe ad aliũ* 13. *D. de cur. furios. l.* 1. *& l. vlt.* §. *sin autẽ testamentũ C. eo.* Ac de furioso quidẽ ea fuerũt verba legis 12. tab. *si furiosus existet, agnatorũ gentiliúmq; in eo pecuniáq; eius potestas esto*, vt refert Cicero *lib.* 2. *De inuent. & lib.* 1. *Reth. ad Heren.* itémq; *lib.* 1. *Tuscul.* vbi monet legẽ de furioso locutã esse nõ de insano vt & Iureconsulti nostri passim separant furiosum ab insano, aut quod idẽ est à demente vt in *l.* 2. *D. de inof. test. l. tam dementis* 21. *C. de episc. audient. l. si furiosi* 25. *D. de nup. l. vlt. C. de adm. tut.* Insaniã enim seu stultitiã & dementiã consuerunt veteres nihil aliud esse quàm mentis incoństantiã sanitate vacantẽ, sed quæ tamen officiorũ mediocritatẽ tueri possit. Furorẽ verò rati sunt esse mẽtis ad omnia excitatẽ. At de prodigo quęnã fuerint verba legis 12. tab. nõ ęquè scitur, & difficilior coniectio est, Præsertim cũ scribat Vlp. in *d. l.* 1. moribus ab initio introductũ illud esse. Ita innuens ius hoc moribus introductũ, lege ipsa 12. tab. vetustius fuisse: Alioqui non posset dici moribus introductũ quod in executione legis alicuius per multa secula obseruatum fuisset. Auget dubitationẽ quod ibidẽ Vlp. subiicit in hæc verba, *sed solent hodie prætores, vel præsides si talẽ hominem inuenerint, qui neq; tẽpus, neq; finẽ expensarũ habeat, sed bona sua dilacerãdo & dissipando profundit, curatorẽ ei dare exẽplo furiosi*. Quid enim necesse est, siue furioso, siue prodigo curatorẽ dari à prætore si sunt illi in curatione agnatorũ ipso iure? Puto ego ius interdictionis bonorũ faciẽdæ prodigo de qua Vlp. loquitur in *d. l.* 1. fuisse vetustius lege 12. tab. tanquã moribus magis quã ea lege inductũ, Idq; apparere ex eo, quod idẽ Vlp. *d. l.* 12. §. 1. sic loquitur vt dicat legẽ 12. tab. iubere, vt in agnatorũ curatione sit nõ omnis prodigus, sed is demũ cui bonis interdictũ sit scilicet à magistratu. Neq; enim fieri potuit, vt interdictio illa esset iuris, sed necesse semper fuit esse iurisdictionis, quia vtrũ prodigus quis sit & talis cui bonis interdici debeat, in facto nõ in iure cõsistit, quemadmodũ & illud vtrũ quis sit furiosus: Et sicuti prius est, vt furiosũ quẽ esse appareat quàm vt eũ lex 12. tab. constituat in agnatorũ curatione, ita & vt quis prodigus fuerit declaratus, Quod tamen vt fiat vix euenire potest, quin eodẽ decreto eadémq; formula prudens magistratus prodigo bonis interdicat. In eámque rẽ sollẽnia erãt verba illa, quæ Paulus refert *lib.* 3. *sent. tit.* 4. *Quando tu bona patria auitáque nequitia tua disperdis, liberósq; tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re cõmercábq; interdico*. Quibus verbis prolatis, tum verò reperiebatur ipso iure cõstituta in potestate & curatione agnatorũ is, qui prodigus declaratus erat, non secus ac si furiosus pronũciatus fuisset. Sed támen cùm eueniret plerũque vt agnatus proximus, vel aliquis ex pluribus agnatis eiusdem gradus non multò sanioribus esset moribus, essétque nõ modò absurdũ, sed etiã periculosum hominis, siue prodigi, siue furiosi curã ei cõmitti qui ipse fortassis in eo esset, vt curatore potiùs indigeret, paullatim recessum est ab hoc iure legis 12. tab. visúmq; melius, vt tã furioso quàm prodigo prætor curatorẽ daret ex inquisitione 9. *furios. inf. De cur.* Nimirũ, aut agnatos omnes si sint eiusdẽ gradus & ęquè habiles ad eam curã suscipiendã, aut ex illis eũ qui prætori cõmodior videatur, vt scili-

l. 1. l. sæpe 13. *D. de curat. furios. l.* 1. *& vlt. C. eod.*

Quid sit dementia, quid furor.

d. l. 1. *D. de cura. furios.*

Verba solennia interdictionis.

Digitized by Google

cet à lege 12.tab.recedat prętor quã minimũ fieri poteſt.Planè ſi agnati omnes aut moribus ſuis,aut qua alia ratione impediantur ne furioſi, aut prodigi rem bene gerere poſſint,non dubitabit prætor etiam extraneum,id eſt,qui agnatus nõ ſit curatorẽ dare *d.l.ſæpe* 13.*D.de cur.fur.*quoniã id ſicut ex re& vtilitate furioſi,vel prodigi eſt,ita & ad publicã vtilitatẽ pertinet.Iſque meo iudicio ſenſus eſtVlp.in *d.l.*1.ex quo loco ſumi poteſt elegans diffinitio ꝓdigi,vt prodigus ille ſit,qui neque tẽpus,neque modum,neque finẽ expenſarũ habet.Cuius candẽ quam furioſi rationem eſſe tam apud legem 12.tab.quàm apud prætorẽ mirum non eſt,cùm quod ad patrimoniũ ipſius ſpectat furioſum faciat exi-

l.his qui 12. *§.vlt. D.de tutor.&cur.dat.*

tum,vt loquitur Vlp.in *l.his qui* 12.*§.vlt.De tut.& cur.dat.*id eſt cùm talis ſit, vt quamuis ex ſermonibus cõpos ſuæ mentis eſſe videatur,ſic tamen tractet bona ad ſe pertinentia,vt certũ ſit,niſi ei ſubueniatur deductum illum iri in egeſtatẽ,ſicut ibidem ex reſcripto Diui Pij Vlpianus ait.Quare nec mirũ eſt furioſo & prodigo cõmune illud eſſe,vt ambo ſint in curatoris poteſtate,in qua poſtea eſſe deſinant ipſo iure,ſtatim atque furioſus ſanitatem mentis, prodigus verò ſanos mores receperit *d.l.*1.In eóq;diuerſa ratio eſt curatoris qui furioſo, vel prodigo datur,&eius qui minori annis vigintiquinq;.Hic enim non habet minorẽ in poteſtate,Vnde eſt quod nihil facere poteſt nomine minoris,Præſertim verò eorũ quæ perſonã & factũ minoris deſiderant,ſed ea debet minor

l. cum in v-nã 7.*§.1.D. de appellat.*

ipſe facere cũ curatoris autoritate *l.cũ in vna* 17.*§.1.D.de app.*vbi &,quod manifeſtis eſt,negatur vtilẽ eſſe autoritatẽ curatoris ad acquirendã hereditatem, quia ſcilicet factũ perſonæ,quo opus eſt tale eſt,vt afficiat perſonã cámq;faciat hereditẽ,Curator autẽ minoris non perſonæ,ſed bonis eius datur ire.q; curator pupilli tutorẽ iã habentis.Nã & de illo loquitur Modeſtinus in *d.l.cum in vna* 51. Quamquã hac parte,id eſt cùm agebatur olim de acquirenda hereditate nõ erat maior autoritas curatorũ furioſi quàm minoris,Nec enim poterat ille, aut hereditatẽ adire nomine furioſi,aut furioſo adeunti hoc eſt additionis verba ſollẽnia proferenti autoritatẽ præſtare.Cùm plane abſurdũ vtrumq; videretur,vt vel hereditatẽ adiret is qui non eſſet ipſe inſtitutus,vel is qui aut additionis verba nõ intelligeret iudicio prorſus & cõſilio carens

l.vlt.§. ſin aute exalia C. de curat. furioſ.

*l.vlt.§.ſin autem ex alia C.de cur.fur.*vbi Iuſtinianus,ſiue dubitationis veteris tollendæ,ſiue noui iuris conſtituendi gratia poteſtatẽ dãt curatori furioſi non vt hereditatẽ adeat,aut vt furioſo bonorũ poſſeſſionẽ petenti autoritatẽ præſtet,ſed vt eius nomine agnoſcat eã bonorũ poſſeſſionẽ quæ antea ex decreto dabatur,id eſt cauſa cognita,Cùm ex edicto nõ daretur niſi ei qui eſſet ipſe vel heres inſtitutus,vel filius,vel agnatus,vel cognatus proximus qualis ſi furioſus eſt,furioſi curator eſſe nõ poteſt. Itaque decretũ neceſſariũ olim erat atque ita accipiendũ quod de bonorũ poſ-

l.1.de bonor. poſſ. furioſ. l. ſi ad pupillum 11. *D.de autor. tutor. l. mutum* 5. *§.1.D. de acquir. hered.*

ſeſſione per curatorẽ furioſi nomine agnita ſcriptũ eſt *in l.*1.*D.de bon poſſ.fur.&* *in l.ſi ad pupillum* 11.*D.de aut tut.*Prodigi alia ratio fuit:Potuit enim ille ſibi delatam hereditatẽ adire *l.mutum* 5.*§.*1.D.*de acq. her.* adeóque ſine curatoris ſui autoritate(eſt namq;inutilis in hanc rem autoritas curatoris *d.l.cum in vna* 17. *§.vl.*De *app.*)Sed an ita fortaſſe ſi damnoſa non eſſet.Qui enim damnoſam hereditatẽ adit cùm hoc ipſo ſe obliget ære alieno,vt quãuis nõ ſit ſoluendo hereditas de ſuo tamen creditoribus teneatur *l.more* 8.*de acq.her.l.quæ dotis* 33.*D. ſolut.matr.*patrimonium ſuum proculdubio diminuit quod facere nullomodo poteſt is cui bonis interdictũ eſt.Acquirere enim ei permittitur non diminuere *l.is cui bonis* 6.D.*de ver. obligat.* Loquor de eo cui bonis interdictũ eſt,non de prodigo ſimpliciter,quia prodigus,quãtumuis apertè prodigus vtiliter alienat

l is cui bonis 6.D.de ver. obligat.

& quo-

& quomodo contrahit quousque fuerit ei interdictũ *l.tres tutores* 55.*§.vlt. D.de admin.* Non esse autẽ nouã distinctionem illam nostram, vtrum heredi tas à prodigo adita sit lucrosa necne, colligi potest ex eo quod Caius de pupillo scribit in *l.obligari* 9.*§.hereditatem D.de aut.tut.* scribit non posse illũ sine tutoris auctoritate adire sibi delatam hereditatẽ quamuis lucrosa sit, nec vllũ habeat damnũ. Neque enim absurdũ est pupillum minus iuris hac in re habere quàm prodigum. Etenim pupillus iudicio prorsus careat in omnibus, prodigus verò in eo dũtaxat quod ad rerũ suarum administrationem pertinet, aut potius quod ad sumptus faciendos, quibus quoniam nescit parcere ob eam solam causam malè res suas gerere fingit, potiùs quàm quòd earum bene gerendarũ rationem non intelligat. Verum illud fit, quod proximè diximus vt quæcunque geruntur per eũ qui sit cui prodigus non eo minùs valeant, nisi sit ei bonis etiã interdictũ, quia nihil hoc prodigo est, neque deest, propter quod debeant irrita esse aut fieri quæ per prodigum geruntur si tollas autoritatẽ interdictionis. Verùm hæc ipsa ratio, vt quod generaliter & indistinctè scriptum est in *d.l.*5.*§.*1. *De acq. her.* cui bonis interdictum est, posse adire hereditatem generaliter quoque & indistinctè accipiendum sit, tametsi hereditas sit damnosa, quoniam videtur id esse extra causam interdictionis, cùm is qui adit hereditatem hoc ipso nihil ex propriis bonis diminuat, sed ex alienis acquirat, si id quod principaliter agitur spectemus. Fateor obligari cum ære alieno, & consequenter fieri pauperiorẽ si hereditas non sit lucrosa. Sed nõ solet spectari nisi quod principaliter agitur non etiam quod euenit per consequentias *l.*1.*l.quod dicimus* 7.*D.de act.rer.* Adde quod difficile erit vt vllo casu possit prodigus cui bonis interdictum est adire hereditatem quantumuis reuera lucrosam, cùm neque possit adire sub illa conditione si hereditas soluendo erit *l.eum qui duobus* 51.*§.vlt.de acq.her.* (siquidẽ actus legitimus est qui nec diem recipit nec condicionem *l.actus legitimus* 77.*De reg.iur.*) neque fieri queat vt sub specie opulentissimæ hereditatis nõ lateat periculum æris alieni quod tandem post multos annos possit emergere *l.*4.*D.ad SC.Treb.* Proinde nullum tempus erit quo sciri certo possit an hic prodigus factus sit heres per aditionem, non magis quàm vtrum aliquo tẽpore futurum sit vt æs alienum emergat, quod nondum sit exploratum. Atqui hæc aditio cùm sit actus legitimus vt diximus manere in suspenso, non potest nec proinde acquisitio quæ fit per aditionem. Ergo necesse est ita ius constitui vt prodigus etiam cui bonis interdictum est, vel adire sibi delatam hereditatem nullomodo possit, vel si potest, hoc ipso statim fiat heres tametsi hereditas damnosa. At, inquies, ita fiet vt adeũdo ex bonis suis diminuat quantũ est necesse ad exsoluendũ æs alienũ quod futurũ sit supra vires hereditatis. Verùm etsi diximus parũ id curandum esse cùm nõ fiat nisi per cõsequentias, Ne tamen posito iure paullatim dici incipiat non esse permittendum prodigo cui bonis interdictũ fuit vt sibi delatã hereditatẽ adeat quãtumlibet opulentã, at-que in prodigorũ necein conuertatur quod in euidentissimã eorundẽ vtilitatem constitutum est cõtra *l.nulla* 25.*D.de legib.l.quod fauore* 6.*C.eo.l.sancimus* 7.*C.Treb.l.generaliter* 5.*§.*1.*in fin.C.de secund.nup.* Verũ quia dici solet pro alienatione censeri quoque prohibita omnia per quæ ad alienationem deuenitur, puta obligationẽ, pignoris dationẽ & alia huiusmodi de quibus in *l.de reb.alien.non alien.* iunct.*l idemque* 16.*§.*1.*D.pro socio.l.oratio* 16.*D.de iurisd.omn.iud.l.prætor* 7.*§.quid sit autem D.de iur.delib.l scire oportet* 21.*§.*1. D. *de tut.* Respondeamus apertius & certius aditionẽ hereditatis etiam dam-

l. tres tutores 55. *§.vlt. D.. de adm. tutor.*

l.obligari 9. *§. hereditatem D. de aut.tutor.*

Spectãdum est id quod principaliter agitur, non quod per consequentias.

l. eum qui duobus 51. *§. vlt. de acq. hered.*

l. 4. *D. ad SC.Trebell.*

Aditio he-

reditatis etiam damnosæ cur permissa sit prodigo sine auctoritate curatoris.

nosæ esse quid omnino separatum à causa interdictionis bonorum adeóque à ratione illa quæ fecit vt prodigus interdici debuerit bonorum suorum administratione, Nec enim aut lex aut prętor suspectos habet prodigi mores nisi quod ad eam administrationem per quã videt fieri posse vt prodigalitatis materia augeatur, quod verendum non est, in adeunda hereditate. Quis enim prodigus tam stultus sit vt siue damnosam siue suspectam hereditatem vltrò adire velit, fieriq; pauperior, & nouos sibi conciliare creditores à quibus pecuniã nullam acceperit, quam in suos luxus potuerit consumere? Nã nec prodigi solent res suas perdere ac profligare nisi vt genio suo indulgeant, ob idque videas vt plurimũ tenaces eos & auaros in iis sumptuum faciendorum occasionibus, ex quibus maior honestatis aut vtilitatis quàm improbæ voluptatis fructus sperari posset. Illud verò semper obseruandũ est loqui nos de eo prodigo qui maior sit annis vigintiquinque. Alioqui ætatis imbecillitas facilè efficiet vt pleraque nõ videat talis prodigus, quæ videret optimè si prodigus tantũ esset, quippe nihil cõmune habentia cum occasione malè expendendi vt in *l. verum* 11. §. *si locupleti D. de min.* Dices posse fieri vt in hereditate damnosissima sit aliquã tulum pecuniæ numeratæ, cuius occupandæ statimque profligandæ auiditate captus prodigus nihil non facturus sit, omne etiã fortassis nefas ausurus, nedum hereditatẽ sibi delatã, quod licitè facere possit, aditurus. Est enim hoc propriũ hominũ inconsideratorum vt cõtenti modico præsenti multò maiora vltrò remittant, propter quã causam prohibita est de alimentis transactio nisi quæ fiat prætore autore *l. cùm hi* 8. D. *de transact.* Sed respondebo esse hoc inconsiderati hominis potiùs quàm prodigi, faciléq; admittã prodigũ modico præsenti contentũ maxima quæque futura & speranda neglecturũ, sed non tam facilè posse admittere vt is modici illius presentis auiditate deceptus æquè præsens damnũ aut saltem periculum velit incurrere cõtrahendi exsoluendiq; æris alieni. Hoc enim esset non solũ multò inconsideratius (quanto scilicet grauius est damnũ incurrere quàm amittere lucrum) sed etiam alienius à prodigi malo proposito, quod nõ illud est, vt pauperẽ se quàm citò faciat, sed vt primùm cupiditates animi sui expleat, nullisque in cã rem sumptibus pareat, quod tamen tantò minùs vtique facturus sit quantò citiùs pauperem se fecerit damnosæ hereditatis aditione, nullo inde percepto quæsitóque libidini suæ oblectamento. Dubitari ferè probabiliùs potest, vtrum licere debeat prodigo cui bonis interdictum est hereditatem sibi delatam repudiare quia propiùs accedit ad alienationem repudiatio, quàm aditio hereditatis. Sed cùm is possit repudiare qui potest adire *l. is potest* 18. *D. de acquir. hered.* non est dubitandum quin prodigo liceat repudiare quem diximus adire posse. Nec enim de bonis suis quicquã diminuit qui hereditatem repudiat, sed tantum occasionem acquirendi amittit, quod facere illum posse constat etiam in fraudem creditorum, *l. quod autem* 6. §. 1. *vers. proinde & §. sed & illud* D. *quæ in fr. cr. l.* 1. §. *vtrum autem D si quid in fr. patron.* Prodigus verò ne hac in re separandus sit à cæteris, illud facit quod in repudiãda hereditate neque sumptus vllus fit, neque voluptas vlla est quæ allicere prodigum possit vt ius suum temerè ac sine causa alia velit à se abdicare. Quoniã verò lex 12. tab. nõ nisi de furioso & prodigo locuta est, necesse fuit aliunde subueniri dementibus, qui licèt furiosi nõ sint, cùm tamen suæ mentis compotes non sint, non magis suis rebus superesse possunt, quàm si essent prorsus furiosi. Itaque curatorem his quoque à prætore dari necesse est *l. 2. l. consilio 7. §. 1. & 2. D. de curat. furios. l. his qui 12. in pr. D. de tut. & cur. dat.* Sunt & alij casus, quibus prę-

l. verum 11. § si locupleti D. de min.

l. cùm hi 8. D. de transact.

An prodigus repudiare sine curatore possit delatam sibi hereditatẽ.

l. 2. l. consilio 7. §. 1. & 2. D. de curat. furios. l. his qui 12. in pr. D. de tut. & cur. dat.

tor

cor pro ſua iuriſdictione dat curatorem, ſed bonis non perſonis. Vtputa dum deliberant heredes inſtituti de adeunda vel repudianda hereditate. Interim namque curator bonis dandus eſt *l. dum deliberant 3. D. de curat. furioſ.* Nimirũ ſi ita res vrgeat vel cõdicio bonorum, quomodo legendum eſt in *l. ſi diu 8. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Decretum igitur neceſſarium eſt & cauſæ cognitio, quę in eo potiſſimum etiam verſabitur vt is curator conſtituatur, qui ſit vnus ex creditoribus vt ſubiicitur ex Paulo in *l. vnus 9. eod.* aut alius in quem maior pars creditorum conſentiat *l. 2. in princip. D. de curat. bon. dand.* Nec enim omnimodo neceſſe eſt creditorem eſſe illum qui curator conſtituitur, ſed poſſunt & non creditores *d. l. 2. §. penult.* Sed & cùm clara aliqua perſona veluti Senatoris vel vxoris eius in ea cauſa eſt vt eius bona venire debeant, conſtituendus eſt ex Senatuſconſulto curator vt honeſtius ex iis bonis ſoluatur quantum fieri poteſt: conſtituitur autem vel à prætore in vrbe vel à præſide in prouincia diſtrahendorum bonorum gratia *l. curator 5. D. de curat. furioſ.* Et quidem inuitis creditoribus qui ſi mallent ipſi bona debitoris eiuſdémque Senatoris vendere non eſſent audiendi. In hoc enim conſiſtit priuilegium quod claris perſonis indultum Senatus voluit vt eorum exiſtimationi parceretur, quam publica bonorum venditio per creditores facta grauiùs ſuggillaret. Alioqui nullũ haberent priuilegium ſi creditoribus daretur electio quam aliis caſibus habere ſolent vt vel curatorem bonis diſtrahendis conſtitui poſtulent, vel ſibi permitti bonorum venditionem *l. cuius bonis 9. D. eod.* vbi Neratius ſcribit, Cuius bonis diſtrahendis curatores facere Senatus permiſit, eius bona creditoribus non permiſiſſe vendere, quamuis creditores poſt id beneficium bona vendere mallent. Sicut enim re integra, inquit, poteſtas ipſorum eſt vtrum velint eligendi, ita cũ alterũ elegerint altero abſtinere debẽt. Ergo hoc etiã caſu, id eſt cùm bona debitoris diſtrahẽda ſunt vt creditoribus ſatisfiat. Senatus permittit creditoribus facere curatores, ídque beneficiũ non paruum eſſe creditur, vt priuatis hominibus liceat facere quod nõ niſi ex magiſtratus autoritate aliàs fieri ſolet. Ad prætoris enim aut præſidis officiũ, vt diximus, id pertinet vt det curatorẽ *d. l. 3. d. l. 5. l. bonorum 8. D. eo. d. l. 2. in pr. De cur. bon. dand.* Et ad hunc caſum adaptandũ mihi videtur, quod ſcribit Papirius Inſtus in *l. imperatores 4. eo. tit.* bonis per curatorem ex Senatuſcõſulto diſtractis nullã actionẽ ex antegeſto fraudatori cõpetere, Potiùs quàm ad illũ de quo in *d. l. 5.* cùm Senatoris aut alterius claræ perſonæ bonis curator cõſtituitur vt diſtrahantur. Etſi enim ex Senatuſcõſulti autoritate id fit, à prætore tamen vel à præſide curator cõſtituitur. At cũ à creditoribus ipſis conſtituitur Senatu permittente veriùs dicitur ex Senatuſcõſulto cõſtitutũ hunc curatorem in quo cõſtituendo alterius magiſtratus autoritas non interuenerit. Nec ſanè conueniens fuit fraudatoris appellatione de quo in *d. l. 4.* agitur, intelligi Senatorem, ne illius honorem offendamus cui parcere ſtudemus. Dicat aliquis non indigere creditores hoc Senatus beneficio vt bonorum debitoris diſtrahendorum gratia liceat eis facere curatorem, cùm priuato etiam conſilio poſſint coire, ac eligere vnum per quem bona diſtrahantur vt in *l. vlt. D. de cur. bon. dand.* Sed reſpondeo multùm intereſſe an ex priuato creditorum conſilio, an ex Senatus autoritate curator à creditoribus fuerit conſtitutus. Priore caſu nullas actiones aut exercere, aut excipere poteſt *d. l. vl.* vbi ſcribit Iulianus, ſi cõſtituto ita curatore ſuperueniat nouus creditor, nullã poſſe illũ habere actionẽ aduerſus curatorẽ ab aliis creditoribus cõſtitutũ, ſed poſſe illũ vnà cũ curatore bona debitoris vendere, ita vt quę à cura-

l. dum deliberant 3. D. de curat. furioſ.
l. ſi diu 8. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.
l. vnus 9. eo.
l. 2. D. de curat. bon. dand.
l. curator 5. D. de curat. furioſ.
l. cuius bonis 9. eod.
l. 5. l. bonorum 8. eo. d. l. 2. in princ. De cur. bon. dand.
l. imperatores 4. eo. tit.
l. vlt. eo. tit.

tore& à creditore ex bonis cõtrahãtur omnib' creditoribus pro portione præ ſtẽtur. Poſteriore verò caſu actiones omnes quæ ſunt in bonis, quibus curator à prætore datus eſt ab eo poſſunt exerceri, & in cũ viciſſim actiones cõpetunt *d.l.2.§.1.eo.* Adeò vt ſi plures eiuſdẽ bonorũ curatores facti ſint, nõ tamen diuiſis regionibus in quem eorũ vult actor, in ſolidum ei detur actio, ſicut & quibus eorum, in ſolidum agit *d.l.2.§.ſi plures & §.vlt.l.3.eod.* Hac ſola, vt quidam putant, differentia quòd exercet curator actiones directas, eas ſcilicet quæ ſunt in bonis (in bonis autem ex ipſæ actiones ſunt, quę competunt debitori & cõſequenter directæ non vtiles) in curatorem verò directa nulla cõpetere poteſt, ſed vtilis danda eſt, quia in nullius bonis poſſunt videri eſſe actiones paſſiuæ quibus ipſe erga proprios creditores obſtrictus ſit non magis quàm æs alienum quod ob eam cauſam alienum appellatur *l.cedere diem* 213. §.1. *de verb. ſignific.* Ob ídque ita locutum volunt Vlp. in *d.l.2.§.1. eiſque actiones & in eos vtiles competunt*, vt vtiles dixerit illas tantùm actiones quæ in eos non illas etiam, quæ eis competunt. Sed verius eſt non minùs vtiles actiones dicendas eſſe quas curator exercet, quàm quæ contra eum exercentur, ſiquidem ſuo nomine illas exercet, nòn alieno, vt ex eo conſtat quod ſubiungit Vlp. ſi quem curatores mittant ad agendum, vel ad defendendum, ius eis eſſe id facere, nec ab eo ſatis exigi, neque de rato, neque iudicatum ſolui nomine illius cuius bona veneunt, ſed nomine ipſius curatoris qui eum mittit. At fieri non poteſt, vt quis ſuo nomine habeat actiones directas quæ alteri primùm fuerint acquiſitæ. Cui enim ſemel acquiſitæ ſunt, in eius perſona perpetuò manent, nec ab ea poſſunt ſeperari *l.ſi heres* 70. *D.ad SC.Trebell.l.procuratore* 55. D. *de procurat.l.qui ſtipendia* 9. C. *eod.* Vtilium ergo actionum appellatio apud Vlpianum generaliter accipienda eſt & tam ad actiones quæ curatoribus quàm ad eas quæ contra curatores dantur, referenda. Sicut verò de actionibus generaliter Vlp. loquitur, ita non video cur cũ interpretibus noſtris debeamus diſtinguere actiones tempore perituras à cæteris, quaſi eas tantùm poſſit curator exercere quæ tempore perituræ ſint non etiam cæteras. Sic enim illi ad *d.l.*2. Nulla prorſus ratione, preſertim cùm hodie perpetuæ actiones nullæ ſint, ſed omnes factæ temporales quippe quæ triginta, vel ad ſummum quadraginta annorum præſcriptione ſummoueãtur ex poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus *l.ſicut* 3. *cum ſeq. C. de præſcrip.* 30. *vel* 40. *annor.* Fefellit eos, quod Paulus ſcribit in' *l.creditore* 14. *D. de reb. autor. iudic. poſſid.* creditore in poſſeſſionem rerum debitoris miſſo curatorem conſtitui debere ſi quædam actiones tempore perituræ ſunt. Sed animaduertere debuerũt, longè diuerſum illud eſſe ab eo, quod probare volunt curatorem à prætore datum non alias actiones poſſe exercere quàm quæ ſint tempore perituræ. Cùm creditor in poſſeſſionẽ bonorum debitoris miſſus eſt, non idcirco agere ipſe poteſt contra debitoris ſui debitores, quia cùm actio ſit ius, vt ex ipſius definitione apparet *l. nihil aliud* 51. *De oblig. & act.* non magis fieri poteſt vt quis agat ſine iure quàm vt ſine actione *l.ſi pupilli* 6. §. *vlt. De negot. geſt.* Atqui miſſio in poſſeſſionem nullũ ius tribuit creditori, ſed cuſtodiam duntaxat & obſeruationem *l.cùm legatorum* 12. D. *quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. is cui* 5. *D. vt in poſſ. legat. l.3.§. vlt.* D. *de ac. poſſ.* Id enim eſt quod Paulus ait in *l.cùm vnus* 12. *de reb. aut. iudic. poſſid.* cũ cui prætor permittit poſſidere bona debitoris, nihil ſibi ipſi nedum aliis creditoribus acquirere, ſed tantùm aliquid ex ordine facere, per quod ſcilicet ad bonorũ venditionem peruenìri poſſit *l.pen. in fin. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Non ergo fieri poteſt

d.l.2.§.1.eo.

l.cedere diem 213. §.1. *De verb. ſignif.*

d.l.2 §.1. de curat. bon. dand.

Curator bonis datus actiones omnes poteſt exercere etiam tempore non perituras.

l. creditore 14. D. *de reb. autor. iudic. poſſid.*

l.cùm legatorum 12. *D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. is cui* 5. *D. vt in poſſ. legat.*

poteſt,vt creditor agat contra debitoris ſui debitores.Debitor verò ipſe multominùs,quia cùm ex quo tempore creditor in poſſeſſionem miſſus eſt,nihil poſſit debitor ex bonis ſuis diminuere ne creditoribus iniuria fiat, abſurdum ſanè eſſet ei cui alienatione interdicitur permitti actiones exercere *l.ait prætor 7.§.quid ſit autem D.de iur.deliber.* Ita eueniret vt actiones, perirent quas haberet debitor ſi tales eſſent,quæ ſui natura eſſent tempore perituræ(cuiuſmodi erant olim pleræque ac ferè omnes prętorię iis exceptis quæ rei perſecutionem continerent *l.in honorariis* 35. *De oblig.& act.*& apud *Iuſtin. De perpet. & tempor.action.*)niſi eo remedio proſpiceretur,vt bonis curator conſtitueretur. Sed non eſt bona conſecutio ſi ex eo inferas. Nullas igitur actiones curatori permittendum exercere niſi quæ ſint tempore perituræ.Qui enim conſtitutus erit,omnes proculdubio poterit exercere,hoc ipſo quod curator erit, & quidem generaliter conſtitutus.Siquidem curator nemo fit ad hanc duntaxat,vel illam ſpecialiter actionẽ exercendam : ſed curatorem bonorum cùm dicimus vniuerſitatem bonorum ſignificamus,& ideò à tribus illis cauſis ex quibus in poſſeſſionem mitti creditores ſolent,rei ſeruandæ cauſa, item legatorum ſeruandorum gratia,& ventris nomine ſeparamus cauſam damni infecti, quia ex hac cauſa non vniuerſorum bonorum nomine fit miſſio,ſed eius tei tãtùm de qua damnum timetur,inquit Vlp.in *l.1.D.quib.ex cauſ.in poſſ.eat.* Quò etiam pertinere videtur quòd idem Vlp.ait in *d.l.ſi diu eod.tit.* Si diu incertum ſit an heres alicui extaturus ſit necne,non tantùm cauſa cognita permitti oportere bona ſeruandæ rei cauſa poſſideri,ſed etiamſi ita res vrgeat,vel cõdicio bonorum etiam hoc concedendum eſſe,vt curator conſtituatur. Tunc enim res ipſa & bonorum condicio vrgere intelligitur,cùm res,vel actiones quæ ſunt in bonis tempore perituræ ſunt,vel etiam deteriores futuræ *l. inter bonorum* 48. *D. de admin.tutor.* vbi ſcriptum eſt curatori bonorum ſolam cuſtodiam & rerum quæ deteriores futuræ ſunt venditionem committi. At rurſus hoc ipſo loco abutentur interpretes,vt probent, curatorem bonis datum non alias actiones mouere poſſe,quàm quæ tempore perituræ ſint,cùm nec alias res poſſit vendere quàm quæ tempore perituræ ſunt,vel in totũ,vel ex parte,id eſt deteriores futurę.Perit enim ex parte,quod fit deterius.Sed negabo eandem hac parte rationem eſſe corporum & actionum,itémque vẽditionis & actionis permittẽdę.Corpora pleraque ſunt eiuſmodi,vt tẽpore nec pereant,nec deteriora fiant.Actiones verò licèt non omnes olim perirent tẽpore (iam enim diximus hodie omnes perire)fiunt tamen deteriores hoc ipſo quod non exercentur,nõ ſolùm tanquã odioſiores propter tacitæ remiſſionis coniecturã quę ex tẽporis longi taciturnitate induci cœperat *l.Procula*29. *D.de probat.l.cùm quidam* 17.*§. Diuus Pius* D.*de vſur.l.vir vſuras* 54. D.*de donat.int.vir.& vxor.*ſed etiam quia difficilior ſit probatio eorũ quę in facto conſiſtunt & ex quibus actionis ius ęſtimatur,morientibus interim teſtibus,& intercidẽtibus aliis probationibus,quibus amiſſis nulla poſſit ſupereſſe actio exercendæ actionis *l.in lege Aquilia* 40.D.*ad leg.Aquil.* Rurſum permittitur curatori bonorũ,eas tãtum res vendere quę alioqui,aut perituræ,aut deteriores futuræ ſunt, quia nõ poſſet aliarum permitti venditio citra patrimonij diminutionem, nec iſtarũ è contrario prohiberi,quin patrimonium diminueretur hoc ipſo,quod nõ vẽderentur. At non poteſt videri patrimoniũ diminui,ob hoc ſolum quod curatori permittatur actiones exercere quamuis nõ perituras tempore, quia quod per actionem exigitur in patrimonio perinde eſt atque actio,adeóque plus eſt quàm actio cùm ſit fructus & effectus actionis. Neque verò ad curatorẽ accómodari

l. ait prætor 7.§. quid ſit autem D. deiur.delib.

l.in honorariis 35 D.de oblig. & actio.

l.1. l.ſi diu 3. D. quib. ex cauſ. in poſſ.eat.

l.inter bonorum 48. D. de admin. tutor.

l.in lege Aquilia 40. D. ad leg. Aquil.

modari potest, quod suprà diximus absurdū fore si actionū exercitio permittatur ei, cui bonorū alienatione interdicatur *d.l.ait prætor 7.§.quid sit autē D.de in.dict.* Id.n.tūc obtinet cùm quis suo nomine actiones exercet, nō etiā cùm alieno, Nā qui suo nomine actionem exercere potest etiam vtilem tantùm nedum directā, de ipsa liberè pro arbitrio tanquam dominus disponit *l.procuratore 55.D.de procur.* quod non similiter facere potest is, qui nomine alieno agit nomine.

l.procuratore 55. D. de procurat.

ILLATIO I.

De potestate curatoris in corpus quoque furiosi ad salutem eius tuendam.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iulianus scribit in *l.consilio 7.in prin.D. de cur.fur.* consilio & opera curatoris tuendū esse non solùm patrimoniū, sed etiā corpus salutēmque furiosi: Nēpe quia in sua potestate habet non modò patrimoniu, sed etiā personā ipsam furiosi, ob idq; ad eius officiū pertinet, vt prouideat ne quid praetermittatur eorum quæ ad tutelam ipsius & proximorū securitatem spectet. Inter cætera verò vt custodes ei adhibeat qui caueāt non solùm ne quid ille in seipsum perniciosius moliatur, sed ne alius quoque exitio sit vt scriptū est in *l.Diuus Marcus 14.D.de offic.præsi.* vbi tamē pro *quoniā* malo legere *quod non* in illis verbis *quoniam tam ad pœnam quàm ad tutelam eius & securitatem proximorum pertinebit.* Cur enim pœna aliqua siue vinculorum, siue alia furioso inligatur, qui etiamsi matrem in furore occiderit, deliquisse tamen non intelligatur, satisque iam furore ipso, vt eadem lex ait, puniatur.

l. consilio 7. in princ. D. de cur. fur.

l.Diuus Marcus 14. D. de offic. Præsid.

ILLATIO II.

De potestate vnius ex pluribus curatoribus furiosi.

SEcundò ex eodē Principio fit, vt si eiusdē furiosi plures sint curatores, alteri tamē ex eis rectè soluatur, possitq; vel vnus rē furiosi alienare *d.l.consilio 7.§.vlt.de cur.fur.* vbi additur ei quoq; qui ab altero ex curatoribꝰ fundū furiosi legitimè mercaretur, vsucapturū: nimirū si cæteri quoq; aut expresse aut tacitè consentiāt, vt sequitur in eadē lege. Ideo enim sufficit vnus ex curatoribus persona, inquit Iulianus, quia intelligitur alter cōsentire. Et idcirco si alter præsens sit & vetet solui cō curatori, vel vetet à concuratore rē vēdi vel tradi, neq; debitor liberabitur, neq; emptor vsucapiet, nēpe quia plures furiosi curatores habent non tātū bonis, sed etiā personæ furiosi dātur, eamq; habēt in potestate, ita & vnius personæ vice fūgūtur. Quæ ratio facit vt nec aliud sit in pluribus vni pupillo datis tutoribus nisi alia sit testatoris voluntas vt in *l.Titium 47.in pr.D.de adm.tut.* Nā & illi personæ dātur non bonis dūtaxat *l.quia personæ 14.D.de test.tut.* & omnium autoritas in quacunq; re olim necessaria fuit præterquā si testamēto dati esse prohibērētur. Sic.n. legēdū sinè est apud Vlp. *tit.11. De tut.§.antepen.* vt benè Cuiacius ad eū locū notauit ex *l.vlt.C.de aut.præst.* vbi Iustinianus hāc differētiā quæ olim fuerit inter tutores legitimos & testamētarios & refert & tollit. Testamētariorū n melior condicio hac in re esse debere videbatur vt & in aliis plerisq; quod eorū fides & industria tanquā singulorū à testatore electa esset, Cur enim tutorē liberis suis daret quis eūi cuius fidē aut industriā ve rātillū suspectā haberet: itaq; sicut ob eā causam satisdare nō cogūtur, ita & vnius eorū autoritate sufficere visum est *l.4.l.5.in pr.& §.itē ipse l.quod dicimus 7.§.1.D.de aut.tut.* Nisi regionibus diuisi essent *d.l.vl.C.eo.* Legitimorū aliarum est qui scilicet nō eligūtur, sed prout à natura proximi agnati sunt à lege tutores cōstituūtur. Legitimis porro datiui cōparātur potiùs quā testamētariis, quia licèt à magistratu eligātur à quo dātur, adeoq; vt plurimū quāuis non necessariò ex inquisitione, plures tamē eligūtur nō aliā ob causā, quā quod vnius solius aut fidē aut industriā sufficere nō posse magistratus prudēs arbitretur, præsertim cū dat eos citra inquisitionē. De illis.n. loquitur. Iustinianus tamē vt in legitimis quoq; & datiuis constitueret idipsum quod constitutū erat in testamētariis, motus est ex eo quod nullū idcirco dānū metui pupillo possit cui satis cautū sit & ea satisdatione quā præstare debent tutores legitimi, itēmq; datiui si nō dati sint ex inquisitione, verū etiā actione subsidiaria cōtra magistratus ipsos dā

d.l. consilio 7.§.vlt. De curat. fur.

l.Titium 47.in princ. D. de adm. tutor.

Vlp in frag. tit.De tut. § antepen. l.vlt. C. de autor.præst. l.4.l.5. in princip. & §. item ipse l.quod dicimus 7. §. 1. D.de aut. tutor.

da ex *tit.*

da ex ti. *De mag. conu.* Is.n.ſenſus eſt Iuſtinianeæ cõſtitutionis in verſ.illo, *quia in hoc caſu nõ abſimiles teſtamẽtarios eſſe & per inquiſitionẽ datis legitimos & ſimpliciter datos inbemus, eo quòd fideiuſſionis onere prægrauãtur & ſubſidiariæ actionis adminiculũ ſperatur.* Scilicet vt quãtũ ad hoc quod vnius ex tutoribus autoritatẽ interueniſſe ſufficiat, nulla ſit inter omnes illas tutorũ ſpecies differetiã. Nõetiã vt teſtamẽtarij tutores & ex inquiſitione dati hodie ſicut cæteri ſatiſdatione prægrauentur. Nihil.n. hac parte ex iure vetere immutatũ fuit, aut immutari debuit. Intelligimus autẽ ex ſupradicto verſ. tutoribus teſtamẽtariis nõ legitimis ſimiles in hoc fuiſſe illos, qui ex inquiſitione dati eſſent, vt vnius eorũ autoritas ſufficeret, quẽadmodũ & in eo ſimiles erãt quod ſatiſdare ó cogebãtur, cũ fides inquiſitionis cederet pro vinculo cautionis *l bonorũ 8. De cur. fur l. ſi impuberi 13. in fi. D. ae tut. & cur. dat.* Cæterũ quod Iuſtinianus cõſtituit, vt in tutoribus omnibus ſufficiat vnius ex ipſis autoritatẽ interuenisſe, excepto vno illo caſu, quo de pupilli adrogatione tractetur, quòd per eiuſmodi adrogationẽ fiat, vt tutela ipſa diſſoluatur, diximus ad Pr. precedẽs ill. 21. ex *l. ſi adrogati 14. in pr. D. de tu.* Quod ſic accipiẽdũ videtur, vt cæteros tutores adeſſe & conſentire nõ ſit neceſſe, at non etiã vt ſi diſſentiant expreſſim, nihilominùs valeat quod ex vnius ſolius autoritate factum ſit cæteris inuitis. Cũ.n. par & æquale ius ſit tutorũ omnũ in caput bonaq; pupilli, neceſſariò hic euenit q̃ alias ſemper, vt in pari iure melior ſit cõdicio prohibẽtis *l. in re cõmuni 26. D. vrb. pr. l. Sabinus 28. D. com. diu.* Atq; idipsũ in teſtamẽtarijs iã olim obtinuiſſe credẽdũ eſt, vt eorũ melior quã legitimorũ aut datiuorũ condicio in hoc tantũ fuerit, quod vno ex teſtamẽtariis autoritatẽ ſuã præſtante cæteros etiã teſtamentarios ſufficiebat, nõ diſſentire, vt pro cõſentientibus haberẽtur, quãuis non expreſsè cõſentirẽt, legitimos verò, vel datiuos omnes & adeſſe, & expreſſim cõſẽtire oportebat, ne alioqui pro inuitis & diſſentiẽtibus haberẽtur hoc ipſo quod nõ cõſentirẽt, vt & in *l. filius ſa. 8. §. inuitus D. de procu. l. inuitu 5. D. vrb. pr. l. in eo iure 45. §. deinde ait lex D. de vſu. nu.* Ergo plures eiuſdẽ furioſi curatores quibus cõparabimus an teſtamẽtarijs, an verò legitimis, aut datiuis ſimpliciter, id eſt nõ ex inquiſitione datis? Inſpecto minimum iure vetere. Nã ſi ius nouum ſpectes, cũ exæquata ſit omniũ tutorũ cõdicio, & ea potiſſimũ ratione, quòd ſatis cautũ ſit pupillo per ſatiſdationẽ, & per ſubſidiariã in magiſtratus actionẽ, nulla ratio eſt cur deterior debeat eſſe condicio curatorũ furioſi quos cõſtat ſicut legitimi ſunt ita & perinde ac cæteros ſatiſdationẽ cõpellẽdos, niſi cũ vel teſtamẽtarij ſunt, vel ex inquiſitione dati *l. vl. §. ſed cũ antiquitas & ſeqq. C. de cur. fur.* At iure veteres inſpecto [illegible] ratores furioſi maiorẽ cũ teſtamẽtariis, q̃ cũ legitimis pupilli tutor[illegible] nẽ habuiſſe, cũ vnius ex curatorib⁹ autoritatẽ interuenisſe ſufficeret etiãſi abſuiſſent cæteri, dũmodò id quod ageretur ſciuiſſent. Hoc.n. requi[illegible] videbatur, vt ſaltem tacitè cõſenſiſſe crederẽtur. Quomodo nãq; tacitè cõ[illegible]ſiſſe videri poteſt is qui ignorauit? *l. 5. verſ. longè magis D. de oblig. & act.* Atqui [illegible]io propter quam Iulianus vult ſufficere autoritatẽ vni⁹ ex duob⁹ furioſi [illegible]uratoribus, nõ alia eſt, quàm quod alter cõſentire intelligatur. Nõ igitur. de [illegible]io cõcuratore intelligi poteſt, q̃ qui qđ à cõcuratore ſuo factũ eſt, ſciuerit. [illegible] quo rursũ minùs iuris habuit curator furioſi quã teſtamẽtarius tutor pupilli. Is.n. etiãſi cõtutores haberet, colq; nõ modò abſẽtes, verùm etiã ignorãtes, nihilominùs ſufficere ad autoritatẽ pręſtãdã poterat, dũ ne expreſſim cõtradiceret & diſſẽtiret. Dicet⁹ paru ergo referre an omniũ furioſi curatorũ autoritate adhibẽdã eſſe dicam⁹, an vni⁹ duntaxat cũ omniũ ſciẽtiã interuenire neceſſe ſit. Verùm immò verò multũ refert, Autoritas.n. tũcum neceſſaria eſt, interponi debet in ipſo negotio, id eſt tũc cũ fit *l. obligari 9. §. pen. D. de aut. tut.* aut ſaltẽ ſtatim atq; peractu eſt negotiũ dũmodò in re præſenti *l. ſi quis mihi 25. §. iuſſu D. de act. her.* Sciẽtia autẽ & cõſenſus ſiue expreſſus, ſiue tacitus vt quãdocunq; interueniat ſufficit nec vlla certi temporis ſollemnitate cõſtringitur. Notãda verò eſt ratio illa Iuliani per quã probat poſſe vni etiã ex furioſi curatoribus ſolui, & vnũ ex iis vendere furioſi rẽ & tradere, quia, inquit, ſolutio, venditio, traditio,

d.l. vlt. C. de auctor. tut.

l. bonorum 8. D. de curat. furioſ. l. ſi impuberi 13. in fin. D. de tutor. & curat. dat. l. ſi adrogati 14. in prin. D. de tutel. l. in re communi 26. D. vrban. præd. l. Sabinus 28. D. communi. diuid.

l. vlt. §. ſed eadem antiquitas & ſeqq. C. de curat. furioſ. In quo minimus iuris habet curator furioſi quã tutor teſtamentarius. Differentia inter autoritatem & conſenſum tutorum. l. obligari 9. §. penult. D. de auctor. tutor. l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum De acq. hered.

ita ſcripſiſſe æſtimantẽ gradus nõ ex ſanguine,ſed ex iure ſuccedendi. In eodẽ námque gradu quod ad ius ſuccedẽdi attinet,eos eſſe neceſſe eſt,qui ſimul ſuccedunt,licèt alioquin à natura diſparẽ habeant gradũ.Planè idẽ Tribonianus in *§. vlt. Inſt. de capit. dimin.* poſteaquàm ſcripſit tutelã ad omnes agnatos pertinere ſi plures ſint eiuſdẽ gradus exemplũ ponit, Veluti inquit ſi plures fratres ſint,nec quicquã addit de fratrũ filiis,quos nimirum certũ erat cũ patruis ſuis concurrere nõ poſſe,cùm eo tẽpore nondũ factæ eſſent nouellæ illæ conſtitutiones quę iis ius repræſentationis indulſerunt.Ex quo ſuſpicari licet non tantùm Codicis quo vtimur,ſed etiã Pãdectarũ libros eſſe repetitæ prælectionis,Eiuſque rei argumẽta penè innumera extãt in tot legibus quas à Tribonia no fuiſſe deprauatas cernimus,vt eas accõmodaret ad ius nouũ quod Nouellis primùm Iuſtiniani conſtitutionibus fuit introductum. Sic ẽ contrario ſi quis fratris filius ſit impubes,& patruũ habeat & fratrem , habebit legitimũ tutorẽ fratrem ſolum non etiã patruum,non alia ratione quàm quod frater in proximiore gradu ſit,quàm patruus. Cùm tamen eadẽ prorſus ſit proportio inter patruũ & fratris filium cõparatione alterius patrui quæ eſt inter eoſdem cõparatione illius qui ſit frater fratris filij.Nũquã ergo patruus & fratris filius eodẽ gradu ſunt.*l. agnato* 10. *eo. tit. De legit. tut.* vbi Hermogenit patruũ eſſe legitimũ tutorẽ fratris filij habentis ſororẽ cõſanguineã:Non quaſi ſit in eodẽ gradu,ne cæteris paribus debeat maſculus præferri fœminæ in tutela , ſed quia fœmina etiã quę ſit propior agnato non obiicitur ei quominus ſit legitimus tutor impuberis agnati,vt in prin.eiuſdem legis ſcriptum eſt,Vade nec matertera patruo magno nec amita fratris filiis obſtãt ne ſint iſti tutores, quamuis ſint illæ proximiores,vt ſequitur in eadem lege.Cùm enim dicimus legitimam tutelã proximo agnato deferri,præſupponimus terminos habiles , qui & aliàs ſemper ſunt pręſupponẽdi,hoc eſt quod proximus ille agnatus tutor eſſe poſſit.In quo numero nõ poſſunt eſſe mulieres,quæ propter ſexus cõdicionẽ impediũtur ne tutelã,quod virile officium eſt,gerere poſſint *l. tutela* 16. *D. de tutel.* Eadémque ratio facit , vt ſurdus & mutus quãuis agnati proximi ſint,non magis tamen legitimi tutores eſſe poſſint,quàm vel teſtamento,vel à magiſtratu tutores dari *d. l. agnato in fin.* Quid enim refert an cõdicione ſexus an valetudine impediatur quis ne tutor eſſe poſſit?Pupilli melior olim cauſa fuit , Etſi.n.nõ magis alienis quàm propriis rebus cõſulere poſſet, legitimus tamen tutor eſſe poterat quaſi qui per tutorẽ ſuũ poſſet gerere alterius tutelã ſicut &cętera negotia omnia,ſuppleto nimirũ iudicio & conſilio pupilli per iudiciũ &conſiliũ tutoris,Propterea quòd vt alibi monuimus certũ eſt ętatẽ allaturã eſſe iudiciũ pupillo,at non æquè reſtituturã ei ſanitatem,ſiue mẽtis,ſiue corporis.Id enim ſemper in euentu incerto poſitũ eſt *l. ambiguitatem* 12. *C. de vſufr.* De illo ſanè qui audìt minùs,id eſt tardiùs,nec dubitatio eſt,quin tutor eſſe poſſit,nec tantùm legitimus ſi idem agnatus proximus reperiatur,ſed etiam teſtamentarius & datiuus *l. vlt. eod. tit. De legit. tutor.* Sed & alia ratio impedit ne mutus & ſurdus tutores eſſe poſſint,Nempę quòd nec ipſi tutorẽ habere poſſunt,niſi ſint etiã impuberes,ſed curatorẽ tãtùm vt & cęteri omnes,qui alia de cauſa qualibet prętęrquàm ętate prohibẽtur ne ſuis rebus ſupereſſe poſſint *l. his qui* 12. *D. De tutor. & curat. dat l.* 2. *D. de cur. furioſ.* Quomodo igitur fieri poſſet,vt ex perſona muti , vel ſurdi videretur tutor eſſe impuberis agnati ille qui nec ipſius muti, aut ſurdi eiuſdémque proximi agnati tutor eſſet,at curator dõtaxat ? In pupillo autem qui tutorem habet non idẽ tractari poteſt:Nihil enim vetat ex perſona pupil-

§. vl infr. de capit. diminut.

l. agnato 10. *D de legit. tutor.*

l. tutela 16. *D. de tutel. d. l. agnato in fin.*

l. ambiguitatem 12. *C. de vſufr.* *L. vlt. de legit. tutor.*

l. his qui 12. *De tutor. & curat. dat l.* 2. *D. de cur. furioſ.*

na pupi[illegible] agnati, tutelam alterius impuberis gerere illum qui legitimi [illegible]

PRINCIPIVM III.

De *curatore furiosi, dementis, & prodigi.*

Ex [illegible] *decim tabularũ furiosum, itémq; prodigũ cui bonis interdictũ est in cura* [illegible] *esse agnatorũ*, vt Vlp. scribit in *fragm. tit.* 12. *De curat.* §. 1. & in *l.* 1. *in pr. l.* [illegible] *ad aliũ* 3. *D. de cur. furios. l.* 1. *& l. vlt.* §. *fin autẽ testamentũ C. eo.* Ac de furioso quidẽ ea fuerũt verba legis 12. tab. *si furiosus existet, agnatorũ gentiliúmq; in eo pecuniáq; eius potestas esto*, vt refert Cicero *lib.* 2. *De inuent. & lib.* 1. *Reth. ad Heren.* itémq; *lib.* 1. *Tuscul.* vbi monet legẽ de furioso locutã esse nõ de insano vt & Iureconsulti nostri passim separant furiosum ab insano, aut quod idẽ est à dementẽ vt in *l.* 2. D. *de inof. test. l. tam dementis* 21. *C. de episc. audient. l. si furiosi* 25. D. *de iud. l. vlt. C. de adm. tut.* Insaniã enim seu stultitiã & dementiã censuerũt veteres nihil aliud esse quàm mentis inconstantiã sanitate vacantẽ, sed quæ tamen officiorũ mediocritatẽ tueri possit. Furorẽ verò rati sunt esse mẽtis ad omnia excitatẽ. At de prodigo quęnã fuerint verba legis 12. tab. nõ ęquè scitur, & difficilior coniectio est, Præsertim cũ scribat Vlp. in *d. l.* 1. moribus ab initio introductũ illud esse. Ita inuenis ius hoc moribus introductũ, lege ipsa 12. tab. vetustius fuisse. Alioqui non posset dici moribus introductũ quod in executione legis alicuius per multa secula obseruatum fuisset. Auget dubitationẽ quod ibidẽ Vlp. subiicit in hæc verba, *sed solent hodie prætores, vel præsides si talẽ hominẽ inuenerint, qui neq; tẽpus, neq; sinẽ expensarũ habeat sed bona sua dilacerãdo & dissipando profundit, curatorẽ ei dare exẽplo furiosi.* Quid enim necesse est, siue furioso, siue prodigo curatorẽ dari à prætore si sunt illi in curatione agnatorũ ipso iure? Puto ego ius interdictionis bonorũ faciẽdæ prodigo de qua Vlp. loquitur in *d. l.* 1. fuisse vetustius lege 12. tab. tanquã moribus magis quã ea lege inductũ, [illegible]; apparere ex eo, quod idẽ Vlp. *d. tit.* 12. §. 1. sic loquitur vt dicat legẽ 12. tab. iubere, vt in agnatorũ curatione sit nõ omnis prodigus, sed is demũ cui bonis interdictũ sit scilicet à magistratu. Neq; enim fieri potuit, vt interdictio illa esset iuris, sed necesse semper fuit esse iurisdictionis, quæ vtrũ prodigus quis sit & talis cui bonis interdici debeat, in facto nõ in iure cõsistit, quemadmodũ & illud vtrum quis sit furiosus. Et sicuti prius est, vt furiosũ quẽ esse appareat quàm vt eũ lex 12. tab. constituat in agnatorũ curatione, ita & vt quis prodigus fuerit declaratus, Quod tamen vt fiat vix euenire potest, quin eodẽ decreto eadémq; formulã prudens magistratus prodigo bonis interdicat. In eá nanque rẽ solẽnia erãt verba illa, quæ Paulus refert *lib.* 3 *sent. tit.* 4. *Quando tu bona patria auitáque nequiter tua disperdis, liberósq; tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re cõmercio interdico.* Quibus verbis prolatis, tum verò reperiebatur ipso iure cõstitutus in potestate & curatione agnatorũ is, qui prodigus declaratus erat, non secus ac furiosus pronũciatus fuisset. Sed tamen cùm eueniret plerũque vt agnatus proximus, vel aliquis ex pluribus agnatis eiusdem gradus non multò sanioribus esset moribus, essétque nõ modò absurdũ, sed etiã periculosum hominis, siue prodigi, siue furiosi curã ei cõmitti qui ipse fortassis in eo esset, vt curatore ipse iùs indigeret, paullatim recessum est ab hoc iure legis 12. tab. visúmq; melius est tã furioso quàm prodigo prætor curatorẽ daret ex inquisitione §. *furiosi. Inst. De cur.* Nimirũ, aut agnatos omnes si sint eiusdẽ gradus & ęquè habiles ad eam curã suscipiendã, aut ex illis cũ qui prætori cõmodior videatur, vt scili-

l. 1. l. sape 11. D *de curat. furios. l. 1. & vlt. C. eod.*

Quid sit dementia, quid furor.

d. l. 1, *D. de cura furios.*

Verba solennia interdictionis.

cet à lege 12.tab.recedat prętor quã minimũ fieri poteſt.Planè ſi agnati omnes aut moribus ſuis,aut qua alia ratione impediantur ne furioſi, aut prodigi rem bene gerere poſſint,non dubitabit prætor etiam extraneum,id eſt,qui agnatus nõ ſit curatorẽ dare *d.l.ſepe* 13.*D.de cur.fur.*quoniã id ſicut ex re& vtilitate furioſi,vel prodigi eſt,ita & ad publicã vtilitatẽ pertinet.Iſque meo iudicio ſenſus eſt Vlp.in *d.l.*1.ex quo loco ſumi poteſt elegans diffinitio prodigi,vt prodigus ille ſit,qui neque cẽpus,neque modum,neque finẽ expenſarũ habet.Cuius candẽ quam furioſi rationem eſſe tam apud legem 12.tab.quàm apud prætorẽ mirum non eſt,cùm quod ad patrimoniũ ipſius ſpectat furioſum faciat exi-

l.his qui 12. §.*vlt. D.de tutor.&cur.dat.*

tum,vt loquitur Vlp.in *l.his qui* 12.§.*vlt.De tut.& cur.dat.*id eſt cùm talis ſit, vt quamuis ex ſermonibus cõpos ſuæ mentis eſſe videatur,ſic tamen tractet bona ad ſe pertinentia,vt certũ ſit,niſi ei ſubueniatur deductum illum iri in egeſtatẽ,ſicut ibidem ex reſcripto Diui Pij Vlpianus ait.Quare nec mirũ eſt furioſo & prodigo cõmune illud eſſe,vt ambo ſint in curatoris poteſtate,in qua poſtea eſſe deſinant ipſo iure,ſtatim atque furioſus ſanitatem mentis, prodigus verò ſanos mores receperit *d.l.*1.In eóq;diuerſa ratio eſt curatoris qui furioſo, vel prodigo datur,& eius qui minori annis vigintiquinq;.Hic enim non habet minorẽ in poteſtate,Vnde eſt quod nihil facere poteſt nomine minoris,Præſertim verò eorũ quæ perſonã & factũ minoris deſiderant,ſed ea debet minor

l. cùm in vna 17.§.1.*D. de appellat.*

ipſe facere cũ curatoris autoritate *l.cũ in vna* 17.§.1.*D.de app.*vbi &,quod magis eſt,negatur vtilẽ eſſe autoritatẽ curatoris ad acquirendã hereditatem, quia ſcilicet factũ perſonæ,quo opus eſt tale eſt,vt afficiat perſonã cámq;faciat heredẽ,Curator autẽ minoris non perſonæ,ſed bonis eius datur ideóq; curator pupilli tutorẽ iã habentis.Nã & de illo loquitur Modeſtinus in *d.l.cum in vña* 51. Quamquã hac parte,id eſt cùm agebatur olim de acquirenda hereditate nõ erat maior autoritas curatorũ furioſi quàm minoris,Nec enim poterat ille, aut hereditatẽ adire nomine furioſi,aut furioſo adeunti hoc eſt additionis verba ſollẽnia proferenti autoritatẽ præſtare.Cùm planè abſurdũ vtrumq; videretur,vt vel hereditatẽ adiret is qui non eſſet ipſe inſtitutus,vel is qui aut additionis verba nõ intelligeret iudicio prorſus & cõſilio carens *l.vl.§.ſin autem ex alia C.de cur.fur.*vbi Iuſtinianus,ſiue dubitationis veteris tollendæ,ſiue noui iuris conſtituendi gratia poteſtatẽ dat curatori furioſi non vt hereditatẽ adeat,aut vt furioſo bonorũ poſſeſſionẽ petenti autoritatẽ præſtet,ſed vt eius nomine agnoſcat eã bonorũ poſſeſſionẽ quæ antea ex decreto dabatur,id eſt cauſa cognita,Cùm ex edicto nõ daretur niſi ei qui eſſet ipſe vel heres inſtitutus,vel filius,vel agnatus,vel cognatus proximus qualis ſi furioſus eſt,furioſi curator eſſe nõ poteſt. Itaque decretũ neceſſariũ olim erat atque ita accipiendũ quod de bonorũ poſ-

l.vlt. §. ſin autẽ ex alia C. de curat. furioſ.

l.1.de bonor. poſſ. furioſ. l. ſi ad pupillum 11. *D.de autor. tutor.*

ſeſſione per curatorẽ furioſi nomine agnita ſcriptũ eſt *in l.*1.*D.de bon poſſ.fur.&* *in l.ſi ad pupillum* 11.*D.de aut tut.*Prodigi alia ratio fuit:Potuit enim ille ſibi delatam hereditatẽ adire *l.mutuum* 5.§.1.D.*de acq. her.* adeóque ſine curatoris ſui autoritate(eſt namq;inutilis in hanc rem autoritas curatoris *d.l.cum in vna* 17. §.*vl.*De *app.*)Sed an ita fortaſſe ſi damnoſa non eſſet.Qui enim damnoſam hereditatẽ adit cùm hoc ipſo ſe obliget æri alieno,vt quãuis nõ ſit ſoluendo hereditas de ſuo tamen creditoribus teneatur *l.more* 8.*de acq.her.l.qua dotis* 33.*D. ſolut.matr.*patrimonium ſuum proculdubio diminuit quod facere nullomodo poteſt is cui bonis interdictũ eſt.Acquirere enim ei permittitur non diminuere *l.is cui bonis* 6.D.*de ver. oblig.*Loquor de eo cui bonis interdictũ eſt,non de prodigo ſimpliciter,quia prodigus,quãtumuis apertè prodigus vtiliter alienat

l.mutuum 5. §.1.*D. de acquir. hered.*

l is cui bonis 6.*D.de ver. obligat.*

& quo-

& quoquomodo contrahit quousque fuerit ei interdictũ *l.tres tutores* 55.§.*vlt.* D.*de adm.tut.*Non esse autẽ nouã distinctionem illam nostram,vtrum hereditas à prodigo adita sit lucrosa necne,colligi potest ex eo quodCaius de pupillo tractans in *l.obligari* 9.§.*hereditatem* D.*de aut.tut.*scribit non posse illũ sine tutore adire sibi delatam hereditatẽ quamuis lucrosa sit,nec vllũ habeat damnũ. Neque enim absurdũ est pupillum minus iuris hac in re habere quàm prodigum,cùm pupillus iudicio prorsus careat in omnibus,prodigus verò in eo dũtaxat quod ad rerũ suarum administrationem pertinet,aut potius quod ad sumptus faciendos,quibus quoniam nescit parcere ob eam solam causam malè res suas gerit,potiùs quàm quòd earum bene gerendarũ rationem non intelligat. Vnde & illud fit,quod proximè diximus vt quæcunque geruntur per cũ qui sit aperte prodigus non eo minùs valeant,nisi sit ei bonis etiã interdictũ,quia nihil in prodigo est,neque deest,propter quod debeant irrita esse aut fieri quæ per prodigum geruntur si tollas autoritatẽ interdictionis.Verùm hæc ipsa ratio facit vt quod generaliter & indistinctè scriptum est in *d.l.*5.§.1.*De acq her.* eum cui bonis interdictum est,posse adire hereditatem generaliter quoque & indistinctè accipiendum sit,tametsi hereditas sit damnosa,quoniam videtur id esse extra causam interdictionis,cùm is qui adit hereditatem hoc ipso nihil ex propriis bonis diminuat,sed ex alienis acquirat,si id quod principaliter agitur spectemus.Fateor obligari eum ære alieno,& consequenter fieri pauperiorẽ si hereditas non sit soluendo.Sed nõ solet spectari nisi quod principaliter agitur non etiam quod euenit per consequentias *l.*1.*l.quod dicimus* 7.D.*de aut.tut.* Alioqui difficile erit vt vllo casu possit prodigus cui bonis interdictum est adire hereditatem quantumuis reuera lucrosam,cùm neque possit adire sub illa conditione si hereditas soluendo erit *l.eum qui duobus* 51.§.*vlt.de acq.her.* (siquidẽ aditio actus legitimus est qui nec diem recipit nec conditionem *l.actus legitimi* 77.*De reg.iur.*) neque fieri queat vt sub specie opulentissimæ hereditatis nõ lateat periculum æris alieni quod tandem post multos annos possit emergere *l* 4.D.*ad SC.Treb.*Proinde nullum tempus erit quo sciri certo possit an hic prodigus factus sit heres per additionem,non magis quàm vtrum aliquo tẽpore futurum sit vt æs alienum emergat,quod nondum sit exploratum.Atqui hereditatis aditio cùm sit actus legitimus vt diximus manere in suspenso,non potest,nec proinde acquisitio quæ fit per additionem. Ergo necesse est ita ius constitui vt prodigus etiam cui bonis interdictum est,vel adire sibi delatam hereditatem nullomodo possit,vel si potest,hoc ipso statim fiat heres tametsi hereditas sit damnosa.At,inquies,ita fiet vt adeũdo ex bonis suis diminuat quantũ erit necesse ad exsoluendũ æs alienũ quod futurũ sit supra vires hereditatis. Verùm iam diximus parũ id curandum esse cùm nõ fiat nisi per cõsequentias,Ne aliter posito iure paullatim dici incipiat non esse permittendum prodigo cui bonis interdictũ fuit vt sibi delatã hereditatẽ adeat quãtumlibet opulentã,atque ita in prodigorũ necem conuertatur quod in euidentissimã eorundẽ vtilitatẽ cõstitutum est cõtra *l.nulla* 25.D.*de legib.l.quod fauore* 6.*C.eo.l.sancimus* 7.*C.ad SC.Treb.l.generaliter* 5.§.1.*in fin.C.de secund.nup.* Verũ quia dici solet prohibita alienatione censeri quoque prohibita omnia per quæ ad alienationem peruenitur,puta obligationẽ,pignoris dationẽ & alia huiusmodi de quibus in *l.vl.C.de reb.alien.non alien.*iunct.*l.idemque* 16.§.1.*D.pro socio.l.oratio* 16.*D.de fideiuss.l.ait prætor* 7.§.*quid sit autem* D.*de iur.delib.l.scire oportet* 21.§.1. D. *de tut. & cur.dat.*Respondeamus apertiùs & certiùs additionẽ hereditatis etiam dam-

l. tres tutores 55. §.vlt. D..de adm. tutor.

l.obligari 9. §. hereditatem D. de autor.tutor.

Spectàdum est ita quod principaliter agitur, non quod per consequentias.

l. eum qui duobus 51. §. vlt. de acq. hered.

l.4. D ad SC. Treboll.

Aditio he-

Digitized by Google

reditatis etiam damnosæ cur permissa sit prodigo sine auctoritate curatoris.

nosæ esse quid omnino separatum à causa interdictionis bonorum adeóque à ratione illa quæ fecit vt prodigus interdici debuerit bonorum suorum administratione, Nec enim aut lex aut prætor suspectos habet prodigi mores nisi quod ad eam administrationem per quã videt fieri posse vt prodigalitatis materia augeatur, quod verendum non est, in adeunda hereditate. Quis enim prodigus tam stultus sit vt siue damnosam siue suspectam hereditatem vltrò adire velit, fieriq; pauperior, & nouos sibi conciliare creditores à quibus pecuniã nullam acceperit, quam in suos luxus potuerit consumere? Nã nec prodigi solent res suas perdere ac profligare nisi vt genio suo indulgeant, ob idque videas vt plurimũ tenaces eos & auaros in iis sumptuum faciendorum occasionibus, ex quibus maior honestatis aut vtilitatis quàm improbæ voluptatis fructus sperari posset. Illud verò semper obseruandũ est loqui nos de eo prodigo qui maior sit annis vigintiquinque. Alioqui ætatis imbecillitas facilè efficiet vt pleraque nõ videat talis prodigus, quæ videret optimè si prodigus tantũ esset, quippe nihil cõmune habentia cum occasione malè expendendi vt in *l. verum* 11. *§. si locupleti D. de min.* Dices posse fieri vt in hereditate damnosissima sit aliquã tulum pecuniæ numeratæ, cuius occupandæ statimque profligandæ auiditate captus prodigus nihil non facturus sit, omne etiã fortassis nefas ausurus, nedum hereditatẽ sibi delatã, quòd licitè facere possit, aditurus. Est enim hoc propriũ hominũ inconsideratorum vt cõtenti modico præsenti multò maiora vltrò remittant, propter quã causam prohibita est de alimentis transactio nisi quæ fiat prætore autore *l. cùm hi* 8. *D. de transact.* Sed respondebo esse hoc inconsiderati hominis potiùs quàm prodigi, faciléq; admittã prodigũ modico præsenti contentũ maxima quæque futura & speranda neglecturũ, sed non tam facilè possũ admittere vt is modici illius præsentis auiditate deceptus æquè præsens damnũ aut saltem periculum velit incurrere cõtrahendi exsoluendiq; æris alieni. Hoc enim esset non solũ multò inconsideratius (quanto scilicet grauius est damnũ incurrere quàm amittere lucrum) sed etiam alienius à prodigi malo propositio, quod nõ illud est, vt pauperẽ se quàm citò faciat, sed vt primùm cupiditates animi sui expleat, nullísque in eã rem sumptibus pareat, quod tamen tantò minùs vtique facturus sit quantò citiùs pauperem se fecerit damnosæ hereditatis additione, nullo inde percepto quæsitóque libidini suæ oblectamento. Dubitari ferè probabiliùs potest, vtrum licere debeat prodigo cui bonis interdictum est hereditatem sibi delatam repudiare quia propiùs accedit ad alienationem repudiatio, quàm aditio hereditatis. Sed cùm is possit repudiare qui potest adire *l. is potest* 18. *D. de acquir. hered.* non est dubitandum quin prodigo liceat repudiare quem diximus adire posse. Nec enim de bonis suis quicquã diminuit qui hereditatem repudiat, sed tantum occasionem acquirendi amittit, quod facere illum posse constat etiam in fraudem creditorum, *l. quod autem* 6. *§. 1. vers. proinde & §. sed & illud D. quæ in fr. cr. l. 1. §. vtrum autem D. si quid in fr. patron.* Prodigus verò ne hac in re separandus sit à cæteris, illud facit quod in repudiãda hereditate neque sumptus vllus fit, neque voluptas vlla est quæ allicere prodigum possit vt ius suum temerè ac sine causa alia velit à se abdicare. Quoniã verò lex 12. tab. nõ nisi de furioso & prodigo locuta est, necesse fuit aliunde subueniri dementibus, qui licèt furiosi nõ sint, cùm tamen suæ mentis compotes non sint, non magis suis rebus superesse possunt, quàm si essent prorsus furiosi. Itaque curatorem his quoque à prætore dari necesse est *l. 2. l. consilio 7. §. 1. & 2. D. de cur. fur. l. his qui 12. in pr. D. de tut. & cur. dat.* Sunt & alij casus, quibus prætor

L. verum 11. §. si locupleti D. de min.

l. cùm hi 8. D. de transact.

An prodigus repudiare sine curatore possit delatam sibi hereditatẽ.

l. 2. l. consilio 7. §. 1. & 2. D. de curat. furios. l. his qui 12. in pr. D. de tutor. & cur. dat.

Digitized by Google

tor pro ſua iuriſdictione dat curatorem, ſed bonis non perſonis. Vtputa dum deliberant heredes inſtituti de adeunda vel repudianda hereditate. Interim namque curator bonis dandus eſt *l.dum deliberant 3.D.de curat.furioſ.* Nimirũ ſi ita res vrgeat vel cõdicio bonorum, quomodo legendum eſt in *l.ſi diu* 8. *D. quib.ex cauſ.in poſſ.eat.* Decretum igitur neceſſarium eſt & cauſæ cognitio, quę in eo potiſſimum etiam verſabitur vt is curator conſtituatur, qui ſit vnus ex creditoribus vt ſubiicitur ex Paulo in *l. vnus* 9. *eod.* aut alius in quem maior pars creditorum conſentiat *l.2.in princip.D.de curat. bon.dand.* Nec enim omnimodo neceſſe eſt creditorem eſſe illum qui curator conſtituitur, ſed poſſunt & non creditores *d.l.2.§.penult.* Sed & cùm clara aliqua perſona veluti Senatoris vel vxoris eius in ea cauſa eſt vt eius bona venire debeant, conſtituendus eſt ex Senatuſconſulto curator vt honeſtius ex iis bonis ſoluatur quantum fieri poteſt: conſtituitur autem vel à prætore in vrbe vel à præſide in prouinciis diſtrahendorum bonorum gratia *l.curator* 5.*D.de curat.furioſ.* Et quidem inuitis creditoribus qui ſi mallent ipſi bona debitoris eiuſdémque Senatoris vendere non eſſent audiendi. In hoc enim conſiſtit priuilegium quod claris perſonis indultum Senatus voluit vt eorum exiſtimationi parceretur, quam publica bonorum venditio per creditores facta grauiùs ſuggillaret. Alioqui nullũ haberent priuilegium ſi creditoribus daretur electio quam aliis caſibus habere ſolent vt vel curatorem bonis diſtrahendis conſtitui poſtulent, vel ſibi permitti bonorum venditionem *l.cuius bonis* 9.*D.eod.* vbi Neratius ſcribit, Cuius bonis diſtrahendis curatores facere Senatus permiſit, eius bona creditoribus non permiſiſſe vendere, quamuis creditores poſt id beneficium bona vendere mallent. Sicut enim re integra, inquit, poteſtas ipſorum eſt vtrum velint eligendi, ita cũ alterũ elegerint altero abſtinere debẽt. Ergo hoc etiã caſu, id eſt cùm bona debitoris diſtrahẽda ſunt vt creditoribus ſatisfiat. Senatus permittit creditoribus facere curatores, ídque beneficiũ non paruum eſſe creditur, vt priuatis hominibus liceat facere quod nõ niſi ex magiſtratus autoritate aliàs fieri ſolet. Ad prætoris enim aut præſidis officiũ, vt diximus, id pertinet vt det curatorẽ. *d.l.3.d.l.5.l.bonorum* 8.D.*eo.d.l.2.in pr.* De *cur.bon.dand.* Et ad hunc caſum adaptandũ mihi videtur, quod ſcribit Papirius Inſtus in *l.imperatores* 4.*eo.tit.* bonis per curatorem ex Senatuſcõſulto diſtractis nullã actionẽ ex antegeſto fraudatori cõpetere, Potiùs quàm ad illũ de quo in *d.l.*5. cùm Senatoris aut alterius claræ perſonæ bonis curator cõſtituitur vt diſtrahantur. Etſi enim ex Senatuſcõſulti autoritate id fit, à prætore tamen vel à præſide curator cõſtituitur. At cũ à creditoribus ipſis conſtituitur Senatu permittente veriùs dicitur ex Senatuſcõſulto cõſtitutũ hunc curatorem in quo cõſtituendo alterius magiſtratus autoritas non interuenerit. Nec ſanè conueniens fuit fraudatoris appellatione de quo in *d.l.*4. agitur, intelligi Senatorem, ne illius honorem offendamus cui parcere ſtudemus. Dicat aliquis non indigere creditores hoc Senatus beneficio vt bonorum debitoris diſtrahendorum gratia liceat eis facere curatorem, cùm priuato etiam conſilio poſſint coire, ac eligere vnum per quem bona diſtrahantur vt in *l.vlt.*D.*de cur.bon. dand.* Sed reſpondeo multùm intereſſe an ex priuato creditorum conſilio, an ex Senatus autoritate curator à creditoribus fuerit conſtitutus. Priore caſu nullas actiõnes aut exercere, aut excipere poteſt *d.l.vl.* vbi ſcribit Iulianus, ſi cõſtituto ita curatore ſuperueniat nouus creditor, nullã poſſe illũ habere actionẽ aduerſus curatorẽ ab aliis creditoribus cõſtitutũ, ſed poſſe illũ vnà cũ curatore bona debitoris vendere, ita vt quę à cura-

l.dum deliberant 3. D.de curat. furioſ.
l.ſi diu 8.D. quib. ex cauſ.in poſ. eat.
l vnus 9.eo.
l.2.D.de curat. bon. dand.
l. curator 5. D.de curat. furioſ.
l.cuius bonis 9.eod.
l.5. l. bonorum 8.eo.d. l.2.in princ.. De cur.bon. dand.
l.imperatores 4 eo.tit.
l.vlt. eo.tit.

tore& à creditore ex bonis cõtrahãtur omnib' creditoribus pro portione præ ſtẽtur. Poſteriore verò caſu actiones omnes quæ ſunt in bonis, quibus curator à prætore datus eſt ab eo poſſunt exerceri, & in cũ viciſſim actiones cõpetunt *d.l.2.§.1.eo.* Adeò vt ſi plures eiuſdẽ bonorũ curatores facti ſint, nõ tamen diuiſis regionibus in quem eorũ vult actor, in ſolidum ei detur actio, ſicut & quibus eorum, in ſolidum agit *d.l.2.§.ſi plures & §.vlt.l.3.eod.* Hac ſola, vt quidam putant, differentia quòd exercet curator actiones directas, eas ſcilicet quæ ſunt in bonis (in bonis autem eæ ipſæ actiones ſunt, quę competunt debitori & cõſequenter directæ non vtiles) in curatorem verò directa nulla cõpetere poteſt, ſed vtilis danda eſt, quia in nullius bonis poſſunt videri eſſe actiones paſſiuæ quibus ipſe erga proprios creditores obſtrictus ſit non magis quàm æs alienum quod ob eam cauſam alienum appellatur *l.cedere diem* 213. §.1. *de verb. ſignific.* Ob ídque ita locutum volunt Vlp. in *d.l.2.§.1. eiſque actiones & in eos vtiles competunt*, vt vtiles dixerit illas tantùm actiones quæ in eos non illas etiam, quæ eis competunt. Sed verius eſt non minùs vtiles actiones dicendas eſſe quas curator exercet, quàm quæ contra eum exercentur, ſiquidem ſuo nomine illas exercet, nòn alieno, vt ex eo conſtat quod ſubiungit Vlp. ſi quem curatores mittant ad agendum, vel ad defendendum, ius eis eſſe id facere, nec ab eo ſatis exigi, neque de rato, neque iudicatum ſolui nomine illius cuius bona veneunt, ſed nomine ipſius curatoris qui eum miſit. At fieri non poteſt, vt quis ſuo nomine habeat actiones directas quæ alteri primùm fuerint acquiſitæ. Cui enim ſemel acquiſitæ ſunt, in eius perſona perpetuò manent, nec ab ea poſſunt ſeperari *l.ſi heres* 70. *D.ad SC.Trebell.l.procuratore* 55. D. *de procurat.l.qui ſtipendia* 9. C. *eod.* Vtilium ergo actionum appellatio apud Vlpianum generaliter accipienda eſt & tam ad actiones quæ curatoribus quàm ad eas quæ contra curatores dantur, referenda. Sicut verò de actionibus generaliter Vlp. loquitur, ita non video cur cũ interpretibus noſtris debeamus diſtinguere actiones tempore perituras à cæteris, quaſi eas tantùm poſſit curator exercere quæ tempore perituræ ſint non etiam cæteras. Sic enim illi ad *d.l.*2. Nulla prorſus ratione, præſertim cùm hodie perpetuæ actiones nullæ ſint, ſed omnes factæ temporales quippe quæ triginta, vel ad ſummum quadraginta annorum præſcriptione ſummoueãtur ex poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus *l.ſicut* 3. *cum ſeq. C. de præſcrip.* 30. *vel* 40. *annor.* Fefellit eos, quod Paulus ſcribit in *l.creditore* 14. *D. de reb. autor. iudic. poſſid.* creditore in poſſeſſionem rerum debitoris miſſo curatorem conſtitui debere ſi quædam actiones tempore perituræ ſunt. Sed animaduertere debuerũt, longè diuerſum illud eſſe ab eo, quod probare volunt curatorem à prætore datum non alias actiones poſſe exercere quàm quæ ſint tempore perituræ. Cùm creditor in poſſeſſionẽ bonorum debitoris miſſus eſt, non idcirco agere ipſe poteſt contra debitoris ſui debitores, quia cùm actio ſit ius, vt ex ipſius definitione apparet *l. nihil aliud* 51. *De oblig. & act.* non magis fieri poteſt vt quis agat ſine iure quàm vt ſine actione *l.ſi pupilli* 6. §. *vlt. De negot. geſt.* Atqui miſſio in poſſeſſionem nullũ ius tribuit creditori, ſed cuſtodiam duntaxat & obſeruationem *l.cùm legatorum* 12. D. *quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. is cui* 5. *D. vt in poſſ. legat. l.3.§. vlt.* D. *de ac. poſſ.* Id enim eſt quod Paulus ait in *l.cùm vnus* 12. *de reb. aut. iudic. poſſid.* cũ cui prætor permittit poſſidere bona debitoris, nihil ſibi ipſi nedum aliis creditoribus acquirere, ſed tantùm aliquid ex ordine facere, per quod ſcilicet ad bonorũ venditionem perueniri poſſit *l.pen. in fin. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Non ergo fieri poteſt

d.l.2.§.1.eo.

l.cedere diẽ 213. §.1. *De verb. ſignif.*

d.l.2 §.1. de curat. bon. dand.

Curator bonis datus actiones omnes poteſt exercere etiam tempore non perituras.

l. creditore 14. D. *de reb. autor. iudic. poſſid.*

l.cùm legatorum 12. *D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. is cui* 5. *D. vt in poſſ. legat.*

poteſt,vt creditor agat contra debitoris ſui debitores.Debitor verò ipſe multominùs,quia cùm ex quo tempore creditor in poſſeſſionem miſſus eſt,nihil poſſit debitor ex bonis ſuis diminuere ne creditoribus iniuria fiat, abſurdum ſanè eſſet ei cui alienatione interdicitur permitti actiones exercere *l.ait prætor 7.§.quid ſit autem D.de iur.deliber.* Ita eueniret vt actiones, perirent quas haberet debitor ſi tales eſſent,quæ ſui natura eſſent tempore perituræ(cuiuſmodi erant olim pleræque ac ferè omnes prętorię iis exceptis quæ rei perſecutionem continerent *l.in honorariis* 35. *De oblig.& act.*& apud *Iuſtin. De perpet. & tempor.action.*)niſi eo remedio proſpiceretur,vt bonis curator conſtitueretur. Sed non eſt bona conſecutio ſi ex eo inferas. Nullas igitur actiones curatori permittendum exercere niſi quæ ſint tempore perituræ.Qui enim conſtitutus erit,omnes proculdubio poterit exercere,hoc ipſo quod curator erit, & quidem generaliter conſtitutus.Siquidem curator nemo fit ad hanc duntaxat,vel illam ſpecialiter actionẽ exercendam : ſed curatorem bonorum cùm dicimus vniuerſitatem bonorum ſignificamus,& ideò à tribus illis cauſis ex quibus in poſſeſſionem mitti creditores ſolent,rei ſeruandæ cauſa, item legatorum ſeruandorum gratia,& ventris nomine ſeparamus cauſam damni infecti, quia ex hac cauſa non vniuerſorum bonorum nomine fit miſſio,ſed eius rei tãtùm de qua damnum timetur,inquit Vlp.in *l.1.D.quib.ex cauſ.in poſſ.eat.* Quò etiam pertinere videtur quòd idem Vlp.ait in *d.l.ſi diu eod.tit.* Si diu incertum ſit an heres alicui extaturus ſit necne,non tantùm cauſa cognita permitti oportere bona ſeruandæ rei cauſa poſſideri,ſed etiamſi ita res vrgeat,vel cõdicio bonorum etiam hoc concedendum eſſe,vt curator conſtituatur. Tunc enim res ipſa & bonorum condicio vrgere intelligitur,cùm res,vel actiones quæ ſunt in bonis tempore perituræ ſunt,vel etiam deteriores futuræ *l. inter bonorum* 48. *D. de admin.tutor.* vbi ſcriptum eſt curatori bonorum ſolam cuſtodiam & rerum quæ deteriores futuræ ſunt venditionem committi. At rurſus hoc ipſo loco abutentur interpretes,vt probent, curatorem bonis datum non alias actiones mouere poſſe,quàm quæ tempore perituræ ſint,cùm nec alias res poſſit vendere quàm quæ tempore perituræ ſunt,vel in totũ,vel ex parte,id eſt deteriores futurę.Perit enim ex parte,quod fit deterius.Sed negabo eandem hac parte rationem eſſe corporum & actionum,itémque vẽditionis & actionis permittẽdę.Corpora pleraque ſunt eiuſmodi,vt tẽpore nec pereant,nec deteriora fiant.Actiones verò licèt non omnes olim peritent tẽpore (iam enim diximus hodie omnes perire)fiunt tamen deteriores hoc ipſo quod non exercentur,nõ ſolùm tanquã odioſiores propter tacitæ remiſſionis conjecturã quę ex tẽporis longi taciturnitate induci cœperat *l.Procula*29. *D.de probat.l.cùm quidam* 17.§. *Diuus Pius* D.*de vſur.l.vir vſurar* 54.D.*de donat.int.vir.& vxor.*ſed etiam quia difficilior fit probatio eorũ quę in facto conſiſtunt & ex quibus actionis ius ęſtimatur,morientibus interim teſtibus,& intercidẽtibus aliis probationibus,quibus amiſſis nulla poſſit ſupereſſe actio exercendæ actionis *l.in lege Aquilia* 40.D.*ad leg.Aquil.* Rurſum permittitur curatori bonorũ ęas tãtùm res vendere quę alioqui,aut perituræ,aut deteriores futuræ ſunt, quia nõ poſſet aliarum permitti venditio citra patrimonij diminutionem, nec iſtarũ è contrario prohiberi,quin patrimonium diminueretur hoc ipſo,quod nõ vẽderentur. At non poteſt videri patrimoniũ diminui,ob hoc ſolum quod curatori permittatur actiones exercere quamuis nõ perituras tempore, quia quod per actionem exigitur in patrimonio perinde eſt atque actio,adeóque plus eſt quàm actio cùm ſit fructus & effectus actionis. Neque verò ad curatorẽ accómodari

l. ait prætor 7.§. quid ſit autem D. de iur.delib. l.in honorariis 35 D.de oblig. & actio.

l.1. l.ſi diu 3. D. quib. ex cauſ. in poſſ.eat.

l.inter bonorum 48. D. de admin. tutor.

l.in lege Aquilia 40. D. ad leg. Aquil.

modari poteſt, quod ſuprà diximus abſurdū fore ſi actionū exercitio permittatur ei, cui bonorū alienatione interdicatur *d.l.ait prætor 7.§.quid ſit autē D.de in.delic.* Id.n.tūc obtinet cùm quis ſuo nomine actiones exerceat, nō etiā cùm alieno, Nā qui ſuo nomine actionem exercere poteſt etiam vtilem tantùm nedum directā, de ipſa liberè pro arbitrio tanquam dominus diſponit *l.procuratore 55.D.de procur.* quod non ſimiliter facere poteſt is, qui nonniſi alieno agit nomine.

l.procuratore 55. D. de procurat.

ILLATIO I.

De poteſtate curatoris in corpus quoque furioſi ad ſalutem eius tuendam.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iulianus ſcribit in *l.conſilio 7.in prin.D. de cur.fur.* conſilio & opera curatoris tuendū eſſe non ſolùm patrimoniū, ſed etiā corpus ſalutēmque furioſi: Nēpe quia in ſua poteſtate habet non modò patrimoniu, ſed etiā perſonā ipſam furioſi, ob idq; ad eius officiū pertinet, vt prouideat ne quid prætermittatur eorum quæ ad tutelam ipſius & proximorū ſecuritatem ſpectet. Inter cætera verò vt cuſtodes ei adhibeat qui caueāt non ſolùm ne quid ille in ſeipſum pernicioſius moliatur, ſed ne aliis quoque exitio ſit vt ſcriptū eſt in *l.Diuus Marcus 14.D.de offic.præſi.* vbi tamē pro *quoniā* malo legere *quod non* in illis verbis *quoniam tam ad pœnam quàm ad tutelam eius & ſecuritatem proximorum pertinebit.* Cur enim pœna aliqua ſiue vinculorum, ſiue alia furioſo inſligatur, qui etiamſi matrem in furore occiderit, deliquiſſe tamen non intelligatur, ſatiſque iam furore ipſo, vt eadem lex ait, puniatur.

l.conſilio 7. in princ. D. de cur.fur.

l.Diuus Marcus 14. D. de offic. Præſid.

ILLATIO II.

De poteſtate vnius ex plurimis curatoribus furioſi.

SEcundò ex eodē Principio fit, vt ſi eiuſdē furioſi plures ſint curatores, alteri tamē ex eis rectè ſoluatur, poſſitq; vel vnus rē furioſi alienare *d.l.conſilio 7.§.vlt.de cur.fur.* vbi additur ei quoq; qui ab altero ex curatoribꝰ ſuū furioſi legitimè mercaretur, vſucapturū: nimirū ſi cæteri quoq; aut expreſſè aut tacitè conſentiāt, vt ſequitur in eadē lege. Ideo enim ſufficit vnus ex curatoribus perſona, inquit Iulianus, quia intelligitur alter cōſentire. Et idcirco ſi alter præſens ſit & vetet ſolui cō curatori, vel vetet à concuratore rē vēdi vel tradi, neq; debitor liberabitur, neq; emptor vſucapiet, nēpe quia plures furioſi curatores ſicuti non tātū bonis, ſed etiā perſonæ furioſi dātur, eamq; habēt in poteſtate, ita & vnius perſonæ vice fūgūtur. Quæ ratio facit vt nec aliud ſit in pluribus vni pupillo datis tutoribus niſi alia ſit teſtatoris volūtas vt in *l.Titium 47.in pr.D.de adm.tut.* Nā & illi perſonæ dātur non bonis dūtaxat *l.quia perſonæ 14.D.de teſt.tut.* & omnīū autoritas in quacūq; re olim neceſſaria fuit præterquā ſi teſtamēto dati eſſe proponerētur. Sic.n.legēdū ſanè eſt apud Vlp. *tit.11.De tut.§.anteven.* vt benè Cuiacius ad eū locū notauit ex *l.vl.C.de aut.præſt.* vbi Iuſtinianus hāc differētiā quæ olim fuerit inter tutores legitimos & teſtamētarios & refert & tollit. Teſtamētariorū n melior condicio hac in re eſſe debere videbatur vt & in aliis plerisq; quod eorū fides & induſtria tanquā ſingulorū à teſtatore electa eſſet, Cur enim tutorē liberis ſuis daret quis eūꝫ cuius fidē aut induſtriā vel tātillū ſuſpectā haberet: itaq; ſicut ob eā cauſam ſatiſdare nō cogūtur, ita & vnius eorū autoritatē ſufficere vitium eſt. *l.4.l.5.in pr.& §.itē ipſe l.quod dicimus 7.§.1.D.de aut tut.* Niſi regionibus diuiſi eſſent *d.l.vl.C.eo.* Legitimorū aliaratio eſt qui ſcilicet nō eligūtur, ſed prout à natura proximi agnati ſunt à lege tutores cōſtituūtur. Legitimis porro datiui cōparātur potiùs quā teſtamētarius, quia licēt à magiſtratu eligātur à quo dātur, adeoq; vt plurimū quātus non neceſſariò ex inquiſitione, plures tamē eligūtur nō aliā ob cauſā, quāquod vnius ſolius aut fidē aut induſtriā ſufficere nō poſſe magiſtratus prudēs arbitretur, præſertim cū dat eos citra inquiſitionē. De illis.n. loquitur. Iuſtinianus tamē vt in legitimis quoq; & datiuis conſtitueret idipſum quod conſtitutū erat in teſtamētario, motus eſt ex eo quod nullū idcirco dānū metui pupillo poſſit cui ſatis cautū ſit & ea ſatisdatione quā præſtare debent tutores legitimi, itēmq; datiui ſi nō dati ſint ex inquiſitione, verū etiā actione ſubſidiaria cōtra magiſtratus ipſos dā

l.Titium 47.in pr.nc. D. de adm. tutor.

Vlp.in frag. tit.De tut. §.antepen. l.vlt. C. de auct.præſt. l.4.l.5.in princip. & §. item ipſe l.quod dicimus 7. §.1. D.de aut. tut.

da ex *tit.*

da ex ti. *De mag. conu.* Is.n.sensus est Iustinianæ cõstitutionis in vers. illo, *quia in hoc casu nõ absimiles testamẽtarios esse & per inquisitionẽ datis legitimos & simpliciter datos iubemus, eo quòd fideiussionis onere prægrauãtur & subsidiariæ actionis adminiculũ speratur.* Scilicet vt quãtũ ad hoc quod vnius ex tutoribus autoritatẽ interuenisse sufficiat, nulla sit inter omnes illas tutorũ species differetiã. Nõetiã vt testamẽtarij tutores & ex inquisitione dati hodie sicut cæteri satisdatione prægrauentur. Nihil.n. hac parte ex iure vetere immutatũ fuit, aut immutari debuit. Intelligimus autẽ ex supradicto vers. tutoribus testamẽtariis nõ legitimis similes in hoc fuisse illos, qui ex inquisitione dati essent, vt vnius eorũ autoritas sufficeret, quẽadmodũ & in eo similes erãt quod satisdare õ cogebãtur, cũ fides inquisitionis cederet pro vinculo cautionis *l. honoris 8. De cur. fur. l. si impuberi 13. in fi. D. ac tut. & cur. dat.* Cæterũ quod Iustinianus cõstituit, vt in tutoribus omnibus sufficiat vnius ex ipsis autoritatẽ interuenisse, excepto vno illo casu, quo de pupilli adrogatione tractetur, quòd per eiusmodi adrogationẽ fiat, vt tutela ipsa dissoluatur, diximus ad Pr. precedẽs ill. 21. ex *l. si adrogati 14. in pr. D. de tu.* Quod sic accipiẽdũ videtur, vt cæteros tutores adesse & consentire nõ sit necesse, at non etiã vt si dissentiant expressim, nihilominùs valeat quod ex vnius solius autoritate factum sit cæteris inuitis. Cũ.n. par & æquale ius sit tutorũ omniũ in caput bonaq; pupilli, necessariò hic euenit q̃ alias semper, vt in pari iure melior sit cõdicio prohibẽtis *l. in re cõmuni 26. D. vtr. pr. l. Sabinus 28. D. com. diu.* Atq; idipsũ in testamẽtarijs iã olim obtinuisse credẽdũ est, vt corũ melior quã legitimorũ aut datiuorũ condicio in hoc tantũ fuerit, quod vno ex testamẽtariis autoritatẽ suã præstante cæteros etiã testamentarios sufficiebat, nõ dissentire, vt pro cõsentientibus haberẽtur, quãuis non expressè cõsentirẽt, legitimos verò, vel datiuos omnes & adesse, & expressim cõsentire oportebat, ne alioqui pro inuitis & dissentiẽtibus haberẽtur hoc ipso quod nõ cõsentirẽt, vt & in *l. si tres ex a. 8. §. inuitus D. de proc. l. inuitu 5 D. vtr. pr. l. in eo iure 45. § deinde Alex D. de vit. tu.* Ergo plures eiusmodi furiosi curatores quibus cõparabimus an testamẽtarijs, an verò legitimis, aut datiuis simpliciter, id est nõ ex inquisitione datis? Inspecto mihi rum iure vetere. Nã si ius nouum spectes, cũ exæquata sit omniũ tutorũ cõdicio, & ea potissimũ ratione, quòd satis cautũ sit pupillo per satisdationẽ, & per subsidiariã in magistratus actionẽ, nulla ratio est cur deterior debeat esse cõdicio curatorũ furiosi quos cõstat sicut legitimi sunt ita & perinde ac cæteros legitimos ad satisdationẽ cõpellẽdos, nisi cũ vel testamẽtarij sunt, vel ex inquisitione dati *l. vlt. §. sed cùm antiquitas & seqq. C. de cur. fur.* At iure veteres inspecto videtur curatores furiosi maiorẽ cũ testamẽtariis, q̃ cũ legitimis pupilli tutorib' similitudinẽ habuisse, cũ vnius ex curatorib' autoritatẽ interuenisse sufficeret etiãsi abfuissent cæteri, dũmodò id quod ageretur scirent. Hoc.n. requiri videbatur, vt saltem tacitè cõsensisse crederẽtur. Quomodo nãq; tacitè cõsensisse videri potest is qui ignorauit? *l. 5. vers. longè magis D. de obl. & act.* Atqui ratio propter quam Iulianus vult sufficere autoritatẽ vni' ex duob' furiosi curatoribus nõ alia est, quam quod alter cõsentire intelligatur. Nõ igitur de alio cõcuratore intelligi potest, q̃ qui qđ à cõcuratore suo factũ est, sciuerit. In quo tamen tantũ iuris habuit curator furiosi quã testamẽtarius tutor pupilli. Is.n. etiãsi cõtutores haberet, eosq; nõ modò absentes, verùm etiã ignorãtes, nihilominùs sufficere ad autoritatẽ præstãdã poterat, dũ ne expressim contradicerẽt & dissentiret. Dicis parũ ergo refert an omniũ furiosi curatorũ autoritatẽ adhibẽdã esse dicam', an vni' duntaxat? Omniũ scientiã interuenire necesse sit. Verum immò verò multũ refert, Autoritas.n. nicũm necessaria est, interponi debet in ipso negotio, id est tũc cũ fit *l. obligari 9. §. pen. D. de aut. tut.* aut saltẽ statim atq; peractũ est negotiũ dũmodò in re præsenti *l. si quis mihi 25 §. iussu D. de act. her.* Scientia autẽ & cõsensus siue expressus, siue tacitus vt quãdocunq; interueniat sufficit nec vlla certi temporis sollemnitate cõstringitur. Notãda verò est ratio illa Iuliani per quã probat posse vni etiã ex furiosi curatoribus solui, & vnũ ex iis vendere furiosi rẽ & tradere, quia, inquit, solutio, venditio, tradi-

d. l. vlt. C. de auct. tut.

l. honorum 8. D. de curat. furios. l. si impuberi 13. in fin. D. de tutor. & curat. dat. l. si adrogati 14. in prin. D. de tutel. l. in re communi 26. D. vrban. pra. l. Sabinus 28. D. communi. diuid.

l. vlt. §. sed cùm antiquitas & seqq. C. de curat. furio. In quo minus iuris habet curator furiosi qui tutor testamentarius. Differentia inter autoritatem & consensum tutorum. l. obligari 9. § penult. D. de auct. tut. l. si quis mihi 25. §. iussum De acq. hered.

ditio,traditio,facti magis quã iuris sunt,vt intelligamus aliud cum fuisse respon sum si essent ista iuris non facti: Quoniã cùm ius curationis sicut & tutelæ sit indiuiduum,quemadmodum & persona furiosi,quę in curatorum potestate est, in omnium curatorum persona indiuiduè residet,ideoque non possent ea quæ meri iuris essent per vnum ex curatoribus expediri. Planè in bonorum curatoribus si plures constituti sint posse singulos in solidum & agere & conueniri nõ pro portionibus ait Vl. ex Celso in *l.2.§.si plures D.de cur.bon.dand.* Id enim & ipsis & aliis cum quibus rem habent commodius est siue agant, siue conueniantur.

L.1.§.si plures de cur. bon.dand.

ILLATIO III.

De curatione furiosi vel prodigi filio danda,vel deneganda.

TErtiò ex eodem Principio nostro fiebat olim vt curatio eius cui bonis indictum esset aut etiã furiosi,filio permittenda esse negaretur, *lege 1.§.1.D.de cur.fur.* Absurdũ enim nedũ inuerecundũ videbatur vt filius qui in patris quantũlibet furiosi potestate esset *l.patre furioso 6.D.de his qui sui vel alie.iu.sunt.* cũ nihilomin⁹ in potestate sua,tãquã curator habere inciperet. Nã si fieri nequit vt qui in aliena potestate est aliũ habeat in sua quãtò minùs ferẽdũ est, vt cũ ipsum habeat in cuius sit potestate *l.sic eueniet 21.D.ad leg.Iul.de adul.* iunct. *l.vl.C. de sent.pas.& rest.* Sed tamẽ placuit Diuo Pio cuius in eã rẽ rescriptũ extare refert Vl. in *d.§.1* filio si tã probus sit,potiùs quàm alij cuilibet permittẽdã patris curationẽ,nõ tã vt sibi vllã in patrẽ acquirat potestatẽ,quàm vt præstet ei debitã pietatẽ. Nec.n.credendũ est patrẽ furiosum in filij sui,quẽ ei curatorẽ dederimus futurũ potestate. Immò vel ob hoc ipsũ,quod filius in patris potestate est,tãtò maiorẽ ei pietatẽ debere videtur,cùm vinculũ patriæ potestatis dicatur aliquãdo vinculũ pietatis,vt à Papiniano in *l.vl.D.si à paren.quo man.fit.* Indeq; nimirũ dubitãdi ratione sumit Vlp. in *l.4.eo.ti.De cur.fur.* cùm quærit an furiosę matris curatio ad filiũ pertineat: Nempe ex eo quod mater nõ habebat liberos suos in potestate *l.mulierẽ 5.C.de adop.* Quæ tamẽ ratio facere potiùs debebat,vt minùs esset dubitãdũ quin matris curator esse posset filio⁹,si per huiusmodi curationẽ i⁹ aliquod potestatis in parẽtẽ suũ nãciscereretur. Sed elegãter Vl. respõdet pietatẽ parẽtib⁹ equã deberi licèt inæqualis cui sit potestas,Ne quis dubitare possit,hos curationis genere in huiusmodi specie,id est in persona filij nõ tã potestatis ius in parẽtes acquiri,quã pietatis officium exhiberi.

L.vl.D si à parent.quis manum sit.

L.4 D.de cur.furios. l.mulierem 5.C. de ado.

ILLATIO IV.

De administratione bonorum furiosi vel prodigi interdum alij quàm curatori danda.

QVartò ex eodẽ Principio fit,vt sæpe ad aliũ ex lege 12.tab. curatio furiosi,aut prodigi pertineat alij prætor administrationẽ det,scilicet cũ legitimus ille ad eã rẽ inhabilis videatur *l.sæpe 13.D.de cur.fur.* Nihil.n.aliud lex exigit nisi vt is cui curationẽ defert si proxim⁹ agnatus qualẽ esse aliquẽ nihil prohibet,qui tamẽ sit ipse etiã furiosus fortasse vel prodigus,cui proinde nũquã prætor administrationẽ furiosi vel prodigi sit cõcessurus. Ob idq; nec simpliciter diximus in præcedẽte illatione filiũ patri furioso vel prodigo curatorẽ dãdũ esse,sed cũ illa adiectione *si tã probus sit d.l.1.in fi eo.* id est si iis sit moribus vt eũ prætor dignũ iudicare debeat cui parẽtis cura cõmittatur. Alioqui si solius legis 12.ta.verba inspiceres,curator patris omnimodo esse deberet filius,si nõ tãquã filiusfamilias & suus heres,saltẽ tãquã proxim⁹ agnat⁹. Siquidẽ filius patri agnatus proximus est *l.filius 12.D.de suis & legit.* tametsi nõ ignorẽ plerosq; putare addẽdã eo loco negationẽ: quã sẽtẽtiã ab Alciato primũ inductã *li.2 parer.c.25.* secus etiã est Hot. *li.1.obs c.26.* rectè hoc nomine reprehẽsus a Iacob. Cuia. *li.14.obs.c.11.* si ad Cuiaciũ ea addas,quę nos tradidimus *li.10.Cõe.c.12.* quib⁹ etiã addi velim textũ omniũ apertissimũ quẽ nõ magis à Cuiacio quàm à nobis ante hunc diẽ obseruatũ fuisse miror in *l.pen.§.1. D.quis ordo in bon.pos.seru.* cuius verba illa sunt, *filius nõ solum si tãquã filius, sed etsi tãquã adgenitus vel tãquã cognatus ad bonorum possessionẽ vocetur.* Et si nõ malè idipsũ probauit Cuia. ex *l.de bonis 6.§.huic autẽ D.de coll.bo.l.1.D.de grad.& adfi.l.vl.C.de co.* Nisi quod malè respõdit ad Papin. in *l.scripto 7.D.vnd.lib.* qui solus locus Alciato & Hotomano imposuit. Nos

L. filius 12. D.de suis & legit.

L. pen.§.1. D quis ord. in bonor. poss. seruet. l.de bonis 6. §. huic autẽ D. de grad. & adfin.

fuit. Nos supra citato libr. Coniect. nisi nobis ipsi imponimus, meliùs respondimus.

ILLATIO V.

De *marito vxori mente captæ curatore non dando.*

QVintò ex eodem Principio fit, vt virum vxori mente captæ curatorem dari non oporteat *l. virum* 14. D. *de curat. furios.* adeóq; nec sponsum sponsæ *l.* 1. *§. vlt.* D. *de excus. tutor.* vbi Modestinus refert Senatusconsultum ea de re factũ, ad quod etiam puto referendũ quod scriptum est in *l.* 2. *C. qui dar. tut.* maritũ etsi rebus vxoris suæ adfectionẽ debeat, tamen curatorẽ ei creari nõ posse. Nec enim ratio vlla iuris est quæ impediat ne possit, nisi Senatus autoritas in eam rẽ interueniisset. Quidni enim posset maritus esse curator vxoris suæ, quam & in potestate sua perpetua olim habere poterat si nuptiæ per conuentionẽ in manum factæ essent? At quãuis ex iuris ratione id posset admitti, benè tamen vidit Senatus permitti nõ oportere, vt loquitur Pap. in *d. l. virum*, adeò vt Diui Seuerus & Antoninus rescripserint maritũ vxori curatorẽ datũ posse se excusare quãuis se immiscuerit *§. ijdẽ rescripserunt* 19. *infr. De exc. tut.* An quia vt quidã putant, si vir malè curã gereret, vxor tamen ei negligẽtiã tacitè remittere videretur? Minimè. Esset enim illa donatio quæ sicut inter coniuges facilè præsumitur, ita exceptis quibusdam casibus districtissimè prohibetur, siue fiat tacitè, siue expressè, atq; ita mulieri non noceret. Nec rursus in vxore furiosa ratio illa locũ haberet. E contrario igitur dicendum potius est, idcò non oportere maritum vxori, aut sponsum sponsæ siue furoris, siue minoris ætatis gratia curatorẽ dari, ne cũ illa relipuisset aut annis maior facta fuisset materiã iurgij inter coniuges ea res præberet si rationum redditionẽ vt par esset, exigere mulier vellet. Id enim semper agit ciuilis legislator quantum potest ne quo prætextu matrimonia bene concordantia turbentur *l.* 1. *§. vlt. D. de liber. exhib.* Quã ob causam nec videas in libris nostris mentionẽ vllam fieri litis inter coniuges motæ præterquàm ex causa adulterij, cũ lis nõ nisi inter inimicos sit, in quo differt à iurgio: esset autẽ expeditius coniuges si inimici fierent, de faciendo diuortio quod erat liberũ, quàm de instituenda lite cogitare. Atquin inanis est curatio & ridicula, cuius nulla ratio exigi suo tempore possit, cùm in eam rem comparatæ sint & tutelæ & curationes, vt ea ratione cuiusq; salnum & integrum ius conseruetur, non vt in alieno patrimonio impunè grassandi potestatem quis nanciscatur. Id enim non ad priuati duntaxat, sed ad ipsius quoque reipublicæ vtilitatem pertinet *l. seruum quoque* 37. *§. publicè* D. *de procur. l.* 4. *D. de oper. nouiunciat.* iunct. *l. quia satisdatio* 6. *cum l. præced. D. de suspect. tutor.*

l. virum 14. D. *de curat. furios.* *l.* 1. *§. vlt. D. de exc. tut.* *L.* 2. *C. qui dar. tut.*

§. ijdem rescripserunt infr. De excus. tutor.

l. 1. *§. vlt.* *De liber. exhib.*

ILLATIO VI.

De *curatore non nisi cùm causæ cognitione dando dementi & furioso.*

SExtò ex eodem Principio fit, vt obseruare prætorem ac præsidem prouinciæ oporteat, ne cui tanquam dementi vel furioso temerè ac citra causæ cognitionẽ plenissimam det curatorem *l. obseruare* 6. D. *de curat. furios.* cùm sit ea curatio tanti momenti vt acquirat curatori ius potestatis in personam dementis & furiosi. Rursum quoniã, vt ea lex ait, pleriq; Vlyssis more vel dementiam vel furorem fingunt quò magis curatore accepto ciuilia onera detrectent: aut immanis alicuius sceleris perpetrandi obtentum sibi quærant, vt in *l. congruit* 11. *§. vlt. cum l. seq.* D. *de offic. præsid.* Adde *l. de ætate* 42. D. *de minor.*

l. obseruare 6. D. *de cur. furios.* *l. congruit* 11. *§. vlt. cũ l. seq De off. præs. l. de ætate* 42. D. *de minor.*

ILLATIO VII.

De *satisdatione danda etiam per curatorem furiosi vel dementis.*

SEptimò ex eodem Principio fit, vt curatorem siue dementi, siue furioso, siue prodigo datum, non minùs quàm tutorem satisdare oporteat, Rem furiosi vel dementis vel prodigi saluam fore, cùm eandem potestatem nanciscatur, quam haberet si tutor esset, nec minùs reipublicæ interfit his omnibus cautum esse *d.l. consilio 7.§.1. D.de curat.furios.* vbi Iulianus ait si curator dementi datus interposito decreto vti satisdaret non cauerit, & tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienauerit, id est eo ipso modo quo alienare solent & possunt curatores qui satisdederunt, non eo minùs dementis heredem quandocũque res illas vindicaturum, Et, si exceptio opponatur *si non curator vendiderit* replicationem dari debere *aut si satisdatione secundum decretum interposita vendiderit.* Nisi proponas ex precio accepto dimissos furiosi creditores. Tunc enim triplicationem doli facturam vt tuti sint possessores. Cui non dissimilis & illa species est quam idem Iulianus tractat in *§.seq.* Nam cùm dementis curatorem qui satis non dederat, & res malè administrabat, Proconsul à bonis removisset, aliúmque loco eius substituisset, & hic posterior etiam priùs quàm satisdedisset cum remoto egisset negotiorum gestorum, posteáque heredes dementis cum eodem agerent eadem negotiorum gestorum actione, Iuliano placet, si is exceptione rei inter se & curatorem iudicatæ vtatur, heredibus dandam esse replicationem *aut si is qui egit satisdederat.* Sed an replicatio inquit, profutura esset (sic enim lego sublata dictione *curatori*, cùm non à curatore sed contra ipsum opposita replicatio proponeretur nisi malis pro *profutura* legere *obfutura*) iudex æstimabit, Nam si secundus curator pecuniam quam à priore ex condemnatione fuerat consecutus in rem furiosi vertisset, doli triplicatio ei prodesset, dementíque heredibus obstaret. Cùm enim omnes exceptiones, & consequenter replicationes, duplicationes & triplicationes quæ omnes exceptiones sunt, ex æquitate prætoria proficiscãtur nemo dixerit æquum esse vt prætextu non præstitæ per curatorem satisdationis debeat licere dementis heredibus vt lucrum captẽt ex damno alieno, quod nec dementi ipsi nec pupillo permitteretur *l.pen.in fin.* D.*reb.eor.qui sub tutel. l.nam hoc natura* 14.*D.de cond.indeb.l.iure naturæ* 206.D.*de regul.iur.*

d. l. consilio 7.§.1. D.de cur.furios.

d. l. consilio §.1.

Emendatur Iulianus.

ILLATIO VIII.

De *potestate interdictionis factæ prodigo.*

OCtauò ex eodem Principio fit quod Vlp. ex Iuliano scribit in *l. Iulianus* 10.*eod.tit. De curat.furios.* eos quibus per prætorem bonis interdictum est nihil ad aliũ transferre posse, quia scilicet in bonis nihil habeant, cùm eis diminutio sit interdicta. Quò etiã pertinet quod scribit Põponius in *l.si sciens* 26.D. *de cont.empt.* Si sciens emam ab eo cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum de adeunda hereditate ita datum sit, vt non habeat diminuendi potestaté (sic enim faciunt verba edicti de quo in *l.ait prætor* 7.*D.de iur.delib.*) mé dominum non fore. Dissimiliter, inquit, atque si à debitore inope sciens creditores eius fraudari, emero. Hoc .n. casu neq; inopia debitoris, neque fraus quæ fit creditoribus, neq; mea fraudis illius conscientia impedit quominùs debitor possit eã rem alienare cuius & ipse dominus manet, & iure dominij liberam

l. Iulianus 10. D. de cur. furios. L. si sciens 26. D. de contr. empt. l. ait prætor 7. D. de iur. edicill.

ram habet administrationem *vulg.l.in re mandata* 21.*C.mandat.* ob idque necessaria est creditoribus actio Pauliana,quæ & reuocatoria appellatur,& interdictum fraudatorium de quo in *tit.D. quæ in fraud.cred.*vt dominiũ quod mihi ex emptione quæsitum fuit reuocetur,& rescissa emptione in causam bonorũ debitoris reuertatur *§.item si quis infr.* De *action.* At reuocatoria nulla opus est cùm quis emit ab eo cui siue à lege,siue à prætore interdictũ erat alienatione:quia ipso iure nullũ est quicquid fit contra prohibitionẽ legis aut prætoris *l.non dubium* 5.C.*de legib.l.vbi lex* 24.*D.de vsuc.l.cum lex* 46.D.*de fideiuss.*An verò distinguendum erit an is qui à prodigo emit sciuerit an ignorauerit interdictionẽ,vt quod dicimus nõ posse illũ fieri dominũ eo tantùm casu locum habeat,quo sciuit non quo ignorauit?Et quidem possit quis putare ita Põponiũ sentisse qui ita scripserit *si sciens emam.*Cur enim adiecisset *sciens* si non aliud putabat dicendum in ignorante?Sed nõ ita est.Non enim ignorantia emptoris facere potest vt eo magis alienandi ius habeat is cui fuit bonis interdictum,cùm eiusmodi interdictio faciat vt ne quidem in bonis suis quicquã habere videatur is qui passus est interdictionem,vt scriptum est in *d. l. Iulianus.* Quomodo ergo dominium transferre in alium posset is qui ipse dominus nõ esse intelligatur? Aut quomodo intelligi potest adhuc esse dominus is qui rem amplius in bonis suis non habeat,ac ne quidem bona vlla?Siquidem multò minus est in bonis quid habere quàm dominum esse,cùm in bonis habere nihil aliud sit,quàm dominium habere bonitarium : quod tunc demum perfectum & absolutum intelligitur,cùm ex bonitario factum esse quiritiarium *l. si finita* 15.*§.Iulianus* D.*de damn.infect.*iunct.*l.5.in princip.eod.*Indéque etiam est quod prodigus testamentum facere nõ potest post interdictionem, & si fecerit ipso iure non valet *l.is cui* 18. *D.qui testam.facer. poss.* Non ob id solùm quòd commercium ei interdictum sit,ob idque familiam mancipare non possit (quam rationem reddit Vlp.in *fragment tit.*20.*De testam.§.mutus* respiciens nimirum ad veterem illam & hodie sublatam formam testamentorum faciendorum per familiæ mancipationem) sed etiam quia lex duodecim tabularum patribusfamilias testandi quidem potestatem dedit,sed de suis duntaxat bonis *l.verbis legis* 120.*De verb.signific.*is verò cui bonis interdictum est nulla bona,vt diximus,habere intelligitur.Itaque quamuis in testamentis ordinandis nulla hodie mãcipatio familiæ fiat,perinde tamen remanet illud ex iure vetere vt testamentum à prodigo factum post interdictionẽ non valeat ipso iure.Nisi respicias ad Imperatoris Leonis *Nou.const.*39.quæ ius vetus hac parte sustulit permissa prodigis non tantùm testamenti factione sed etiã qualibet cõmercij specie , at non simpliciter & absolutè sed cum ea distinctione si modò prudenter negotietur & testetur,id est quomodo cæteri prudentes solent , puta si vel necessariam personã,vel Christi pauperes heredes instituerit.Nam si fortè neglectis iis personis quas vel ipsa lex vel aliqua pietatis ratio ad ipsius hereditatem inuitabat,eũ heredẽ scripsisset quem non nisi ex malis moribus cognitum puta prodigalitatis & infamiæ suæ socium aut ministrum habuisset, nec hodie testamẽtũ valeret,tanquã nõ pertinente ad hũc casum Leonis cõstitutione,Qua sublata vel circumscripta,supersit ius vetus ex quo hæc omnia æstimari oportet.Planè quod interdictione vetustius testamẽtũ habuerit prodigus,valebit,tãquã ab eo factũ qui eo tẽpore habebat bona,de quibus posset disponere. Nec enim testamẽtũ illud quod ab initio tenuit vtpote sollenniter factum,postea

§. item si quis infr. De action.

d. l si sciens 26. De cont. empt.

d.l.Iulianus de curat.furios.

l.si finita 15. §. Iulianus D. de dam. infect.l.5. in princip eod. l. is cui 18. D. qui test. facer. poss. Vlp.in frag. tit.20. De test. §. mutus. l.verbis legis 120. de verb signif. Leonis constitutio Nouell.39.

d.l.is cui 18. D. qui test. facer.poss.

irritum fieri potest ex superueniente interdictione, quasi testator desierit viuus habere actiuam testamenti factionem. Non enim desinit habere absolutè ac simpliciter, sed ad tempus, id est quousque malos illos mores exuerit qui si non priùs saltem ipsius morte finiuntur, aut si mauis quandiu periculum est ne rebus suis malè vtatur. Atqui cùm mori incipit, quo tamen instanti adhuc viuit, periculum amplius nullum est ne malè vtatur. Ergo tunc saltem de bonis suis disponendi facultatem & consequenter testamenti factionem recuperat, adhuc viuus. Vt proinde nihil causæ sit cur eius testamenti confirmatio impediatur, siue testamenti, siue mortis tempus consideres, quod vtrumque spectandum esse constat. Nam si testamentum in instanti fieri posset, dubitandum nõ esset, quin prodigus vltimo vitæ suæ instanti testamentum facere posset, quasi finita saltem tunc prodigalitate, cuius exercendæ nulla eo instanti facultas aut occasio supereſſe potest. Itaque quod moritur sine testamento non tam fit impedimento iuris quàm facti, quamuis, quod ante illud instans & quandiu tantum ei temporis supersit quantum ad testamentum faciendum satis esset, testari tamen nequit, iuris & legis interdicentis non facti impedimentum esse fatendum sit. Porrò sufficit tolli impedimentum iuris quamuis remaneat impedimentum facti, quia iure semper egemus vt valeat testamentum. At facto nullo egemus, posteaquàm factum iam est. Sic & surdum & mutum negamus facere testamentum posse, Et tamen si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus vel surdus esse cœperit, ratum nihilominùs testamentum permanere admittimus, *l. qui in potestate* 6. §. 1. *D. qui test. facer. poss.* Nimirum quia quod omiserunt isti factionem testamenti actiuam ex facto magis, quàm ex iuris potestate proficiscitur, Vnde & hodie testari possunt dummodò ea sollennitas adhibeatur, quæ à Iustiniano inducta fuit in *l. discretis* 10. *C. eod.* Dices, non sufficere ad testamenti validitatem vt testator habuerit factionem testamenti vtroque illo tempore, & quo testatus, & quo mortuus est, nisi toto etiam medio tempore habuerit, Alioquin irritum fieri testamentum, puta si testator vel ciuitatem, vel etiam libertatem amiserit, quamuis eam postea recuperauerit, extra causam postliminij *l. si quis filio* 6. §. *irritum* iunct. §. *quatenus D. de iniust. rupt.* Sed respondendum est, Immò verò sufficere vt vtroque illo tempore testamenti & mortis testator factionem testamenti habuerit: media enim tempora non nocent, non magis si quæratur de testamenti factione actiua *l. 1. §. exioit l. qui ex liberis* 11. §. *testamento de bonor. poss. secund. tab. l. conficiuntur* 8. §. *si post factum D. de iur. codic.* quàm si de passiua *l. si alienum* 49. §. *in extraneis D. de hered. inst.* De quo scripsi pluribus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 19. Adde quod etiamsi necesse esset testatorem toto illo medio tempore factionem testamenti retinere, non tamen ei nocere deberet si non nisi ad tempus illam amisisset, quomodo amittit ille cui bonis interdictum est sicut & qui in furorem incidit. Nam & interdictio & furor temporalis est ideóque perpetuum effectum habere non potest. Deni que prodigus & furiosus quamuis desierint posse facere testamentum durante scilicet interdictione & furore, possunt tamen decedere cum testamento, nec interdictio quæ à lege fit prodigo pertinet ad ea quæ facta sint ante interdictionem, sed ad ea tantùm quæ ex eo tempore facere prodigus velit. Itaq; quãuis interdictio nõ finiretur viuẽte adhuc prodigo quomodo finiri probauimus, nõ posset tamẽ facere ne testamentũ ante interdictionẽ factũ confirmari à lege posset, quia excederet id causam interdictionis

L. qui in potestate 6. §. 1. *D. qui test. facer. poss.*

l. discretis 10. C. *eod.*

l. si quis filio 6. §. *irritũ* & §. *quatenus de iniust. rupt.*

nis & propoſitum,ſiue legis,ſiue magiſtratus interdicentis. Accedit in prodigo cui bonis interdictū eſt,quod quamuis nulla bona habere intelligatur quādiu viuit,propter poteſtatem interdictionis,ea tamē omnia,cùm moritur recuperat,quę abſtulerat ei interdictio,alioqui nec legitimam hereditatem vllā habere poſſet,qui nulla bona moriēs reliquiſſet *l.lex Cornelia* 28.*De vulg. & pup. ſubſt.* atque ita moriente illo incipit ceſſare ratio illa,quæ potiſſimùm faciebat ne teſtamenti factionem habere poſſet. Proinde nihil impedit quominùs eo mortis tēpore lex confirmet prodigi teſtamentum quod factum ſit ſollēniter vel ante prodigalitatem,vel ſaltem ante interdictionē. Parū enim faciet quod teſtator iam,ipſo teſtamenti tempore fuerit re vera prodigus ſi nondū ei fuerat interdicta adminiſtratio,cùm prohibitio teſtādi, aut quoquomodo cōtrahēdi non ex prodigalitate,ſed ex ſola interdictione vim ſuam accipiat, tametſi prodigalitas ſola ea ſit quę cauſam dat interdictioni. Vſque adeò autē prodigus cui bonis fuit interdictū teſtamenti factionem nō habet,vt nec alieno teſtamento adhiberi teſtis poſſit *d.l.is cui.* Abſurdū enim eſſet vires ſumere teſtamentū per eum qui teſtari ipſe non poſſet. Propter quam cauſam ita ius erat, vt teſtes qui in teſtamēto adhiberētur & puberes & ciues romanos eſſe oportereſquia nec impuberes teſtari poterāt,neq; alij quàm qui ciues romani eſſent, *l.à qua ætate l.eius qui* 8. 1.*eod.tit.l.ſi quis filio* 6.*§.irritum* D.*de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* Ergo,vt ad Pomponium redeamus in *d.l.ſi ſciens*,cur loquitur ille de eo qui à prodigo emerit ſciens interdictionem? Nempe,vt puto ad melius aprandam eā differentiam quam ibi conſtituit inter venditionē factam à prodigo,& eam,quæ facta ſit à debitore in fraudem creditorum. Nec enim locus vllus eſt quæſtioni de reuocanda alienatione facta in fraudem creditorum niſi cùm is qui emit alitérve contraxit conſcius fuit fraudis eámque participauit *l.quod autem* 6.*§.hoc edictum l.ait prætor* 10.*§.quod ait & ſeq.* D.*quæ in fraud. credit.* Cęterum,ſiue interdictionē ſciuerit,ſiue ignorauerit is, qui emit à prodigo,certum eſt nō poſſe illū fieri dominum,Poteſt tamen ignorantia ei prodeſſe ne malæ fidei emptor dici queat,Nec enim cum prodigo cōtrahere prohibitum eſt ipſo iure quouſque & talis declaratus ſit,& interdictio ſecuta,quēadmodum in huius Principij interpretatione diximus ex *l.tres tutores* 55.*§.vlt. De admin.tutor.* In quo differt prodigus à pupillo. Malæ fidei enim emptor eſt quiſquis emit à pupillo ſine tutoris autoritate,quia ne cum pupillo ſine tutoris autoritate contrahi poſſit ſufficit generalis prohibitio, & regula iuris,nec ſpecialis prohibitio magiſtratus exigitur *l.contra* 28. D.*de pact.l. pupillus* 5.*l. obligari* 9.D.*de auct.tut.* At in prodigo interdictione ſpeciali opus eſt, Ideò fortaſſe ne magna litium oriatur occaſio ſi ita ius conſtituerētur,vt prodigum quem eſſe ſufficeret ad hoc ne cum eo cōtrahi vtiliter poſſet,cùm plerumque in obſcuro id poſitum ſit multis mores illos malos diſſimulātibus & ea verba præ ſe ferentibus ex quibus,vel prudentiſſimus quiſque prudentes eos exiſtimaturus eſſet *l.his qui* 12.*§.vlt.* D.*de tut.& curat.dat.* At pupillū detegere, vel ſaltem ſuſpicari ex ipſa facie cuilibet facile eſt,vtvix excuſatione aliqua dignus videatur is qui cum pupillo contraxit ſi dicat ſe cum eo quaſi pupillus non eſſet ac quòd eum puberem exiſtimaret contraxiſſe. Veréque contra eum poteſt vſurpari quod eſt in regula iuris. Illum qui cum alio contrahit,vel eſſe,vel debere eſſe non ignarum condicionis illius cum quo contrahit *l.qui cum alio* 19. *D.de reg.iur.*

L. *tres tutores* 55.*§.vlt. D. de admin.tutor.*

l.his qui 12. *§.vlt. D. de tutor.& curat.dat.*

l. qui cum alio 19. *de reg.iur.*

ILLATIO IX.

De *permissa vel interdicta curatori alienatione bonorum furiosi.*

NOnò ex eodem Principio fit,vt curator furiosi rē quidem suā quasi furiosi tra ere possit,& dominiū trāsferre,at nō similiter rē furiosi quasi suā, quia rerū furiosi dominium transferre nō potest nisi cùm eas tradit gerēs negotium furiosi *d.l.Iulianus* 10.*§.curator D.de curat.furios.*Nēpe quia neque lex 12.tab.neque prætor cùm furioso,vel prodigo curatorē dat, id agit vt faciat eū dominū bonorū furiosi, vel prodigi,sed tantùm vt ei cōcedat administrationem quatenus exigit vtilitas prodigi vel furiosi.Vnde etiā est quod nec aliter valet pignus à furiosi curatore datū quàm si furiosi vtilitate sic exigente id fecerit *l.pignus* 11.*eo.*Nec rursus,siue ab agnato,siue ab alio furiosi curatore res furiosi dedicari potest,sicut nec donari *l.ab agnato* 12.*eod.tit.*vbi ratio ista discrētè redditur quod agnato furiosi eidémq; curatori nō vsquequaque & indistinctè competat rerum eius alienatio,Sed quatenus duntaxat exigit negotiorum ipsius administratio.Quā eandem rationē adfert Caius in *l.vlt.eo.tit.*vt probet curatorem furiosi nullomodo libertatē prēstare posse,quoniā ea res,inquit,ex administratione non est.In tradendo autē ita res furiosi alienat curator,si id ad rerum administrationē pertineat.Ex quo subinde infert si donandi causa velit alienare nec donationē,nec traditionem quicquam valiturā, subiecta nihilominus exceptione *nisi ex magna vtilitate furiosi hoc cognitione iudicis fecerit.* Quæ tamē exceptio,vt alibi monuimus si bene memini,nō tā Caij est, quàm Triboniani aut imperiti alicuius interpretis.Adcò absurda & ridicula est.Quis enim casus excogitari possit in quo magna furiosi vtilitas exigere queat, vt ex ipsius bonis quicquā donetur?Fateor posse interdū euenire,vt ex bonis furiosi diminui oporteat ad alendā ipsius matrem,aut sororem ex eodē patre natam, cui etiā dotem constituere deberet si aliunde nubere illa honestè non posset, vt de pupillo scriptū est in *l.cùm plures* 12.*§.cùm tutor* D.*de admin.& peric.tut. l.1.§.1.D.de tutel.& rat.distr.*Sed nego hanc esse meā donationē, quæ scilicet non tā ex liberalitate quàm ex necessitate proficiscatur *d.§.cùm tutor.* Donari enim dicitur,id demū quod nullo iure cogente cōceditur *l.donari* 29.*De don. l.donari* 82.*de reg.iur.*At omni iure & naturali & gentiū & ciuili alimēta matri & sorori ex eodē patre natæ filius dare cōpellitur.Est ergo id extra causam donationis & liberalitatis,potiúsque officiū dici debet quod si à tutore prætermissum esset,quāuis bona mēte,puta vt pupillū suū faceret tāto locupletiorē, eo tamē nomine tutelę teneretur,vt elegāter ait Vl.in *d.l.1.§.sed etsi in fi.*D.*de tutel.& ration.distr.*Prodūt etiā Tribonianum verba illa *cognitione iudicis.* Nec enim Vlpianus dixisset *iudicis*,sed *prætoris* cuius decretum necessariū erat quoties aliquid ex bonis etiā pupilli diminueretur,tū quoque cùm iusta esset causa diminuēdi *d.§.sed etsi* in illis verbis *decreto scilicet interueniente*,quamquā,vt verum fatear,elt etiam mihi non parum suspecta illa clausula.Quidni enim tutori liceat etiā sine decreto prætoris id facere ad implenda pupilli sui nomine officia pietatis quod ni faciat,futurū sit vt quasi malè officio suo functus actione tutelæ proprio nomine teneatur?Quare nec decreti interponendi mentiō vlla fit à Paulo in *d.l.cùm plures §.cùm tutor de admin.& peric.tutor.*Cęterùm si quod decretum necessariū est,nō alterius potest esse,quàm prætoris, aut proconsulis, vel prēsidis, qui in prouincia partibus prętoris fungatur: qui omnes

d.l.Iulianus 10.§. curator D. de curat.furios.

l.pignus 11. eod.tit. l.ab agnato 12.eod.

L.vlt.eod.

Tribonianismus apud Caium in d.l.vlt.

l. cùm plures 12.§ cùm tutor De admin. & peric.tut.l.1.§. 1.de tutel. & ration.distr.

§.sed etsi d. l.

tamen ſicut magiſtratus erant,& quidem ex maioribus, ita iudices dici no poterant,ſed ius dicentes,aut ſaltē cum ea adiectione,quæ ponitur in *l.non diſtinguemus 32.§.de liberali* D.*de recept.arbitr.* vbi *maiores iudices* iſti vocantur. Perpetuáque fuit prudentū ea diligentia ne vnquam iudicē cum ius dicente cō funderent,non magis quàm iudiciū cum iuriſdictione.Iudicē enim cùm ſimpliciter dicunt pedaneum intelligunt,id eſt datum à ius dicente,De quo & totus *tit.eſt de iudic.* Quod ius dandorū à ius dicentibus iudicū manſit in tempora vſque Diocletiani & Maximiani in *l.2.C.de pedan.iudic.* quæ prius ùm induxit,vt de quibus cauſis magiſtratus cognoſcere antea nō poterant,ſed iudices dare cogebantur,de iis ipſi hodie cognoſcere extra certas cauſas cōpellantur. Ex quo factum eſt vt ad eā conſtitutionem reſpiciens Tribonianus paſſim cō fuderit nomine ius dicentis & iudicis non tantùm in reſcriptis Imperatorum vt in *l.vnic.C.de lit.conſtet.& alibi paſſ.* ſed etiā quod indignius eſt in ipſis prudentum reſponſis.Sed hoc alterius loci eſt,non huius.Illud magis ad rē noſtrā pertinet quod ſuperioribus omnino addendū eſt,minùs iuris habere hac in re curatorē furioſi quàm tutorem pupilli,nimirū quod attinet ad bonorū ipſius alienationem.Si enim tutor etiā ſine pupillo alienet rē pupilli mobilem,cuius alienatio non ſit interdicta,licèt neq; decretū interuenerit,neq; pupilli vtilitas id exigat,ſine dubio transfert dominiū dūmodo vēdiderit bona fide & putās ſe rē pupilli bene gerere,nō animo furandi & pupillū ſpoliandi *l.qui fundū 7.§.ſi tutor D.pro empt.* Nēpe quia ſi pupillus ipſe venderet autore tutore,trāsferret dominiū,quippe qui eſſet ipſe dominus.Quod autē poteſt facere pupillus tutore autore,id omne poteſt facere tutor ſine pupillo, ſi excipias aditionem hereditatis,& alia ſi qua ſunt huiuſmodi,quę perſonale pupilli factū omnimodo requirāt.Hoc ipsū enim ad pupilli vtilitatē maximè ſpectat,ne tutor egeat perſona & facto pupilli ad expedienda ea quę ad tutelę cauſam pertinent,& vt nó minùs poſſit ille ſolus quàm cōiūcta perſona pupilli.At curator furioſi nihil facere poteſt cū furioſo,quoniā furioſus nullomodo cōputatur non magis quàm ſi nullus omnino eſſet,quia nec ſenſum vllū habere intelligitur *l.ſi tibi 8.§.vnius de opt.leg.* nec certa ſpes eſt ętatē illum ei quēadmodum pupillo allaturā,cùm incertus ſit euentus reſipiſcētię *l.ambiguitatem 12.C.de vſufr.* Cur ergo licere debeat curatori furioſi transferre dominiū ſine furioſo,quod nec cum furioſo trāsferre poſſet?Neq; ſanè vtilitas furioſi vnquā exigit,vt patrimonium ipſius minuātur,quod vtiq; minuitur ſemper alienatione. Quod ſi iuſta aliqua & neceſſaria cauſa emergat,propter quā ſit permittēda alienatio,decretū tamē neceſſariū eſt,vt quod curatori deeſt ad transferendū in emptorē alienæ rei dominiū, ex legis & magiſtratus autoritate ſuppleatur.Qua ratione dubitari etiā poſſet,an rē furioſi ſaltem mobilē pignori dare furioſi curator permitteretur, cùm ex vna parte illud moueat,quod pignoris datio alienatio nō eſt *l. cùm & ſortia 35.§.1.D.de pig.act.* ex alteraverò,quod prohibita alienatione cēſetur quoque prohibita pignoris datio,vtpote per quā perueniatur etiā ad alienationem *l.vlt.C.de reb.alie.non alien.* Sed placet dari poſſe ſi furioſi vtilitas id exigat,*l.pignus 11.de cur.furioſ.* quoniā datio pignoris prēter id quod per ſe alinatio non eſt,poteſt etiā eſſe plerumq; neceſſaria ſi nō aliter poſſit inueniri pecunia,ſine qua tamē furioſi negotia explicari nullomodo poſſint.Sicut autē datio pignoris eſt neceſſaria plerumque, ita & quæ per eam inducitur alienatio non niſi neceſſaria eſſe poteſt, cùm ad eam deueniri ſoleat eo demum caſu, quo non

l.non diſtinguemus 32.§.de liberali D. de recept.

L.2.C de pedan. iudic.

L.vnic. C. de lit. contiet.

l. qui fundum 7. §.ſi tutor D pro empt.

l.ſi tibi 8. §. vnius de opt. legat. l. ambiguitatem 12.C.de vſufr.

d.l. pignus 11.D.de curat.furioſ.

aliter ſatisfieri creditori poſſit: Neceſſariæ porrò alienationes ſemper exceptæ intelliguntur à quacumque quātūlibet generali alienationis prohibitione *l. alienationes* 13. *D. famil. erciſc.* Solet enim neceſſitas facere licitum, quod alioquin eſſet illicitum *l. 3. §. 1. de reb. eor.* Loquor autem de mobili re furioſi, quia rem ipſius immobilem pignori dari à curatore multò difficilius eſt, cùm nec tutor pupilli poſſit id facere, ſiue decreto prętoris, prohibita per orationē Diui Seueri non tantùm alienatione, ſed oppigneratione *l. 1. §. 1. & vlt. eo. tit. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Nec enim melioris condicionis eſſe poteſt curator furioſi quàm tutor pupilli *l. 2. C. de curat. fur. ſ.* ex qua lege nouam illationem iam efformemus.

l. alienationes 13. D. famil. erciſc. l. 1. §. 1. de reb. eor.

ILLATIO X.

De non alienandis, vel obligandis ſine decreto prædiis ruſticis prodigi, vel furioſi.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt orationis Diui Seueri beneficium quo poſſeſſiones ruſticas pupillorum, ſeu adoleſcentium ſine decreto præſidis obligari, vel diſtrahi prohibitum eſt, quamuis de pupillis tantùm, vel adoleſcentibus duntaxat, non etiam de furioſis, aut prodigis locuta ſit oratio, non iniuria tamen, imò eadem prorſus æquitatis ratione ad furioſi, vel prodigi curatorem porrigatur *d. l. 2. C. de curat. furioſ.* Ex ſententia nimirum orationis, vt ſcriptū eſt in *l. qui neque* 8. *§. 1. in fin.* iunct. *l. ſi prædia* 11. *D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Nec enim prætextu iuris veteris, quod huiuſmodi venditiones permittit, ferendum fuit, vt plus iuris haberet curator furioſi, vel prodigi, quàm tutor pupilli, cùm alioquin ex ipſius quoque iuris cōmunis ratione plus autoritatis habere debeat tutor in bona pupilli quàm curator in bona furioſi quod ad cauſam alienationis attinet, vt prędcedente illatione dicebamus. Itaque etiāſi ob vtilitatem furioſi accepta ſit mutua pecunia pro qua prędium furioſi ruſticum, vel ſuburbanum pignori datum eſſe proponitur, non eo magis tamen vinculum pignoris conſiſtet, ſed vtilis tantùm actio in perſonam furioſi dabitur, probato quòd ex ipſius vtilitate negotium geſtum ſit, ad pecuniam ſci licet repetendā vt in *l. 3. C. quand. ex fact. tut.* Ex quo apparet euidentius quod ſuprà diximus ex *l. pignus* 11. *D. de cur. furio.* pignus à curatore furioſi datū valere ſi vtilitate pupilli exigēte id fecerit: nō ad aliud pignus pertinere, quàm cuius datio non ſit prohibita, puta quod ſit rei mobilis, vel prędij vrbani: Alioquin, vt pignus teneat omnimodo neceſſariū eſt decretū, quo interueniēte adhuc quęrēdū eſt an furioſi vtilitas id exegerit: nō vt probationem exigamus ab eo qui pro ſe habet decretum, ſed vt nullius momenti decretū habeatur, ſi probetur obreptū prætori *l. 5. §. pen. De reb. eor. qui ſub tutel.* Illud tamē prætermittendū non eſt valde corruptum eſſe Vlp. in *d. l. qui neque §. 1.* neque commodam admittere conſtructionē, Ideoque ſic legendū eſſe, *Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, & qui cōiunctim tutoribus curatores accipiūt, non pertinere, & de ceteris puto ex ſententia orationis idem eſſe dicendum.* Ratio enim dubitandi propter quā ad furioſi quoque & prodigi curatores oratio pertinere videbatur illa erat, quia etiā de curatoribus locuta fuerat. Sed reſpondet Vlp. ideò locutā eſſe de curatoribus, quia loquitur de pupillis qui cōiūctim tutoribus curatores accipiūt. Et conſequenter non pertinere ad cęteros curatores, qui non coniunctim tutoribus dātur. Nempe ſi inſpicias verba orationis, At non ſimiliter ſi ſententiam & rationē quæ orationi cauſam dedit *d. l. 11. eo. d. l. 2. C. de cur. furio.*

l. 2. C. de curat. furioſ. l. 8. §. 1. d. l. 11. D. de reb. eor.

Sanè

Sanè non potest negari quin ratio illa *quia de pupillis &c.* probet orationē Seueri ad curatores cæteros non pertinere potiùs quàm pertinere, adeò vt neque pertineat ad curatores illius qui nunquam pupillus fuit, quique ideò nunquam habuit tutores, vt eadem ipsa supradicta ratio probat & innuit Vlp. in *d. l. si pradia* 11. quia scilicet de pupillis tantùm locuta fuit. Sed ex mente orationis aliud est, *tot. tit. De prad. minor. C.*

ILLATIO XI.

De priuilegio quod datur prodigo furioso & dementi in bonis curatoris.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt prodigo furioso & dementi priuilegium decreto prætoris concedi soleat in bonis curatoris, exemplo pupilli *l. & mulieri* 15. §. 1. D. *de curat. furios.* An vt habeant illi tacitam hypothecam quam pupillus habet in bonis sui tutoris? Priuilegium enim illud & quidem magnum est *l. pro officio* 20. *C. de admin. tutor. l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. alien. l. vlt. C. de legit. tutel.* Minimè verò si inspicias ius vetus. Primus enim Iustinianus fuit, qui priuilegium hoc furioso concessit in bonis sui curatoris ad similitudinem, inquit, tutorum pupilli, & curatorum adulti, *In l. vlt. §. & si quidem vers. & inuentario C. de curat. furios.* Debet igitur Paulus in *d. l. 15. §. 1. D. eod.* intelligi de priuilegio prælationis, vt si in vendendis bonis curatoris, alij concurrant creditores personales iis furiosus præferatur: Nam nec aliud priuilegium habebat olim pupillus in bonis sui tutoris temporibus Pauli & Vlpiani, vt constat ex *l. dabimúsque* 19. *§. 1. cum tribus ll. seqq. D. de reb. autor. iudi. possid.* Illud enim aliud priuilegium tacitæ hypothecæ de quo proximè diximus à Constātino primùm videtur indultum pupillis & minoribus in *d. l. pro officio*, cùm nulla prorsus mētio eius fiat in Pādectis, in quibus tamen tot iura sunt de pupillis eorúmque tutoribus, & de curatoribus adultorum: At neque in rescriptis Imperatorum, qui Constantini tempora præcesserunt. Quod enim scriptum est in *d. l. vnic. C. rem alien. gerem.* quæ est Seueri & Antonini, commodissimè sic intelligi potest, vt non pertineat ad hypothecam tacitam, de qua ne verbum quidem vnum in ea constitutione, sed ad hypothecam expressam à tutore condemnato in bonis suis omnibus constitutam, vt & in specie *l. vlt. in princip. D. qui potior. in pign. hab.* cuius expressæ hypothecæ non video quænam vtilitas esse posset, si tacita ipso iure inesse intelligeretur, cùm eosdē omnino effectus habeat hypotheca tacita, quos habet expressa, Nec aliud scriptum est in *d. l. vnic.* nisi quod nos facilè admittimus non esse interdictum tutoribus, vel curatoribus quamuis ex causa tutelæ, vel curationis condemnati sint, atque ita debitores constituti res suas alienare cum sua causa, id est cum onere pignoris nimirum si quod sit *l. alienatæ* 67. *D. de contr. empt.* Erit verò si ponas expressim & specialiter constitutum fuisse, siue per conuentionem, siue per iudicati executionem *l. sicut in re* 10. *D. qui potior. in pign. hab.* Nec enim per solam sententiā in tutelæ iudicio redditā magis quàm per tutelā ipsam acquiritur ius pignoris in bonis condēnati quousque ventum sit ad captionē & constitutionem pignorum in executione iudicati *l. à Diuo Pio* 15. *per tot.* D. *de re iudic. l. non est mirum* 26. *§. 1. D. de pignor. act. l. 1. 2. & 3. C. si in caus. iudic. pign. cap. sit.* Ex iudicato namque non alia

l. & mulieri 15. §. 1. D. *de curat furio.* *L. pro officio* 20. C. *de admin. tutor.*

l. vlt. §. & si quidē C. de curat. furios.

l. dabimúsque 19. §. 1. *cum seqq.* D. *de reb. autor. iud. possid.*

l. vnic. C. rē alien. geren.

L. vl. in princip. D. qui potior. in pignor. hab.

L. à Diuo Pio 15. D. *de re iudic. l. nō est mirū* 26. § 1. D. *de pignor. act.*

Digitized by Google

nascitur actio quàm in factũ quę personalis est *l.actori* 8.C.*de reb.cred.& iure.* Et verò quid attinuerit dare priuilegiũ pupillo in bonis tutoris,vel adulto in bonis curatoris si habuissent illi tacitã hypothecã?Siquidẽ certũ est de priui legis tractari duntaxat inter creditores chirographarios, non etiã inter hypothecarios qui priuilegio nullo indigent,cùm per pignoris,aut hypothecę conuentionẽ sibi prospexerint diligẽter,ita vt qui ex iis potiores sunt tẽpore sint etiã potiores iure nisi interueniãt qui ex iusta aliqua causa etiam anterioribus sint præferendi *l.3.§.1.l.interdum* 5.*& seqq.l.potior* 11.*D.qui potior. in pign.hab.l. assiduus* 12.*C.eod.* Accedit,quod priuilegiũ iam olim datũ pupillo in bonis tutoris,certũ est eius fuisse cõdicionis,vt ad ipsius successores nõ transiret *d.l.d.s bimúsque* §.1. Visum enim est non tã causæ quàm personæ pupilli esse succurrẽdũ quę meruit præcipuũ fauorẽ,vt Pap.in *l.ex pluribus* 42.*D.de admin.tut.* vbi ex hoc infert Papinianus si ex pluribus tutoribus in solidũ tutorẽ vnũ iudex condemnauerit ísque condemnatus postea procurator in rem suam datus sit à pupillo,non idcirco habiturum eum pupilli priuilegium in bonis contutoris, quod nec heredi pupilli datur:Significans priuilegium hoc quod non est transmissibile,multò minùs cessibile esse posse,quia nimirum personale est,& pupilli personam egredi non potest *l. quia tale* 14.*De solut.matrim.* Atqui si esset priuilegium tacitæ hypothecæ,dubitari non posset, quin ad pupilli heredẽ trãsiret sicut & aliud ius quodlibet hypothecæ,siue tacitæ,siue expressę,quoniã hypotheca quęlibet rem ipsam afficit,nec priùs extinguitur, aut finitur quàm soluta sit pecunia cuius nomine cõtracta fuit hypotheca,vel aliter eo nomine satisfactũ *l.grege* 13.*§.etiam D.de pign.l.si rem* 9.*§.omnis D.de pign.act.l.pen.in fi. D.de except.res iudic.d.l.vnic.§.1.iunct.§.illo proculdubio C.de rei vxor.act.* Fatẽdũ igitur est pupillum olim tacitæ hypothecę priuilegiũ in bonis sui tutoris nullũ habuisse.Quam in sententiã me illud etiam maximè mouet,quod scriptũ video in *l.1.§.ex illa D.ad leg.Cornel.de falsi.* ex constitutione Diuorũ Seueri & Antonini falsi pœnę subiici tutores & curatores,itémq;eos qui huiusmodi officio depositò non restituerunt tutelã,vel curationẽ si interim cũ fisco cõtrahunt,Nimirum si viuat is cuius tutela, vel cura administrata est, nã si decesserit,licèt nondum heredi eius rationem reddiderit,iure tamen cum contrahere placuit,nec in pœnam vllam incurrere,vt subiungit Marcian.in *§. iidẽ Principes eiusd.leg.* Nõ enim alia huius rescripti ratio esse potuit, quàm ne pupillis iniuria fieret quibus necesse esset pręferri fiscũ,non modò ex priuilegio quod solet habere potẽtius cæteris omnibus creditoribus *l.quod quis* 34.*De reb.autor.iudic.possid.* (priuilegium enim fisci est inter omnes creditores priorẽ locum tenere,inquit Paulus *lib.5.sent.tit.12. De iur.fisc.& popul.§.*10.præterquàm in pœnarum fiscalium petitione *l.in summa* 17.*D.de iur.fisc.*)sed etiam exiure communi,tanquam habentem ius pignoris taciti in bonis omnibus suorum omnium debitorum *l.auffertur* 45.*§.fiscus eod.tit.De iur.fisc.l.2.C.in quib.caus. pign.vel hypoth.tacit.contr.l.3.4.& vlt.C.de priuileg.fisc.* Ius enim commune ita fert, vt qui habet hypothecam licèt duntaxat tacitam creditoribus cæteris omnibus chirographariis non nisi personalem actionẽ habentibus præferatur: Vt probauimus in *Error.1.Decad.6.De error.prag.* Si igitur fieret tutore contrahente cum fisco ante redditas tutelę rationes,vt minùs cautum fieret pupillo,cui fiscus esset pręferendus:quod quoniam à publica vtilitate alienum esset, quę proculdubio exigit,vt pupillis prospiciatur,visum est optimis Imperatoribus

Priuilegio indigent creditores chirographarij quamuis anteriores non etiam hypothecarij. d.l.d.s bimúsque 19. *C. De reb.autor. iudic. possid. l. ex pluribus* 42. *D. de admin. tutor.*

Ius hypothecæ siue tacitæ, siue expressæ transit ad heredem.

l.1.§. ex illa D. ad leg. Cornel. de falsi.

§. iidẽ Principes eiusd. leg.

Paul.lib.5. sentent. tit. 12. D. iur. fisc. l. auffertur 45.*§. fiscus D.eod.tit.de iur.fisc.*

ribus prohibendos huiusmodi contractus,potiùs quàm inducendũ,vt in detrimentũ fisci pupillis succurreretur,cùm nõ minorẽ fisci quoq; quàm pupillorũ rationẽ haberi oporteret. At si ius ita olim iam fuisset,vt pupillus in bonis sui tutoris tacitam hypothecam haberet,nihil causę erat cur metueretur ne in dãno maneret pupillus ob contractum à tutore cum fisco initum, quandoquidem tacitæ hypothecæ ius quod haberet ille anterius,faceret eum fisco potiorem ex iure communi quo is qui prior est fisco in pignore potior etiam est iure, nulla inter expressam tacitámve hypothecam facta distinctione *l.si pignus 8.& d.l.vlt.*D.*qui potio.in pign hab.l.si is qui mihi* 28.*D.de iur.fisc.* Secundum quod erat potiùs consulendum fisco eiúsque fauore prohibendum tutoribus & curatoribus ne ante redditas rationes contraherent cum fisco ne is deciperetur. De quo tamen Imperatores nón cogitasse ex eo intelligimus,quod alioqui non tantùm tutores & curatores prohibendi erant, ne cum fisco contraherent,sed cæteri etiam omnes,quorum bona,siue expresè, siue tacitè alij iam essent obligata. Par enim,& æqualis omnibus iis casibus fit iniuria fisco, qui non nisi post alios dimissos suum sit consecuturus. Sed neque heres pupilli ab ipso pupillo separandus esset, cùm non minùs iuris haberet heres, quàm pupillus ipse,vi tacitæ hypothecæ, quippe quæ etiam ad heredem, vt iam diximus, transmittatur. Et tamen constat non incidere in crimen falsi eum,qui mortuo pupillo contrahit cum fisco ante redditam tutelam heredibus pupilli *dicto §. iidem Principes.* Non alia vtique ratione, quàm quòd priuilegium pupilli non transeat in ipsius successores *dicta lege ex plurib.* 42.*De admin.tutor.d.l.dubimúsque* 19.§.1.*De reb.autor. iudic. possid.* Priuilegium ergo pupilli in eo fuit, vt haberet prælationis ius inter creditores personales,non etiam vt haberet ius taciti pignoris in bonis tutoris. In quo agnoscimus ingenuè nos antehac errasse *lib.2 Coniecturarum nostrarum cap.* 10. vbi communem illum errorem secuti sumus interpretum nostrorum, hic tractantium de tacita pupilli hypotheca, quam habet in bonis tutoris, quasi sit illa ex iure vetere non ex nouo. Moueor etiam ex *l.vltim. D.in quib. caus. pign.vel hypoth.tacit.cont.* vbi tractat Scæuola de tutoris herede qui cum pupilli herede transegerat de rationibus tutelæ, & cùm ex ea transactione maiorẽ contentæ pecunię quantitatem soluisset in residuam partem pignus expressim obligauerat,& quærit an in veterem contractum,aut potiùs quasi contractum scilicet tutelæ res obligata esset. Respondet autem esse obligatam, Hoc nimirũ sensu,vt si fortè transactioni nõ stetur,ob idque in cũ statũ res reducatur,in quo erat priusquàm transactio facta esset,res ab herede tutoris obligata pro summa ex transactione debita, censeatur hoc ipso etiam obligata pro vetere debito tutelæ: quod vtique frustra diceretur si ex ea tutelæ causa omnia tutoris bona tacitè obligata intelligerentur. Quamquam non ignoro posse fieri locũ quæstioni etiã admissa tacita hypotheca si ponas rẽ ab herede tutoris obligatam nõ fuisse tutoris, sed propriã ipsius heredis. Nec enim bona heredũ tutoris etiã hodie obligata sunt pro tutela, sicut nec heredis bona pro legato quod defunctus reliquerit *l.1.in fin.C.comm.de legat.* Sed esset ista nimia restrictio,nimisq; diuinatoria,cùm possit etiam euenire idque multò facilius, vt pro debito quod fuit tutoris,obligauerit heres aliquid ex iis quę habuerit ab eodem tutore potius quàm ex propriis suis bonis, tametsi nihil eius interfit,

l. si pignus 8.& l. vlt. D. qui potior.in pign. hab. l si is qui mihi 28. D. de iur. fisc.

d.§. iidem Principes.

L.vlt.D.in quib. caus. pign.vel hypoth. tacit, contr.

l.1.in fin. C. commun. de legat.

an ex propriis,an ex hereditariis aliquid obligauerit,ex quo cœpit ipse per hereditatis aditionem esse obligatus. Et hinc etiam est quod toties tractant Iureconsulti de tutoribus qui ab initio fuerint idonei , postea verò tales esse desierunt & lapsi sunt facultatibus,siue ipsi,siue ipsorum fideiussores , præsertim cùm disputant de magistratibus conueniendis vt in *l.1.§. si magistratus & l.quod ad heredem 6. D.de magistr.conuen.l.non est necesse 11.D.de probat.* Cui tamen quæstioni vix est vt locus esse possit si bona tutoris essent tacitè obligata cùm pignoris,siue taciti,siue expressi persecutio competat aduersus quẽlibet rei possessorem,quantumuis iusto titulo possidentem *l.1.§.cùm prædium l.pignoris 17.& pass.D.de pignor.* Denique cùm tutor , vel curator qui dationis tempore fuit soluendo aliquid alienauit in fraudem pupilli , vel adulti, certum est necessariam esse pupillo,vel adulto actionem reuocatoriam contra possessores bonorum à tutore alienatorum *l.1.* in illis verbis *reuocatísque quæ eum in fraudem alienasse constiterit.C.de magistr. conuen.* quæ tamen necessaria non esset,immò nec vtilis pupillo, qui posset dicere sibi tacitè obligatas esse res quæ alienatæ reperirentur : quia nec potest fieri alienatio in fraudem eius qui rem quæ alienatur habet obligatam,quandoquidem nec fit alienatio nec fieri potest,nisi cum sua causa *d.l.alienatio 67.De contr.empt.* Obseruandum etiam illud est , si priuilegium hoc de quo tractamus quod habuit olim pupillus in bonis tutoris fuisset priuilegium tacitæ hypothecæ , non nisi contra eum qui verè tutor,vel curator extitisset habiturũ fuisse locũ , quia causa tutelæ non alterius bona posset obligare quàm eius qui tutor fuisset,nec curatio,alterius quàm veri curatoris,vt nec hodie tacitam hypothecam pupillus vllam habet in bonis alterius quàm eius,qui vel tutor verus fuerit, vel saltem pro tutore se gesserit secundum Accursij sententiam quam vulgo receptam esse video in *d.l.pro officio 20.C.de admin.tutor.* Atquin etiamsi negotium impuberis aliquis gesserit,nec tutor,nec quasi tutor,sed ex officio amicitię,placet bonis eius venditis priuilegium pupillo conseruari *l. si negotium 23. D.de reb.autor.iudic.possid.* idem scilicet quod haberet pupillus in bonis veri tutoris. Priuilegium ergo prælationis inter personales creditores non tacitę hypothecæ quam nec Accursius ipse dandam putat pupillo in bonis negotiorum gestoris,& rectè. Idque adeò verum est , vt dubitatum etiam sit an idem priuilegiũ deberet habere pupillus in bonis magistratus,Quãuis placuerit,nõ habere,sed cũ cæteris creditoribus magistratus qui tutorẽ dedit pupillũ cõcurrere *d.l.1.§.priuilegium D.de magistr.conuen.* At quis credat de illo vnquã fuisse tractatum,An pupillus haberet olim ius tacitæ hypothecę in bonis magistratus quod nec hodie habet ? Ex his igitur omnibus satis constare arbitror pupillum tacitæ hypothecæ priuilegium quod hodie in tutoris sui bonis habet,olim non habuisse:furiosum verò cõsequenter multò minùs olim habuisse,hodie tamen habere ex noua Iustiniani constitutione in *d.l.vlt.C.de curat. furios.* Quæ tamen cùm non loquatur nisi de curatore furioso, dubitari adhuc potest,an perinde locum habere debeat in curatore dato dementi,vel prodigo,cui bonis fuerit interdictum. Et quamuis horum omnium eadem ratio sit quod pertinet ad priuilegium personalis actionis *d.l.dabimúsque in fin. cum duab.seqq.de reb.autor. iudic.possid.* difficilius tamen est, vt sine legis alicuius autoritate priuilegium tacitæ hypothecæ quod curatori furioso nominatim datum est cæteris accommodemus : Sicut & fatendum est ante illam Iustiniani

L.i. C. *de magistr.conuen.*

l.si negotium 23.D.de reb. autor.iudic. possid.

d.l.1.§. priuilegium D. *de magistr.conuen.*

d.l.vlt.C.de curat.furio. d. l. dabimúsque 19. in fin. cum seqq. De reautor.iudic. possid.

ſtiniani conſtitutionem ita ius fuiſſe, vt quamuis Conſtantinus priuilegium illud tacitæ hypothecæ pupillo iam dediſſet, furioſus tamen non perinde illud haberet, cuius nihilominùs tantus erat iam fauor vt in priuilegio perſonalis actionis non alio quàm pupillus iure cenſeretur. Fateor non iniquum fore ſi idē ius & priuilegium dementi quoque & prodigo accommodetur. Sed iuris religioſior ſum, quàm vt velim agere Imperatorem, vel facilè pati vt interpretū autoritate id inducatur, quod requirat imperatoriam ſanctionem. Illud ſanè cōſtat, ſi datus ſit curator bonis vel abſentis vel ab hoſtibus capti, vel dum deliberant ſcripti heredes de adeunda hereditate non oportere priuilegium iis dari, quia non in ea cauſa ſunt vt tantum fauorem mereantur, quantum pupillus, demens, prodigus & furioſus *l. idem priuilegium 22. §. 1. De reb. autor. iudic. poſſid.* Itaque quod ait Paulus in *d. l. & mulieri 15. §. 1. D. de curat. furioſ.* prodigum, & omnes omnino, etiamſi in edicto non fiat eorum mentio in bonis curatoris conſequi priuilegium decreto prætoris, non vſque adeò generaliter accipi debet vt ad omnes cuiuſcunque generis curatores pertineat, ſed ad eos tantùm ſpectat qui furioſis vel prodigis ſimiles ſunt, id eſt qui perſonis ipſis quæ rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt dantur, puta qui ſurdo muto, vel fatuo & aliis huiuſmodi perſonis quas debiles vocat Vlp. in *d. l. dabimuſque in fin.* iunctis *duab. ſeqq.* non cæteri qui bonis dantur. Sermo enim quantumlibet generalis reſtringendus ſemper eſt ad caſus ſimiles expreſſis, vt omnium apertiſſimè hic Pauli locus probat, ſi Paulus cum Vlpiano coniungatur in *d. l. idem priuilegium.* Solétque idipſum à noſtris probari nec malè ex *l. vlt. in fin. D. de tritic. vin. vel oleo legat.*

l. idem priuilegium 22. §. 1. eod. l. & mulieri 15. §. 1. D. de curat. furioſ.

L. vlt. in fin. De tritic. vin. & oleo legat.

ILLATIO XII.

De *interdicenda mulieri luxuriosè viuenti bonorum ſuorum adminiſtratione.*

DVodecimò ex hoc eodem Principio fit, vt mulieri quoque luxuriosè viuenti bonis interdici poſſit tanquam prodigæ *d. l. & mulieri 15. in princip. D. de curat. furioſ.* & apud Paulum *lib. 3. ſent. tit. 4. §. mulieri*, & conſequenter curatorem ei dari oporteat. Quem enim expenſarum finem & modum poteſt habere luxuria præſertim verò in muliere?

d. l. & mulieri 15 in princip. Paul. libr. 3. Sentent. tit. 4. §. mulieri.

ILLATIO XIII.

De confirmando curatore quem pater dederit furioſo etiam maiori 25. annis.

DEcimotertiò ex eodem Principio petenda eſt ratio dubitandi ad *l. ſi furioſo 16. D. eod. tit. De curat. furioſ.* vbi Thryphoninus tractat de furioſo nō ſolùm pubere, ſed etiam maiore viginti quinque annis, cui pater teſtamento ſuo dederit curatorem. Et ait prætorem ſequi debere voluntatem patris & hunc ipſum dare filio curatorem, quia tametſi lex duodecim tabularum iubeat furioſum in poteſtate eſſe agnatorum, ac proinde videatur hic pater contra legem teſtatus eſſe (quandoquidem non quemadmodum patri licet alium quàm proximum agnatum filio tutorem dare, ipſa etiam lege id ei permittente, ita & curatorem ipſi dare poteſt, præſertim maiori annis viginti quinque, cui neo-

l. ſi furioſo 16. D. eod. tit. De curat. furioſ.

Digitized by Google

Lex Latoria.

ex lege Lætoria curator dari posset quæ de minoribus tantùm & adolescentibus locuta fuit) cùm tamen non alia de causa curatorem prodigo & furioso dari lex voluerit quàm vt eorum personis bonisque omnibus quàm optimè consultum esset, in cóque nihil sit quod certius sequi possit prætor quàm iudicium patris, cuius erga filium pietas nequeat esse suspecta, Euenit hoc casu quod in alia quamuis dissimili specie scribit Papin. in *l. pater* 10. *ad fin. D. de captiu. & postlim.* vt non sit alienum prætorem subsequi non minùs patris, quàm legis voluntatem, vt quemadmodum curatorem eum daret quem lex nominaret id est agnatum proximum si nihil pater in contrarium constituisset, ita cùm patris voluntatem videt non alium dare debeat quàm eum ipsum quem pater dedit. Id enim est quod Tryphoninus ait, dationem hanc curatoris tenere apud prætorem, id est licèt ipso iure non teneat nec à lege adprobetur, à prætore tamen tuendam esse, idque Diui Marci rescripto contineri. His consequens est, inquit, vt & si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat prætor, eúmque ipsum dare curatorem. Quemadmodum enim eadem furiosi & prodigi ratio est in lege 12. tabul. ita & eadem esse debet apud prætorem: cùm agitur de conseruanda voluntate patris quem credendum sit filio suo siue furioso siue prodigo æquè bene prospicere voluisse. Sequitur apud Thryphoninum *sed vtrum* omnimodo curatorem hunc dabit prætor an ita si futurum esset vt nisi pater aliquid testamento cauisset prætor ei bonis interdicturus esset? Sicut enim permittendum est patri vt filio curatore indigenti consulat, ita nec facilè ferendum est vt eo prætextu abutatur pater ad auferendam filio suo in quem fortassis malè affectus sit, bonorum suorum administrationem. Nec sanè video cur subiici debuerit hæc clausula, cùm præcedens sententia Tryphonini esset de prodigo, neque nisi ineptè possit dubitari an dãdus sit à prætore curator, quê filio tanquã prodigo pater dedit nisi ponas reuera prodigũ esse. Sapítque non parum hæc ineptia meo iudicio Tribonianum. Sicut & illa sequens adiectio *& maximè si filios habeat iste prodigus.* Quid enim refert an liberos habeat prodigus nécne vt eo magis minúsve cogatur accipere curatorem? Non nego prouidendum esse liberis prodigi ne ex patris prodigalitate deducantur in egestatem. Sed dico non nisi in consequentiam id fieri oportere, quia prodigo ipsi primò & principaliter prouidendum est, ne quod ad bona sua furiosi exitum faciat, nec minùs si liberos nullos habeat quàm si habeat. Alioqui si nepotibus solis prouidendum esset, posset id commodissimè fieri alia ratione quàm curatoris datione, vt subiicitur in versic. potuit, Nempe si pater idémque auus iussisset nepotes heredes esse & filium exheredasset eíque quod alimentorum nomine sufficeret certum legasset, addita causa necessitatéque iudicij sui. Hoc enim casu non haberet filius quod conquereretur de exheredatione quam pater non notæ causa sed bona mẽte quo magis ipsi etiam filio nedum nepotibus consuleret, feciſſet, vt & in specie *l. multi* 18. D. *de liber. & posthum. & l.* 3. *§. cùm Pollidius* D. *de vsur.* Ex quo tamen, vt hoc obiter moneamus, caue ne inferas quod quidam inferunt exheredationem non aliter valere quàm si eius causa testamento inferatur. Id enim hodie quidem verum est post Iustiniani constitutionem *Nouell.* 115. *vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, sed olim & Thryphonini temporibus falsum fuit, valebátque exheredatio etiam cuius nullam causam testator expressisset, si modò aliquam heres institutus allegare posset, adeò vt nec allegatam eam pro-

L. pater 10. *ad fin D. de capt & postlim.*

d. l si furioso 6. de curat furios.

Tribonianismus apud Trypho nium.

l. multi 18. *de liber. & posthum. l.* 3. *§. cũ Pollidius D. de vsur.*

Nouell. 115. *Vt cùm de appell. cogn. §. aliud quoque capitulum.*

Digitized by Google

probare deberet,sed liberis incumberet onus probandi, quod obsequium debitum iugiter parentibus præstitissent *l.liberi* 28.*C.de inoff.testam.* quod ipsum tamen etiam à Iustiniano correctum est in *l.omnimodo* 30.*eod.* Solebat tamen inseri causa exheredationis cùm fiebat bona mente exheredatio, vt in hac nostra specie & in *d.§.cùm Pollidius l.3.de vsur.*non tam quòd necesse esset,quàm vt constaret bona mente factam exheredationem,ne periculo querelæino ffi cioſi testamenti iudicia testatoris subiicerentur. Cæterùm in hac specie quam tractamus cùm ab auo instituti sunt nepotes ex filio prodigo exheredato,ponendum est,& emancipatum fuisse filium, &, nepotes in potestate retentos. Alioqui nec filio nec nepotibus satis bene consuluisset testator,qui filio exheredato nepotes instituisset,cùm ea ratione perinde fieret vt tota hereditas ad filium perueniret quippe quem nepotes facerent heredem,& quidem necessarium patri suo.*l.qui in aliena* 6.*§.interdum D.de acquir.hered.*Etsi autem nihil est in præcedentibus ex quo appareat filium illum prodigum de quo instituta fuit dubitatio,emancipatum fuisse, hoc ipsum tamen satis ex eo solo infertur quod de prodigo agitur.Qui enim filiusfamilias est,ideóque nec bona vlla habet, quomodo prodigus videri possit ? aut vnde facturus impensas, quarum nec modum nec finem vllum habeat ? Nisi fortè ponamus habuisse eum aliquod peculium,siue castrense,aut quasi castrense,siue profectitium,siue etiam aduentitium : ex cuius nimirum administratione non difficilè possit pater prudens & sagax malos filii sui mores coniicere,indéque moueri vt ei quamuis non emancipato det curatorem. At emancipato filio prodigo ponendum est nepotes ex eo susceptos in aui potestate retentos fuisse, quia si poneres natos eos ex filio post emancipationem, essent in sui patris potestate, atque ita iure potestatis hereditatem aui patri acquirerent, nisi essent instituti sub condicione emancipationis,quomodo plerumque instituti olim solebant à testatoribus qui nolebant ad patres institutorum hereditatem peruenire *l. quidam* 46.D.*de hered.instit.l.duos* 70.*l.si cui* 92.*& seq.*D.*de condic.& demonstr.*At rursum instituti nepotibus sub condicione emancipationis,adhuc tamen non satis bene prouisum nepotibus videtur. Quid enim si pater nolit consentire emancipationi?Nam cùm patria potestas inæstimabilis res sit,non est cogendus pater vt liberos suos inuitus emancipet *l. filiusfamilias* 114. *§. sed si liberos De legat.*1. Nisi ab eodem testatore aliquid acceperit sub ea condicione aut saltem ea contemplatione vt eos emanciparet *d.l.si cui* 92. *De condict. & demonstr.*Quamquam dissimulare non possum, quin durum mihi videatur, vt prodigus qui nihil ex bonis suis alienare potest post interdictionem, possit nihilominus liberos suos emancipare, præsertim si vltrò id facere velit nec de eo rogatus à patre,quomodo tamen Baldus locum illum intellexisse videtur.Patre enim ita præcipiente facilius est vt filio voluntatem eius sequi permittatur : Etsi nec video cur auus qui filii mores suspectos habet, eique tanquam prodigo curatorem alioqui daturus sit, rogare illum velit, aut iubere vt filios emancipet, quem scit in eo statu esse vt debeat nihil posse facere, quod ad rerum suarum dispositionem pertineat. Quamuis enim bonorum interdictio nihil commune videatur habere cum liberorum emancipatione quia liberi nostri in potestate quidem nostra sunt,sed tamen in bonis nostris non sunt *l.impuberi* 40.D.*de admin. tutor.* absurdum tamen videtur ei licere

l. liberi 28. C.*de inoff. testam. l. omnimodo* 30.*eod.*

l.qui in aliena 6. *§. interdum D. de acq. hered.*

l.quidã 46. D.*de hered. inst. l. duos* 70. *l. si cui* 92.*& seq.* D. *de cond. & demonst. l filiusfamilias* 114.*§ sed si liberos de leg.*1.*& d.l. si cui. d.l.si furiosa.*

l. impuberi 40. D. *de adm. tutor.*

quòd plus est cui non licet quod est minus *l.non debet* 21. *De reg. iur.* maximè cùm negari non possit eius qui liberos suos emancipat patrimonium hoc ipso valde diminui, non quasi æstimatione faciendæ patriæ potestatis quæ inæstimabilis est, vt diximus, sed propter amissum commodum eorum omnium quæ patri per filium in potestate retentam acquiri potuissent *l.1. D.si à parent.quis manum.sit.* In specie verò nostra tantò absurdius est filium cui tanquam prodigo curatorem pater dare potuerit rogari vel iuberi vt liberos suos emancipet, quòd ponimus nihil ei fuisse relictum hac lege vt liberos emanciparet, quem è contrario lex ponit exheredatum. Si tamen emancipare pater eos velit, non nego valituram emancipationem, quia eum casum tractamus quo non fuerit ei bonis interdictum, nec acceperit curatorem aut à patre, aut à prætore. Sequitur apud Tryphoninum *sed per omnia iudicium testatoris sequendum est*, quibus verbis respondetur ad propositam initio quæstionem, An omnimodo prætor confirmare debeat curatorem à patre datum filio tanquam prodigo, an verò ita demum si futurum esset vt nisi pater aliquid testamento cauisset, prætor ei bonis fuisset interdicturus. Placet ergo esse omnimodo confirmandum, id est etiamsi filium hunc reuera prodigum non esse constet: Sic enim omnino accipienda esse supradicta verba ex eo apparet, quod non aliter futurum erat vt prætor ei bonis interdicturus esset, quàm si eum reuera prodigum esse constituisset. Et tamen quid absurdius dici potest, quàm eum qui reuera prodigus non sit ob hoc solum quod pater ei tanquam prodigo curatorem dederit, cogi & curatorem accipere, & priuari rerum suarum administratione? Nõ nego, quod Alciat. ex eo loco intulit, præsumi prodigum eum quem pater suo testamento prodigum appellauerit. Sed nego tantam debere vim esse illius præsumptionis, vt non debeat prævalere veritas de qua in contrarium constet apertissimè. Nam quemadmodum reipublicæ interest prodigis curatorem dari ne rebus suis abutantur, ita & è contrario interest etiam reipubl. non haberi pro prodigo eum qui reuera prodigus non sit, ne tam facilè liberó & ingenuo homini auferatur non tantùm administratio libera rerum suarum, sed etiã quod multò indignius fuerit factio ipsa testamenti quam simul cum bonis prodigo aufferri suprà diximus ex *l.Iulianus* 10. D. *eod.tit.de curat.furios.l.is cui* 18. *D.qui testam.facer.poss.* iunct. *l.2. D.si à parent.quis manum.sit.* Alioqui, vt in præcedentibus attigimus, eueniet facilè vt pater nouercalibus fortasse delinimentis illigationibusque corruptus, malignè circa sanguinem suum inferens iudicium quod plerumque fit, vt ait Caius in *l.4. D. de inoff. testam.* prodigum filium suũ appellet qui tamen nihil minùs reuera sit, quàm prodigus. Quòd si patri non creditur, cùm filium tanquam ingratum exheredat, nec si causam ingratitudinis exprimat, adeò vt nec hodie probatio à liberis exigatur, sed ab heredibus patris, neque rursus cogitur prætor sequi iudicium patris in omnibus, sed ita demum si non fuit pater ignarus eorum omnium quæ prætor comperta habet, vt in *l.vtilitatem* 10. *D. de confirm.tutor.* quantò minùs ferendum est vt cogatur prætor omnimodo sequi voluntatem patris, præsertim contra filium non solùm maiorem annis 25. sed etiam emancipatum & ei tanquam prodigo quem vitæ probatissimæ esse videat, curatorem dare? Ratio autem quæ apud Tryphoninum subiicitur in fine legis *ne quem pater vero consilio prodigum credidit eum magistratus propter aliquid, fortè vicium suum, idoneum putauerit* præter id quod inconcinnè satis concepta est, etiam ridicula videtur. Quomodo enim

l.1. D si à parent. quis manum sit.

d. l.si furioso.

d l.Iulianus d. l.is cui l. 2. D.si à parent. quis manu. sit.

l.4. D. de inof. testam.

enim verũ esse potest consilium & iudicium patris qui filio tãquã prodigo curatorem dedit, si è contrario constet reuera prodigum eum non esse? Nam hic præcisè casus est de quo quærimus, & in quo voluit Tribonianus, vt iã quod fẽtio aperiam sequendum omnimodo iudicium patris à prætore. Deinde si lex tam benè præsumit de patre vt non facilè suspicetur habiturum eum pro prodigo filium qui re vera prodigus non esset, cur de prætore ipso qui præcipuus magistratus & viua vox ipsius legis, tam malè ipsa etiam lex præsumet, vt si causa cognita compererit ille & pronunciauerit, reuera prodigum non esse filium quem pater prodigum appellauit, credendus sit vicio suo, id est per sordes aut per gratiam nedum per imperitiam potiùs quàm probè & rectè ac ex rei veritate pronunciasse? Immò quod grauius est, nec inquisitioni locum amplius superesse, si fortè prætor ipse existimationis suæ tuendæ gratia seipsum onerare velit nouis probationibus veritatis? An non potiùs præsumendum est tantæ dignitatis magistratum pro sua grauitate non aliter esse iudicaturum, quàm Princeps ipse esset iudicaturus, vt de præfectis prætorio scriptum est in *l. vnic. §. 1. D. de offic. praf. prat.* An non ratio publicæ vtilitatis facere potius deberet vt quod à prætore etiam per sordes aut per gratiam pronunciatum esset ratum haberi oporteret? *l. seruo 65. §. ciem prator D. ad SC. Treb.* Fateamur ergo quod res est totam illam quæstionem Triboniani esse non Tryphonini: idque fiet probabilius, si iungas quod in præcedentibus diximus ab eodem Triboniano corruptam *l. vlt. eod. tit.*

l. vnic. §. 1. D. de offic. praf. prator. l. seruo 65. §. ciem prator D. ad SC. Trebell.

ILLATIO XIV.

De curatoribus etiam post impletam legitimam ætatem demens vel furioso dandis.

DEcimoquartò ex hoc Principio fit, quod scriptum est in *l. 1. C. hoc tit. de curat. furios.* vel prodigi, curatores etiam impleta legitima ætate prodigis vel furiosis tribui solere. Sic enim is locus accipiendus est, non autem ita vt nõ nisi post impletam legitimam ætatem isti curatores dentur. Si quis namque nondum impleto vicesimoquinto anno furiosus fiat, certum est dandum ei esse curatorem, non tanquam minori, sed, quod longè diuersum est, tanquam furioso. Nec enim furor vicium est ætatis, sed morbus, quem spes non est plena ætate finitum iri. Prodigalitatis adeóque etiam dementiæ alia ratio est. Non enim malè possunt ista dici vicia ætatis, nec improbabilis spes illa est futurum vt ad sanam mentem sanosque mores redeat is qui nũc & demẽs & prodigus est vbi compleuerit vicesimumquintum annum. Ideoque curatorem ei oportet dari non tanquam prodigo aut dementi, sed tanquam adolescenti *l. 3. §. 1. D. de cur.* quo loco est non tamùm de prodigo & demente, sed etiam de furioso idipsum traditur, hac parte tamen corruptum fuisse locum à Triboniano docuimus ad *Princip. 1. illat. 6.* Nec quod similiter prodigi & furiosi eadem ratio constituì videtur in *d. l. 1. nobis obstat.* Eadem enim est in eo vt impleta ætas legitima non impediat quominus tam huic quàm illi curator detur: at non etiã in eo vt ante illam ætatem curator furioso dandus sit tanquam minori, quomodo prodigo daretur. Sicque explicat Iustin. in *§. furiosi Inst. de curat.* cùm ait furiosos & prodigos licèt maiores sint annis viginti quinque, esse tamen curatione agnatorum ex lege duodecim tabularum.

L. 1. C. de curat. furios.

l. 3. §. 1. D. de cur.

§. furiosi Inst. De curat.

ILLATIO XV.

De restitutione per curatorem furiosi petenda.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit,vt quamuis restitutionem in integrum alterius nomine petere sine speciali mandato nemo possit *l. illud nullam* 25.§.1.*cum l.seq. D.de minor.l.vnic.C.etiam per procur.caus.in integ.restit. agi poss.*curator tamen furioso datus possit ipsius nomine restitutionem postulare,si quid furiosus gesserit quod per in integrum restitutionē rescindi oporteat:Cuiusmodi pleraque esse possunt non ex iis quidem quæ furiosus durante furore gesserit(hæc enim constat ipso iure non valere,ideóque nec per in integrum restitutionem rescindi posse *l.5.De regul.iur.*iunct.*l.in causa 16. in pr. D.de minor.*)sed ex iis quæ fecerit ante furorem.Sicque accipiendum est rescriptum Gordiani in *l.si pater* 3.*C.de curat.furios.*vnde sumpta hæc illatio est.

L.si pater 3. C.de curat. furios.

ILLATIO XVI.

De furiosa quæ repudiauit maritum,vel ab ipso repudiata est.

L.cùm repudiante 4.C. eod.

DEcimosextò ex eodem Principio fit,quod scriptum est in *l.cùm repudiante* 4.*C eod.tit.*si furiosa sui iuris constituta maritum repudiauerit,qui è cōtrario solus eam repudiare potuit(nec enim furiosa repudium marito mittere potest cùm non habeat voluntatem *l.4.D.de diuort.l.si cùm dotem* 22.*§ si maritus D.solut.matrim.*)deinde verò furiosæ mater nomine filię cum ipsius quondam marito contraxerit(sic enim lex loquitur quia ponit repudium à furiosa missum à marito acceptum admissumque vltrò fuisse) non posse contractum valere nec furiosæ nocere,Nempe quia vt lex ait rerum eius filiæ defensio non pertinuit iure ad matrem (sic enim legendum est non vt vulgo *cùm res eius*) sed tantùm ad curatorem qui filiæ furiosæ dari debuit,vel ob id maximè quod mater nisi quæ tutrix liberorum est ius administration*s* in bonis eorum nullū habet *l.filia* 88.*D.de solut.*Non alius erit sensus *d.l.4.*si aliam lectionem sequare quæ sic habet *cùm repudiante furiosam sui iuris constitutam marito*,quæ lectio mihi magis placet.Quid enim attinet ponere repudiatum maritum ab vxore furiosa quæ illum repudiare non potuit?

Emendatio & vera lectio d.l.cùm repudiante.

ILLATIO XVII.

De fratre emancipato fratris furiosi curatore legitimo.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit,vt postquàm ab Anastasio inductum fuit vt fratres emancipati ad fratrum suorum quamuis in potestate retentorum legitimam hereditatem vocarentur perinde acsi essent agnati proximi,illud quoque in consequentiam ab eodem Anastasio induci conueniens fuerit vt furiosis fratribus & sororibus perinde legitimi curatores existerēt,& quidem quod magis mirum est ex lege duodecim tabularum vt scriptum est in *l.ne lucrū* 5.*C.de curat.furios.*Nimirum quoniam lex 12.tab.licēt nullā prorsus emancipatorum rationem habuerit , eandem tamen rationem constituit successionis & curationis furiosorum & prodigorum deferendo curationem agnatis proximis quibus ex alio capite defert hereditatem.Hodie igitur ex Anastasij constitutione fratres,quamuis emancipati,& heredes sunt & curatores legiti-

L. ne lucrū 5.C.eod.

Digitized

legitimi. Alioqui dicendum esset lucrum duntaxat successionis antea indebitæ emancipatis fuisse iis ab Anastasio delatum, onus verò nullum fuisset inflictum quod absurdum foret vt eadem lex fatetur.

ILLATIO XVIII.

De *furioso habente dilucida interualla.*

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt si furiosus non continuo furore percitus sit, sed eo qui nonnunquam intermittatur, & dilucida habeat interualla, hoc ipso desinat iis interuallis esse in curatione, possitque solus agere omnia sine curatore, quia cùm solus furor ille sit propter quem necesse fuerit dari curatorem, consequens est vt finito furore curatoris quoque ius & potestas finiatur *l. cùm alijs 6. C. de curat. furios.* vbi tamen Iustinianus iuris veteris vt ille ait, ambiguitatẽ decidens constituit vt non idcirco curator nomen amittat curatoris, sed potestatem duntaxat & effectũ, vt scilicet redeunte furore non sit necesse nouum ei curatorem dari, quod necesse esset si prior curator esse desiisset. Alioqui sæpius euanescente mox redeunte furore crebra & quasi ludibriosa fieret curatoris creatio, & tam frequenter nasci, quàm desinere videretur. Quamquam fatendum est ita fuisse ius vetus vt ipso iure & furiosus & prodigus desinerent esse in potestate statim atque ille animi, hic morum sanitatem recepisset *l. 1. D. eod.*

l. cùm alijs 6. C. de curat. furios.

L. 1. D. eod.

ILLATIO XIX.

De *filiofamilias furioso habente peculium castrense vel aduentitium.*

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt si furiosus sit in potestate patris, & habeat bona siue castrensia siue aduentitia in quibus administrandis nihil alioqui iuris pater habere posset, curator tamen ei nullus dãdus sit, sed sufficiat quod habet patri ẽ in cuius potestate est *l. vlt. in pr. C. eo.* Quomodo enim posset ille eodem tempore in duorum esse potestate? Aut cur aliũ ei quæramus administratorẽ meliorẽ quàm patrem? Nullus siquidem affectus paternus talis inueniri potest vt vincat paternum, inquit Iustin. in *d. l. vlt.* Nisi fortè proponas talem esse patrem qui & ipse curatore indigeat puta quòd sit prodigus aut demens. Quo casu alius quidem quàm pater bonorum ipsius administrationẽ habere debebit, sed non alius quàm qui erit constitutus curator patris, si vtriq; administrationi possit sufficere, vt patriæ potestatis ius quàm minimum fieri poterit violetur, & filius hoc ipso videatur in patris sui potestate constitutus, quod in ciuilẽ curatoris potestate erit in quo & ipse pater: Quomodo suprà diximus iure vetere quo tutela legitima etiam pupillo qui proximus agnatus esset deferebatur, ita obseruatum fuisse, vt qui pupilli tutor esset idem etiam eius qui in pupilli tutela & potestate esset, tutelam gerere deberet.

L. vlt. C. eod.

ILLATIO XX.

De *hereditate alterius quàm patris delata furioso.*

VIcesimò ex eodẽ Principio fit, vt si delata sit furioso hereditas alia quã paterna (paternam enim certũ est acquiri ipso iure furioso sicut & alij cuilibet suo heredi, cùm ponamus fuisse illum in patris sui morientis potestate *d. l. vlt. §. sin verò perpetuo C. eo.*) permittatur curatori agnoscere bonorũ possessio non nomine furioli *d. l. vltim. §. sin autem*, vbi quamuis Iustinianus dicat ita se

d. l. vlt. sin verò perpetuo. & §. sin autem.

constituere ad tollendum certamen quod antiqui iuris autores magnum, vt ille refert, habuerunt, nihil tamen est in libris nostris ex quo possit conijci quē quam ex Iureconsultis in ea fuisse hæresi vt negaret curatorem furiosi posse ipsius nomine agnoscere bonorum possessionem. Extátque contra scriptum in *l. si ad pupillum* 11. *D. de auter. tut. & vt l. vnic.* D. *de bonor. poss. furios. infant.* Illud sanè semper constitit furiosum ipsum nec hereditatem adire, nec bonorū possessionem petere potuisse ne quidem curatore autore in eóque minùs iuris quàm pupillum habuisse, quod & Iustinianus incorrectum reliquit *d. §. sin autem*. De quo etiam scripsimus in Principij huius interpretatione.

l. si ad pupillum 11. D. de auter. tut. l. vnic. D. de bonor. poss. furios. infant.

ILLATIO XXI.

De curatore furiosi dato per patrem, confirmando sine inquisitione.

VIcesimoprimò ex eodē Principio sit, vt curatorum furiosi eadem ratio sit quæ cæterorū & tutorū & curatorū vt si testamento dati sint à patre, quā uis dandi ius non habuerit, confirmandi tamen sint sine satisdatione & sine inquisitione, actis interuenientibus & præstito iureiurando de omnibus bene & ex furiosi vtilitate administrandis *d. l. vlt. §. & si quidem*, vbi additur inuentariū bonorum furiosi cum omni subtilitate publicè conscribendum esse, & omnia curatoris bona intelligi tacitè obligata furioso, ad similitudinem, inquit lex, tutorum pupilli & curatorum adulti. Si verò testamētarius curator nullus sit, sed vel legitimus dandus sit vel alius à magistratu eligendus cessante legitimo, vel ex aliqua causa non satis idoneo existente, distinguit Iustinianús, an furiosi persona sit nobilis necne, vt si sit nobilis curator ei dādus sit à toto Senatu, sin minùs, à solo præfecto vrbis, Vtroque verò casu ex inquisitione & consequenter sine satisdatione, si curatoris facultates non satis idoneæ reperiantur, Cum satisdatione verò quatenus tamen præstari possit: Omnimodo autem facto vt proximè dictum est inuentario publico, præstitóque sacramento: obligatisq; furioso bonis omnibus curatoris. Idémque in prouinciis obseruari vult Iustinianus nisi quod pro Senatu vel præfecto vrbis nominat ille episcopū ciuitatis & tres primates per quos ad eiusmodi curatoris electionē & creationē procedatur. Illud valde nouum & mirum est, quod subiicit Iustin. in *d. l. vlt. §. sin autem & seq.* agnita per furiosi curatorem bonorum possessione quæ furioso delata fuerit, si furiosus respuerit, licere ipsi repudiare ita ne ex agnitione per curatorē facta prægrauetur, si verò in eodē furore decesserit aut ad se quidē reuersus, sed ante declaratam suam voluntatem, idem etiam ipsius heredi permittendum, vt bonorum possessionem furiosi nomine agnitam non magis retinere quàm furiosus ipse cōpellatur, eóque casu à substantia furiosi ilico separentur bona omnia quę furioso fuerant acquisita quasi nec fuissent ab initio ad eum deuoluta: ita enim fit vt bonorum possessio furiosi nomine agnita per curatorē videatur nō acquiri furioso, cùm si semel acquisita esset repudiari postea non posset *l. 1. §. de cretalis D. de succes. edict.* Et quamuis non sit iniquum in hoc faueri furioso ne ex facto sui curatoris ære alieno obligetur, multò tamen durius illud est in persona heredis, cui potest imputari cur hereditatem furiosi adierit quam sciebat aut scire debebat obstrictam fore ære alieno quod curator per agnitionem bonorum possessionis furioso delatam contraxerat. Sed videtur Iustinianus ad id respexisse, nec malè, quod furiosi quoq; interest maximè vt hac in re nō minùs here-

d. l. vlt. §. & si quidem C. de curat. furios.

d. l. vlt. §. sin autem & seq.

l. 1. §. decretalis D. de succ. edict.

heredi ipsius,quàm ipsi succurratur,quoniã ipsius interest,vt & alterius cuiuslibet patrisfamilias,heredem habere,cùm tamen facilè sit futurũ vt metu onerum hereditatis furiosi timidiùs quis adeat ipsius hereditatẽ.Quomodo de pupillo scriptum est in *l.Iulianus 42.aliàs L.si pupillus D.de acq.hered.*Pendet igitur effectus bonorum possessionis furiosi nomine agnitę per curatorem in id vsque tempus quo eam vel furiosus ipse post resipiscẽtiam,vel ipsius heres ratam eã habuerit.Quod non puto ante Iustiniani tẽpora obtinuisse, sed omnimodo & absolutè acquisitam furioso bonorum possessionem, quam ipsius nomine curator agnouisset,salua furioso ipsiúsve heredi actione contra curatorẽ si damnosam bonorum possessionem fuisse probaretur, vt apertissimè probat *l.si ad pupillum* 11. *D.de autor.& consens.tutor.& curat.*Itémque quod Iustinianus ipse in fine *d.l.vlt.*scribit in hęcverba *cautione videlicet,vel satisdatione,quæ antiquitus fuerat introducta super postea venientibus ad furiosos successionibus minimè præstanda.*Sic namque innuit præter eam satisdationem quam curatores omnes pręstare solebãt,moris fuisse olim:vt hęc prætereà satisdatio specialior præstaretur,quantum ad hereditates furioso obuenturas,Nimirum quò magis cautum,esset furioso in ea re in qua maius periculum versaretur. Cætera eius constitutionis capita nihil continent quod sit aut difficile aut nouum.

l. Iulianus 42.aliàs l.si pupillus de acq. hered.

d.l.si ad pupillum 11.*D. de autor. tutor. d.l.vlt. in fi. C.de curat. furios.*

PRINCIPIVM IV.

De tutoribus & curatoribus datis,& vt loquuntur datiuis.

TVtoris & curatoris dandi ius habent ij tantùm magistratus quibus Specialiter id concessum est,vel à lege,velà Senatusconsulto,vel à Principe *l.muto* 6. *§.tutoris datio supr. De tutel.* De cuius loci sententia & ratione quæ ad huius Principij interpretationem maximè pertinet,videnda sunt,quæ scripsimus ad Princip.1.illat.14.non hîc repetenda.

L.muto 6.§. tutoris datio D.de tutel.

ILLATIO I.

De magistratibus qui dant tutores in vrbe,& in prouincis.

EX hoc Principio illud primùm fit , vt in vrbe prætor,in prouinciis verò Proconsul,Præses,Prætectus Ægypti,siue proconsulatum prouinciæ obtineat,vel temporis causa , præside defuncto , vel quia ipsi prouincia regenda commissa sit,tutorem dare possint,itémque legati Proconsulum *l.1.4.& 5.D. de tutor.& curat.dat.ab his qui ius dand.hab.* Nimirum quia his omnibus datum est ius dandi tutoris.

l.1. 4. & 5. D.de tutor. & cur.dat.

ILLATIO II.

De iure dandi tutores quod habent magistratus municipales.

SEcundò ex eodem Principio fit vt magistratus municipales quamuis sint minores magistratus,idem ius tamen habeant dandi tutoris , quia datum ĩs quoque est,inquit Vlp.in *l.ius dandi 3.eod.*scilicet si non magnæ essent pu-

l.ius dandi 3.eod.tit.

§. *sed hoc iu re infr. De Atil. tutor.*

pilli facultates, vt Iustin. interpretatur in §. *sed hoc iure de Atil. tutor.* Nempe propter vtilitatem pupillorum quorum maximè interest, vt quàm primùm fieri potest habeant tutorem cuius consilio & iudicio regantur. Citiùs autem & expeditiùs fieri potest quod per huiusmodi magistratus municipales expeditur, Quam ob causam solet prætor ex iis etiã quę ad iurisdictionem suã pertinent, pleraque magistratibus municipalibus delegare, ea scilicet quæ celeritatem desiderare videntur, nec moram nisi quæ nimis periculosa futura esset, patiuntur, vt cernere est in causa damni infecti quantum pertinet ad curam iniungendę cautionis de damno infecto, mittendique actoris in ædium quę ruinam minantur possessionem si non caueatur *l. 1. l. 4. §. duas* D. *de admin. infect.*

l. 1. l. 4. §. duas D. de dam. infect.

ILLATIO III.

De tutore, vel curatore dato mandante prætore, vel Præside.

l. nec mandante 8. D. de tutor & curat. dat.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt nec mandante prætore, vel præside alius tutorem dare possit *l. nec mandante* 8. D. *de tutor. & curat. dat.* quia nimirum prætori ipsi & prætidi nominatim ius illud datum est, non etiam iis quibus ipsi aut eam potestatem specialiter, aut iurisdictionem suam generaliter mandare voluerint. Ea námque & mandari possunt & mandata generaliter iurisdictione transeunt quæ sunt iurisdictionis *l. 1.* D. *de offic. eius cui mandat. est iurisd.* tutoris autem datio neque imperij est, neque iurisdictionis *d. l. 6. §. tutoris datio De tutel.*

l. 1. De offic. eius cui mãdat. est iurisd. d. l. 6 § tutoris datio D. de tutel.

ILLATIO IV.

De tutore dando pupillo habenti facultates Romæ & in prouincia.

QVartò ex eodem Principio fit, vt pupillo qui tam Romæ, quàm in prouincia facultates habet rerum quæ sunt Romæ, prætori earum verò quæ sunt in prouinciis tutorem dare præses debeat *l. pupillo 27. D. eod. tit. De tutor. & curat. dat.* Scilicet quoniam ius dandi tutores & prętoribus & pręsidibus datum est pro sua cuiusque iurisdictione, Ne alioqui turbentur & confundantur iurisdictiones si quis extra territorium suum tutorem dare velit *l. 1. & vlt.* D. *de iurisdict. l. neque 5. C. qui dar. tutor. vel curat. poss. hvnic. C. vbi petant. tutor. d. § sed hoc iure Inst. de Atil. tutor.* Sic enim is locus accipi debet in illis verbis *secundum suam iurisdictionem*, non autem ita quasi tutoris datio sit iurisdictionis, vt explicauimus *dict. illat. 4. ad Princip. l. supr.* Fuerunt autem in eam rem latæ & necessariæ leges Atilia, Iulia & Titia, vt Iustin. refert in *princip. dicti tit. De Atil. tutor.* Hodie ius hoc à Iustiniano datum est defensoribus omnibus ciuitatum si facultates pupilli quingentos solidos non excedant, Vnà cum eiusdem, inquit, ciuitatis religiosissimo antistite, itémque magistratibus ciuitatis, & nominatim iuridico Alexandriæ §. *nos autem dict. tit.* De *Atil. tutor.* iunct. *l. sancimus 30. C. de episcop. audient.*

l. pupillo 27. D. de tutor. & cur. dat.

l. neque 5. C. qui dar. tutor. l. vnic. C. vbi pet. tutor. §. sed hoc iure infr. De Atil. tutor.

§ nos autem eod. l. sancimus 30. C. de episc. audient.

ILLATIO V.

De tutore, vel curatore dato per magistratum dementem, aut furiosum.

d. l. nec mãdante §. 1.

QVintò ex eodem Principio fit, vt si prætor, vel præses prouincię in furore, aut dementia constitutus dederit tutorem nõ valeat datio *d. l. nec mãdante*

dante 8. §. 1. Quamuis enim prætor, vel præses sit, nec furor ei potestatem & magistratum adimat, vt eadem lex ait, non tamen potest id talem tutoris dationem confirmare, præsertim cùm non tam iure magistratus ea comperat vt diximus, quàm quod huiusmodi personarum, quæ maiores magistratus meruerunt consilio & iudicio visum sit confidendam esse rem tanti momẽti. Quodnam autem consilium & iudicium esse potest prætoris, vel præsidis, siue dementis, siue furiosi?

ILLATIO VI.

De prætore dante seipsum tutorem.

SEnò ex eodem Principio fit vt prætor seipsum tutorem dare non possit, non magis quàm seipsum facere iudicem, vel pedaneum, vel compromissarium *l. prætor 4. D. eod. tit.* Nec enim fieri potest, vt eadem sit persona eius & qui dat tutorem, & qui fit tutor, sicut nec vt vnus idémque homo in plures distribuatur *l. si plures 9. D. de pact.* *l. prætor 4. eod. tit.*

ILLATIO VII.

De potestate concessa magistratibus curatoris dandi furioso.

SEptimò ex eodem Principio nascitur ratio dubitandi ad *§. vlt. d. l. nec mandante*, vbi scriptum est furioso & furiosæ & muto & surdo tutorem, vel curatorem à prætore, vel præside dari posse. Id enim difficile videbatur, quia leges quæ prætori & præsidi ius dandi tutoris concesserunt de pupillo tantùm locutæ sunt, non etiam de furioso, muto, & surdo. Ius autem dandi tutoris sicut non alius habet quàm cui nominatim datum est, ita nec nisi quatenus datum est. Verùm & æquitatis & publicæ vtilitatis ratio fecit, vt ius illud maioribus illis magistratibus concessum dandi pupillo tutoris largiùs accipi oporteret, vt non tantùm supradictis personis tutorem, vel curatorem dare possint, sed etiam cæteris omnibus, qui suis rebus superesse non possunt *l. his qui 12. D. eod.* Cui enim datum fuit, quod plus erat, vtique datum debet videri & quod est minus *l. non debet 21. De regul. iur.* Multò autem plus est tutorem esse pupilli, quàm curatorem, vel muti, vel surdi, vel furiosi & aliarum huiusmodi personarum: siquidem post patriam & dominicam potestatem nulla maior potestas est quàm quæ datur tutori in caput & bona pupilli. *d. l. nec mandante §. vlt.* *l. his qui 12. D. eod.* *l. nõ debet. De reg. iur.*

ILLATIO VIII.

De curatore non tutore ventri dando.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod ait Modestinus in *l. ventri 20. eod. tit.* Ventri tutorem à magistratibus populi romani dari non posse, curatorẽ posse, quia, inquit, de curatore nõ de tutore cõstitutẽdo verbis edicti cõprehensum est. Sẽsus est, nullã esse legẽ, nullũ senatũsconsultũ, nullũ Principis rescriptũ, nullum denique prætoris edictũ, quod eam magistratibus populi romani potestatẽ dederit, vt ventri tutorẽ dare possint: Sicut nec id fieri potuit quãdo tutor personæ detur, vt sæpius diximus, persona vero nulla sit eius qui adhuc in vtero *l. ventri 20. eod. tit.*

Digitized by Google

est, cùm neque homo sit quandiu editus non est, sed tantùm spes animantis l.in falcidia 9.§.1.D.ad leg.falcid. Ideóque rectissimè prætor agit de curatore venti constituendo, non de tutore.

l.in falcidia 9.§.1. D. ad leg. falcid.

ILLATIO IX.

De tutore temporario interdum dando.

NOnò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l.2.eod.tit.* Cùm ex plu ribus tutoribus à magistratu datis quidam appellassent, quidam verò nō adessent, atq; ita nemo esset qui tutelam gerere cogi posset, temporarium tutorem dari debuisse qui tutela fungeretur, sicque à Diuo Pio rescriptum esse, Nempe quia ius dandi tutores datum est magistratibus nō alia ratione, quàm vt pupillo consulant eíque dent aliquem cuius consilio & prudentia regatur. Non ergò sufficit datum esse ab iis tutorem aliquem, vt officio suo functi dici possint, vt dicere solemus de iudice qui iudicauit *l.iudex* 55. *De re iud.* Nisi datus tutor tutelam exerceat, ob idque alius tutor dandus est & quidem temporalis, ne alioqui priores tutores dati tanquam perpetui, hoc ipso reuocati viderentur.

Z.2.D.de tutor. & cur. dat.

ILLAT. X.

De tutore dando eiusdem prouinciæ.

DEcimò ex eodem Principio fit vt præses prouinciæ non alium tutorem dare possit, quàm qui sit eiusdem prouinciæ, vel qui domicilium ibidem habeat *l.1.§.vlt.D.de tutor. & curat.dat.* Sicut nec magistratus municipalis aliū tutorem dare potest, quàm qui sit ab eodem municipio, vel ab agro eiusdem municipij *l.3.eo.* quia non aliter eis permissum est tutorem dare, vt supradictis locis Vlpianus ait, ius autem dandi tutoris nullum habent nisi quia & quatenus eis permissum est. At è contrario quoniam in permittenda iis datione tutoris nihil dictum est, quod ad adhibendam illam distinctionem, an tutorem qui daretur præsentem esse oporteret necne, illud semper constitit præsidem prouinciæ tutorem indistinctè dare posse tam absentem quàm præsentem, itémque eadem ratione tam absenti quàm præsenti, necnon & ignoranti & inuito *l.illud* 5. *cum seq. D.eod.*

l.1.§.vl.D. de tutor. & curat dat. l.3.eod.

l. illud 5. & seq.eod.

ILLATIO XI.

De tutore dato habenti iam tutorem quasi non habenti.

VNdecimò ex eodem Principio fit vt si magistratus tutorē dederit ei qui iam habebat, sed absente tutore & quasi non habenti datio nulla sit, Sicut & si quoquomodo in petitione tutoris erratū fuerit in facti causa, maximè post constitutionem Diuorum fratrum non valet tutoris datio *l. tutor* 10. *D. eod.* Non enim ius dandi tutores magistratibus concessum est, nisi vt certo iudicio & consilio iis prouideatur, qui tutore indigent, vel curatore, certum autem iudicium & consilium eius esse non potest, qui errat, cùm nec vlla errantis voluntas esse intelligatur *l si per errorem* 15. *D. de iurisdict.* Quamuis dici soleat si quid prætor, aut alius magistratus decreuerit etiam per errorem ratum id haberi oportere propter rerum iudicatarū autoritatē *l.seruo* 65.§. *cùm prætor*

l. tutor 10. eod.

l.seruo 65.§. cùm prætor D. ad SC. Trab.

Digitized by Google

prætor D. ad SC. Trebell. Nempe quia in iis quæ sunt iurisdictionis facit magistratus iuridicè, quoties decernit tametsi per errorem, ideóque valet ipso iure id quod decernit, non minùs quàm si per sordes, aut per gratiam decerneret. At cùm tutorem dat, non ius dicit, sed id tãtùm exequitur, quod ei, vt faciat mandatum est. Exequi ergo debet eo ipso modo quo mandatum est, ac proinde certo iudicio & consilio, alioqui nihil agit, quia nec id agit quod mandatum est, & id agit quod citra mandatum agere non posset.

ILLATIO XII.

De curatore speciali ad tempus dando.

DVodecimè ex eodem Principio fit, vt quoties iusta aliqua causa emergit propter quam, siue tutorem, siue curatorem specialem & consequenter temporarium dari oporteat, possit prætor. dare, itémque præses, & alius quilibet dandi ius habens, quia non aliam ob causam, aut ad alium finem ius hoc iis datum est, quàm vt pupillis, minoribus, aliisque huiusmodi personis consulant quoties & quatenus necesse est: Ita sit vt non tantùm ad dotem dandam nupturæ curatorem dare possit, verùm etiam ei quoque quæ iam nupta est, Nec tantùm ad dotem dandam, sed etiam ad augendam eam, vel mutandam *l. non tantum 7. eod. tit.* quia his omnibus casibus puellæ interest habere curatorem ne quid faciat inconsultò & iuuenili leuitate, propter quod necesse postea sit eam in integrum restitutionem impetrare *l. vnic. C. si aduers. dot.* Quãquam & interueniente curatoris autoritate non eo minùs restitui poterit in integrum puella contra doris promissionem si læsa probetur *tot. tit. C. si tutor vel curat. interuen.* Quinimò etiam ipso iure nulla erit autoritas curatoris nullúmque id quod ipse fecerit, si dolo malo in ea re fuerit versatus *l. sine generalis 61. in princip. D. de iur. dot.* etsi totam eam legem Triboniani esse non dubito potiùs quàm Terentij Clementis, vt alio iam loco meminì à me obseruatum. Planè si quæratur quantæ pecuniæ dotem promittenti adultæ mulieri curator consensum accommodare debeat, Respondendum est cum Celso in *l. quæro 60. eod. tit.* Modum ex facultatibus & dignitate mulieris maritíque statuendum esse quousque ratio patiatur.

l. non tãtùm. 7. D. de tut. & curat. dat.

l. vnic. C. si aduers. dot.

l. sine generalis 61. in princ. D. de iur. dot.

l. quæro 60. eod.

ILLATIO XIII.

De tutore per magistratum dato impuberi ad hereditatem adeundam.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt ij magistratus quibus dandi tutoris ius datum est etiam ad adeundam hereditatem impuberi tutorem dare possint, quoniam id ex causa iis permissum est *l. impuberi 9. D. de tutor. & curat. dat.* Ex causa, inquam, quia obstat regula iuris quæ tutorem dari vult personæ non certæ rei, vel causæ *l. quia personæ 14. D. de testam. tutel.* si quando verò pupillo prouidendum sit in rem & causam aliquam specialem, dari ei curatorem non tutorem *l. solet 13. D. de tutel. l. 4. C. in quib. casib. tutor. vel curat. habent.* Sed tamen interdum euenit, vt necesse sit pupillo dari tutorem specialem in certam rem, vel causam, vt in specie *l. cùm in vna 17. §. 1. D. de appellat.*

l. impuberi 9. D. de tut. & curat. dat.

L. solet 13. D. de tutel. l. 4. C. in quib. caus. tutor vel curat habent. l. cùm in vna 17. §. 1. D. de appellat.

Digitized by Google

id est si pupillo datus tutor prouocauerit, & interim aliqua hereditas pupillo deferatur. Etsi enim pendente appellatione à tutoris creatione non alius tutor dari solet, sed curator, cùm tamen de adeũda hereditate agitur, tutor ei necessariò dandus est, quia curatoris autoritas ad hoc inutilis est, vt eo loco Modestinus scribit, Nempe quia hereditatis aditio non tantùm facti est, sed etiã animi *l. pro herede* 20. *l. gerit* 88. *D. de acquir. hered.* animus autem adeundi in eo esse non potest, qui causam acquirendæ hereditatis non intelligat, quomodo verum est pupillum intelligere non posse, qui propter ætatem iudicio & consilio careat *l. pupillus eod. tit.* ideóque supplendum est iudicium & consilium eius iudicio & consilio alterius, quod porrò non aliter fieri potest, quàm si alter ille ius habeat in caput & personam pupilli, vt ipsius personam repræsentare videri queat. Quomodo enim personæ iudicium & consilium quo nihil personalius est supplere posset, si personam ipsam nõ repræsentaret? At is qui pupilli personam repræsentat quique ideò consilium & iudicium eius supplere potest, tutor non curator est. Tutor igitur pupillo necessarius est ad hereditatem adeundam, Ob idque necesse fuit permitti magistratibus non tantùm vt pupillis tutorem generaliter, & indistinctè dare possent, sed etiam vt specialem ex hac causa adeundæ hereditatis: Alius etiam casus non valde absimilis proponi potest ex *l. si impuberi* 15. *D. de tutor. & curat. d. t.* vbi Papinianus scribit, si impuberi libertas & hereditas per fideicommissum data sit & institutus adire nolit, Senatum cẽsuisse, eum si impuberis nomine desideretur adire cogendum, in cámque rem pupillo pupillæve tutorem dandum ab eo, cui ius dandi erit, qui tutelam retineat quoad restituatur hereditas, & ab herede caueatur rem pupillo saluam fore, Si is cui libertas & cum libertate hereditas debetur esset pubes, nequidem curatore indigeret quia per se aditum haberet ad prætorem propter spem & libertatis & hereditatis *l. mulier* 22. *§. non est dubitatum D. ad SC. Trebell.* Sed cùm impubes sit, neque expectandum est, vt adeat prætorem, quippe qui rebus suis bene prospicere nesciat, neque interim moram fieri oportet ipsius libertati, hereditatisque restitutioni: & ideirco tutorem ei dari oportet, & quidem non solùm temporalem, sed etiam specialem in causam hanc adeundæ & restituendæ hereditatis. Ei námque qui adhuc seruus est, quomodo posset dari tutor simpliciter & indistinctè? Specialiter igitur in certã causam sicut & ad tempus dari necesse est. At quid si directa libertas ei data sit? Papinianus refert esse rescriptum à Diuo Hadriano, vt idem in eo quoque seruari debeat. Quod ego sic interpretor, vt hoc etiam casu cogendus sit heres institutus adire & restituere, per tutorem qui similiter necessariò in hanc specialem causam pupillo dandus est, quia non plus iuris hac parte habet directa libertas quàm fideicommissaria, cùm neque directæ libertatis dies cedat nisi ab adita hereditate *l. nam cùm libertas* 8. *D. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollen.* Immò minùs iuris habere videbatur directa libertas quàm fideicommissaria, ita vt etiam post senatusconsultum quod de fideicommissaria tantùm fuerat locutum, necessarium fuerit rescriptum Diui Hadriani, vt in directa idem seruaretur, non quòd libertas directa minùs fauorabilis posset videri quàm fideicommissaria, sed quia neque Senatus de alia libertate quàm de fideicommissaria locutus fuerat, neque ad prætoris fideicommissarij curam pertinebat conseruatio libertatum directarum, cùm non nisi fideicommissorum gratia creatus esset. Verùm

l. pupillus 9. D. de acq. hered.

l. si impuberi 15. D. de tutor. & curat.

l. mulier 22. §. non est dubitatum D. ad SC. Trebell.

d. l. si impuberi.

rùm quoniã fideicommiſſum hereditatis,quod omnimodo à prætore fideicommiſſario conſeruandum eſt,non aliter cõſeruari poteſt, at ne quidem deberi,quam ſi fideicommiſſarius libertatem conſequatur,quæ ſtatim adita hereditate competitura eſt ſi ſit directa, nihil alienum à iuriſdictione ſua faciat prætor fideicommiſſarius, cùm heredem inſtitutum cogit adire ad confirmandam libertatem quamuis directam, quam confirmari neceſſe ſit in antecedens confirmandæ hereditatis fideicommiſſariæ. Sed tamen fuit in hanc rem neceſſarium reſcriptum Diui Hadriani, quoniam alioqui prætor fideicommiſſarius non potuiſſet ſuccurrere fideicommiſſario qui necdum liber eſſet, nec libertatem ex fideicommiſſo petere poſſet, verbis ſcilicet directis relictam non precariis. Tutorem verò his duobus caſibus non niſi in ſpecialem hanc cauſam cogendi per prætorem heredis & in certum tempus dari poſſe, præter id quod iam diximus, ex illo etiam apparet, quod ſeruus impubes vbi liber factus erit tutorem iure communi habere poterit, cùm antea non poteſt habere nec videri habuiſſe,cùm tutela ſit vis & poteſtas in caput liberum, non fuerit autem ille liber ante aditam hereditatem. Ea tamen inter hos caſus differentia obſeruanda eſt, quod directa libertate data ſeruus impubes fit libertus orcinus,hoc eſt nullius, non autem heredis à quo non fuit manumiſſus,ita legitimum tutorem habere nullum poteſt, cùm neque agnatum habeat neque patronum, Legitima verò tutela nulla ſit, niſi agnatorum, & patronorum. At cùm fideicommiſſaria libertas data eſt quamuis heres qui eam dare debuit non niſi coactus adierit, & quantum in ſe fuit libertate impuberem priuare voluerit, non eo minùs tamen cum poſteà manumittendo fit patronus, & conſequenter tutor legitimus, ſed tamen cum hoc temperamento in contumaciæ ſuæ pœnam,vt pro extraneo tutore habeatur, id eſt pro non patrono,quod ad hoc,vt cogatur cauere Rẽ pupilli ſaluam fore,quę cautio alioqui ab eo non exigeretur, vt ſubiicit Papin. *in ſeruo communi.* Itaque ſi non caueat, ſine dubio tutor non erit. Interim igitur manebit ſemper tutor is qui impuberi dum adhuc in ſeruitute eſſet datus fuit. Iam enim diximus manere illum tutorem donec cautum ſit pupillo Rem ſaluam fore. Et tamen cùm nec ipſe cauerit,quia neque cauendi cauſa vlla erat eo tempore quo dabatur,impuberi ſcilicet,neque libertatem,neque bona vlla adhuc habenti, dubitandũ non eſt quin vel ipſe nunc cauere debeat,ex noua cauſa quę emerſit, vel alius tutor quęrẽdus ſit,qui pupillo caueat,vt ſit ei cautum: ſi modò certum eſſe cœperit patronum cauere, vel nolle, vel non poſſe. Nam qui tutor datus fuit in id vſque tempus quo eſſet pupillo cautũ à patrono,non idcirco datus in perpetuum videri poteſt ſi patronus cauere nũquã velit, præſertim ſi nec ipſe offerat cautionem. Planè quod Senatus cenſuerit eum,qui huic impuberi tutor datus ſit ad cogẽdum heredem inſtitutum, vt adeat, tutelam retinere quoadusque reſtituatur hereditas,& rem ſaluam fore ab herede cauea tur,non ſimiliter dici poteſt data huic impuberi directa libertate, qui cùm eo caſu heres non ſit futurus tutor,quippe nec patronus,non eſt quod tractemus de præſtanda ab eo cautione,quam pro quaſi heres debere poſſit,ſed quaſi tutor. Remanebit ergo tutor is qui datus fuit impuberi directam libertatem ſperanti quoadusque duntaxat & adita ſit & reſtituta hereditas. Ex eo autem tempore alia datio erit faciendа,ſine huius ipſius,ſine alterius,cum onere cautionis. Sanè ſi puella proponatur quæ duodecimum annum impleuerit,tutor

Cur prætor fideicommiſſarium ſe interponat pro conſeruanda directa libertate.

d.l. ſi impuberi.

ipso iure esse desinit quisquis antea datus fuit, siue ipse hic sit qui datus fuerat ante aditam hereditatem, siue alius: & siue directa libertas data ei fuerit, siue fideicommissaria. Sed tamen si cùm fideicommissariam libertatem accepisset pubésque facta desideraſſet curatorem sibi dari, & in id munus patronum suũ nominasset, patronus qui tutor esse non potuit sine cautione, curator tamen dandus erit etiamsi non caueat, quia nec aliter eum præses dabit, quàm si facta in eum inquisitione idoneus repertus sit, Quo casu non est æquum onerari eũ cautione, cùm fides inquisitionis pro vinculo cedat cautionis, vt subiicit Pap. in fine *d.l. si impuberi*. Cur verò non etiam tutor datur impuberi saltem cum inquisitione, cùm non vult cauere? Respõdeo, quia nec in eũ inquirendi causa vlla subest, cùm si legitimus tutor non sit nullam rationem habeat tutelæ assequendæ potiùs quàm alius extraneus quilibet, in legitimos autem tutores inquiri non soleat, quia eos non magistratus tutores facit, sed lex sine vllo homi nis facto, nisi quod iis tutela sine vinculo cautionis non committitur si extranei sint, id est non patroni. At is de quo agimus, quem puella iàm pubes facta curatorem nominauit potest curator fieri cum inquisitione, & consequenter sine cautione, quia in eum inquirendi causa subest, vel ob hoc ipsum, quòd eum puella nominauerit. Cùm enim soleant curatores dari petentibus, vt Papin. ait, dari autem non à lege, sed à magistratu, nec magistratus obsequi sine ratione debeat voluntati adolescentis fortasse iuuenili leuitate minùs idoneũ curatorem petentis, inquisitio hoc casu necessaria est, & quidem primùm in eum qui fuit nominatus, quia nominatio illa est, quæ præbuit causam inquisitioni.

d.l. si impuberi in fin.

ILLATIO XIV.

De *non dando curatore ob id solùm quod pupilli tutor absit.*

DEcimoquartò ad hoc Principium referri etiam potest quod Celsus scribit in *l. curator* 11. *eod. tit. De tutor. & curat. dat.* Curatorem pupillo, vel pupillæ non dari si tutor eorum afuerit, id est abfuerit. Sic enim malo legere, vt in Florent. quàm post Haloãdrum, vt vulgo *adfuerit*. Quænam enim dubitandi ratio esse potest, propter quam videatur dãdus curator ei qui tutorem præsentem habet? Dices id interdum esse necessarium ob infirmam tutoris valetudinem, vel senium ætatis vt scriptum est in *l. solet* 13. *D. de tutel.* Sed respondebo quod eadem lex ait, magis hunc administratorem rerum, quàm curatorem intelligi, licèt curator etiam dicatur in *l. non solùm* 10. *§. penult. D. de excusat. tutor.* At cùm tutor abest qui pupillo datus fuit, multò facilùs possit quis credere dandum pupillo curatorem per quem pupilli negotia tutore absente expediantur. Sed tamen non ita est. Necenim quælibet tutoris absentia curatoris dandi necessitatem inducere potest, ne alioqui dicendum sit in singula momenta dandum & remouendum curatorem, cùm quotidie possint multa occurrere propter quæ cogatur abesse tutor, siue propter sua negotia quibus nimirum tutela quoque durante consulere nõ prohibetur, siue etiam propter negotia pupilli quę fortè in aliam prouinciam eum proficisci cogãt. Satísque pupillo esse debet quod nullum ex eiusmodi absentia damnum timere possit, cùm ad prouidi tutoris officium pertineat, vt cùm abfuturus est ex aliqua etiã probabili causa prospiciat ne quid interim detrimẽti pupillaris ratio patiatur, ne aliter si faciat obliget se iudicio tutelæ ad totum damnum, illud quantumcumque

Lcurator 11. *eod. tit. De tutor. & curat. dat.*

L. solet 13. *D. de tutel. l. non solùm* 10. *§. pen. D. de excus. tutor.*

cunque erit,farciendum.Planè si tutor non solùm abesse cogatur,sed etiam ita abesse vt nec in eiuspotestate sit futurum,redire quando volet,puta si reipubli cæ causa,dandus vtique est curator in eius locum, & quidem in rem omnem, id est ad totam tutelam administrandam *l.in omnem rem* 15. *De tutor. & curat. dat.* quia huic imputari non potest aut cur absit,aut cur non procuratorem in ciuitate reliquerit per quem absens negotia pupilli tractaret, cùm nemo cogendus sit facere per procuratorem,quod non possit etiam per se facere si malit.Siquidem vix quisquam est adeò negligens qui propriæ suæ industriæ & diligentiæ non malit confidere,quàm alienæ,aut qui saltem non malit periclitari ex negligentia propria,quàm ex aliena. Ideo autem pertinet illatio hæc ad Principium nostrum,quia cùm magistratus nullo casu ius habeant dandi tutoris,vel curatoris nisi quatenus iis datum est,datum verò non sit nisi quatenus pupillorum vel adultorum vtilitas & necessitas id exigere visa est,consequens fit,vt nullo iure curator detur ei,qui iam tutorem habet, quamuis absentem, quia nec necesse est,nec pupillo vel vtile vel decorum.

l. in omnem rem 15. D. de tutor. & curat. dat.

ILLATIO XV.

De tutore dato ei qui de suo statu litigat.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit,vt ei quoque qui de statu suo litigat tutor dari possit *l.ei qui* 17. *De tutor. & curat.dat.*non vt tutoris datio teneat absolutè(quid enim si postea seruus pronunciaretur?)Sed vt ita demum si ex postfacto appareat liberum eum fuisse.Interim igitur tenet, quia interim hic pro libero habetur *l.1.C.qui tutor.dar.poss.*vbi & ob hanc causam scriptum est coratorem ei dari posse.Idque fanè commodius est,minúsque alienum à regulis iuris,cùm is qui de suo statu litigat,non videatur egere tutore nisi in causam litis,ex qua vna,& personæ & bonorum ipsius condicio pendeat, melius verò sit curatorem quàm tutorem dari in rem & causam certam.Porrò siue tutorem,siue curatorem ei dare magistratus velit,ius dandi habet, quia nonnimùs huic impuberi qui status controuersiam patitur,subueniendum est, quàm exteris,immò tantò magis quantò grauius est periclitari de statu,magisque interest reipublicæ defendi eos qui adserunt sibi libertatem tanquam cuius causa publica esse existimetur *l.si quis rogatus* 53.D.*de fideic.libert.*iunct. *l.* 4.D.*de oper.noui nunciat.*

l. ei qui 17. eod. tit. De tutor. & curat.dat.

l.1.C.qui tutor.dar.poss.

l. si quis rogatus 53.D. de fideic.libert.

ILLATIO XVI.

De facienda inquisitione etiam in Senatorem qui tutor detur.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt in dando tutore ex inquisitione in eum quoque qui Senator sit inquirere magistratus debeat *l. in dando* 18.*De tutor. & curat.dat.*quia cùm non aliter ius dandi tutoris habeat quàm ex inquisitione,nullo iure tutorem daret Senatorem si daret sine inquisitione, nullúmque in eam rem priuilegium Senatoris esse potest, quod in pupilli aut ipsius etiam magistratus tutorem dantis perniciem verteretur, si forte postea Senatorem iam tum minùs idoneum fuisse appareret.

l. in dando 18.D.de tutor. & curat.dat.

Digitized by Google

ILLATIO XVII.

De potestate tutores dandi concessa decurionibus in absentia magistratuum.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, vt vbi absunt ij magistratus qui tutores dare possunt, iubeantur decuriones dare tutorem dummodo maior pars conueniat *l. vbi absunt* 19. *eod. tit.* vbi additur nec esse dubium, quin vnum ex seipsis dare possint. Nam & magistratum ipsum decreto decurionum curatorem dari posse constat *l.* 3. D. *qui pet. tutor.* Quantò igitur magis tutorem? Siquidem multò fauorabilior est datio tutoris quàm curatoris: quantò scilicet fauorabilior est pupillus quàm adultus. Iubendi autem fuerunt decuriones dare tutores & curatores absentibus magistratibus quoniam alioqui nullum dandi ius habuissent, tametsi ea ratione futurum erat vt miseri pupilli tutore carentes maximo incommodo afficerentur, quod ne eueniret bene prouisum est, vt iis quamuis magistratus non essent, ius hoc tribueretur. Quod verò additur posse decurionum ordinem ex ipsis decurionibus aliquem tutorem dare nullam habet dubitationem, cùm etiam magistratus municipalis suum collegam, quod multò difficilius est tutorem dare possit, vt Paulus subiicit in eadem lege. Ideo autem potest quia tutoris datio nō est iurisdictionis, vt diximus ad *Princ. l. illat.* 14. *in fin.* Nec enim iurisdictio vlla esse potest magistratus in eum qui par imperium habeat parémve iurisdictionem *l. apud eum* 14. D. *de manumiss.*

L. vbi absunt 19. eod. tit.

l. 3. D. qui pet. tutor. d. l. vbi absunt.

L apud eum 14. D. de manumiss.

ILLATIO XVIII.

De personis quas ad tutelam & curationem admittere magistratus non potest.

DEcimooctauò non ex eodem Principio fit, vt magistratibus quibus dandi tutoris ius indultum est, necesse fuerit præscribi quosnam tutores aut curatores creare vel possent vel deberent, ne alioqui nimia illa licentia abuterentur si passim & sine delectu quos vellent tutores dare possent. Nihil verò est quod tam ob oculos habere debeant quàm pupillorum vtilitatem vel adulterum, cùm nec ad alium finem nisi vt iis prospiciatur, tutores vel curatores detur. Hinc est quod mulieres tutrices aut curatrices constituere non possunt *l. scire oportet* 21. *D. de tutor. & curat. dat.* cùm minùs iudicij & consilij sexus ille habeat, quàm vt tali muneri obeundo par esse possit, vt diximus ad *Princip. l. illat.* 23. Nec similiter eos, qui in legatione sunt creare magistratus possunt, quia cùm per id tempus quo in legatione sunt periculum ad eos non pertineat, necesse esset vel in damno manere pupillum aut adultum, vel magistratus periculo esse administrationem *d. l. scire §. eos qui.* Adeò vt si præfecto prætorium hominem in legatione existentem romanus Princeps tutorem dederit (quo casu sacrilegium esset dubitare de datione quin valeret, sicut & ab alio quàm à Principe tutorem dari præfectum prætorio absurdum esset propter excellentiam præfectoriæ dignitatis) statim dimittendus ille sit à legatione propter eui dentem legationis & tutelæ incompatibilitatem. *d. l. scire §. si præfectorium.* Debet etiam magistratus cauere quantum potest ne tutorem vel curatorem det contra testantis voluntatem, vtputa si mater sub hac condicione scripserit filios heredes si soluti fuissent patris potestate, ac postea emãcipati sint à patre & pro-

l. scire oportet 21. D. de tut. & cur. dat.

d. l. scire §. eos qui.

§. si præfectorium dict. l. scire.

& propter hoc heredes, impleta scilicet institutionis cõdicione, nõ debet magistratus patrem etiam volentem creare tutorem vel curatorem, vt non alia via fiat, id quod testatrix fieri noluit, quam apertum est id egisse ne quid in bonis suis haberet iuris maritus siue quantum ad proprietatem, siue quantum ad administrationem: *d. l. scire* §. 1. Nec enim patria potestate in plenum liberatus adhuc videtur is, qui tutorem habet, cùm, vt toties diximus, nihil aliud sit tutela, quàm portio quædam nedum imago patriæ potestatis. Sed & si quis ab aliquo ex parentibus expressim prohibitus sit tutor esse, hunc neque creari oportet, & si sit creatus per imperitiam fortasse aut sordes aut grãtiam magistratus nec recusauerit, non eo minùs tutor esse prohibetur, ideóque remouendus est manente tamen epitimia, id est salua existimatione quia non propter dolum suum remouetur, sed propter testantis voluntatem. Etsi enim non cuilibet testatori tutorem pupillo dare permittitur, quidni tamen cuique liceat quantumuis extraneo prohibere ne hic vel ille sit tutor, & hanc si non personæ impuberis saltem bonis suis legem dare, vt ab eo quem suspectum habeat bona illa numquam administrari queant, ne quidem tutelæ prætextu? Facilius quippe est vt valeat prohibitio, quàm datio tutoris, quoniam datio vnius in tutorem excludit omnes cæteros ne quis alius quantumlibet idoneus tutor esse possit, At prohibitio de vno facta tanto magis cæteros admittit & inuitat: quæ res nullum aut perexiguum incommodum pupillo adfert cùm vix sit vt ex omnibus aliis qui prohibiti non sunt aliquis non reperiatur, qui commodè tutor creari possit, vt dici solet de legato puellæ relicto sub ea condicione *si Titio non nupserit.* Nec enim talis condicio iniungit viduitatem cùm alii cuilibet satis commodè possit nubere, inquit Caius in *l. cùm ita 63. De condition. & demonstr.* Denique vt alia pleraque magistratus inuestigare debet cùm dat tutorem, ita & præcipuè mores creandorum, nec enim solæ facultates nec ipsa dignitas ita sufficiens est ad fidem vt bona electio, vel voluntas, vel benigni mores vt ait Modestinus in *dict. l. scire §. penultim.* Subiiciens in *§. vltim.* illud ante omnia obseruare debere magistratus ne creent eos qui seipsos volunt ingerere vt creentur, quique adeò in eam rem dant pecunias. Hi enim non modò ad tutelam admittendi non sunt, sed etiam puniendi qui tam malo consilio támque malo more tutelam affectauerint vt scripsimus ad *Princip. t. illat.* 18. Nam & aliàs dici solet suspectum eum esse qui se ingerit, vt loquuntur, vel si melius loqui volumus, qui operam suam ingerit inuito. Sic enim loquitur Vlpian. in *l. quæ omnia* 25. *D. de procurator.* Quamquam alia etiam pœna est eius qui tutelam affectauit, vt nimirum tutelæ sic affectatæ ipsum non excusent quominùs aliam tutelam suscipere cogatur, etiam à qua posset alioquin se excusare *§. item tria onera infr. De excusat. tutor.* Ad hanc illationem illud quoque pertinet quod Imperatores constituunt in *l. vlt. C. qui tutor. dare dar. ive poss.* vt neque patrimonialis colonus id est qui sit ex patrimonio Principis, neque alius quisquam qui priuilegium aliquod excusationis habeat, tutelæ muneris officio adstringi possit, *ne*, inquiunt, *magistratuũ vlteriùs procedat licentia*, vt intelligamus, quemadmodum non est liberum magistratibus omnibus vt dent tutores, sed iis tantùm quibus dare permissum est, ita neque iis licere, vt dent quos velim, Propter quam causam ita conceptos est *tit. C. qui dare tutor. vel curat. poss. & qui dari non poss.* quoniam ratione dare possunt ij tantũ quibus specialiter cõcessũ est vt dẽt. Dari verò possũt

d. l. scire §. 1.

l. cùm ita 63. De cond. & demonst.

d. l. scire §. pen. De tut. & cur. dat. & §. vlt.

l. quæ omnia 25. D. de procurat.

§. item tria onera infr. de exc. tut.

l. vlt. C. qui tutor. dare dar. poss.

Tit. C. qui dar. tut. vel curat. poss. & qui dari non poss. Cur tit. cõceptus.

omnes niſi qui ne dentur prohibiti ſunt. Itaque tutorem dare eſt de genere permiſſorum, ne dicam prohibitorum. Tutorem verò fieri eſt de genere permiſſorum. Proinde ſi quis quærat Cur hic vel ille magiſtratus tutorem dare poſſit, non bene reſpondebitur ſi dicatur, quia dare prohibitus non eſt, ſed reſponderi oportet quia ius dandi datum ei eſt. Si verò quæratur quo iure hic vel ille tutor dari poſſit, bene reſpondebit qui dicet, quia non eſt prohibitus dari. *l. penult.* D. *de tutor. & curat. dat.* in cuius ſpecie cùm dat tutor ideò appellaſſet quòd diceret ſe non debuiſſe collegam ei dari quem ipſe cùm magiſtratus eſſet nominauerat ſuo periculo, ne in vna tutela duplex periculum ſuſtineret, condemnatus eſt ab Imperatore, non alia ratione quàm quòd nuſquam prohibitum ſit eum tutorem dari qui iam fideiuſſor ſit pro tutore. Inter eos verò qui dari non poſſunt ponitur maritus, qui licèt adfectionem rebus vxoris ſuæ debeat, curator tamen ei dari non poteſt *l. 2. C. all. tit.* quod quam rationem habeat ſcripſimus ad *Princip. præcedens illat.* 5. Item is qui luminibus captus eſt *l. 3. eod.* Quomodo enim negotia bene tractare poteſt qui ea non videt? Loquimur ſiquidem de illo, qui vtroque oculo orbatus eſt, de quo & *l. vnic. C. qui morbo*: nam qui vnum oculum habet tutor vel curator fieri non prohibetur *l. frater 9. C. de excuſ. tut.* Si tamen poſtea cæcus fiat deponere tutelam poteſt *l. poſt ſuſceptam* 40. D. *eod.* Immò vt deponat, etiamſi nolit, cogendus eſt cùm ex eo tempore deſierit eſſe idoneus ad eam adminiſtrandam. Item qui militiæ armatæ muneribus occupatus eſt, neque ſi legitimus ſit, neque ſi ex teſtamento datus fuerit, nec alio modo etſi voluerit tutor vel curator fieri poteſt, adeò vt ſi errore ductus putánſque ſe tutorem res adminſtrauerit, negotiorum geſtorum non tutelæ actione ſit conueniendus *l. militiæ 4. C. qui dar. tutor. poſſ. § idem & in milite infr. De excuſat. tutor.* Militiæ enim aut ſuis negotiis vacare milites debent non alienis, ideóque alienarum rerum conductores ſeu procuratores aut fideiuſſores, vel mandatores conductorum fieri prohibentur à Leone in *l. milites 31 C. de locat.* ne, inquit, omiſſo armorum vſu ad opus rureſtre ſe conferant, & vicinis ſuis graues cinguli militaris præſumptione exiſtant. Armis autem non priuatis negotiis occupari debent, vt numeris & ſignis ſuis iugiter inhærentes rempublicam à qua aluntur ab omni armorum ne ceſſitate defendant. Ex quo apparet non tantùm priuilegij iure hoc habere milites vt tutelæ onus ſuſcipere non cogantur, ſed etiam conſtituto iure fieri vt tutores eſſe non poſſint. Nam ſi priuilegium hoc eſſet, poſſent milites fauori ſuo renunciare *l. penult. C. de pact.* iunct. *l. pactum* 46. D. *eod.* At nec volentes poſſunt eſſe tutores *d. l. militiæ. l. ab adminiſtratione* 8. *C. de legat.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt militem, qui legatum meruit eo ipſo teſtamento quo tutor etiam factus eſt quamuis tutor eſſe nequeat, non eo minus tamen legatum conſequi debere, quandoquidem non tam propria voluntate quàm legibus impeditur ne tutor eſſe poſſit. Sanè qui miles non eſt licèt antea fuerit, tutor quidem eſſe poteſt ſi velit, ſed ſi nolit, habet iure publico excuſationem & remiſſionem tutelarum aduerſus quemlibet priuatum, dummodò militiæ tempus honeſtè compleuerint *l. ſed & milites* 8. *D. de excuſ tutor.* vbi tamen ſubiicit Modeſtinus non idem priuilegium ei dandum eſſe aduerſus eorum filios qui eidem ordini communicauerunt, niſi intra annum dimiſſionis, quo tempore ferè eſt vt adhuc miles eſſe videatur, cùm & iure militari tantiſper teſtari poſſit. At poſt annum ideò priuilegium non retinet quia coæqualitas honoris.

l. pen. D. de tutor. & curat. dat.

L. 2 & 3. ill. tit. l. vnic. C. qui mor.

l. frater 9. C. de excuſ. tut.

l. poſt ſuſceptam 40. D. eod.

l. militia 4. C. qui dar. tut. poſſ. §. idem & in milite infr. de excuſ. tutor.

l. ab adminiſtratione 8. C. de legat.

l. ſed & milites 8. D. de excuſ. tut.

mili-

militiæ, fortior videtur priuilegio quod quis habet tanquam qui miles non hodie fit, sed olim fuerit. Excipe cum Modestino nisi fortassis aliàs habuerit iustas tutelæ excusationes, vt puta numerum annorum vel liberorum, vel aliquid tale, quale & priuatos aduersus omnes excusare consueuit. Nec enim priuilegij ratio potest tollere beneficium iuris communis, quod & potentius esse solet & debet. Siquidem odiosa sunt priuilegia omnia hoc ipso quod abhorrent à iure communi, indéque facilè fit quod vulgò iactitant nec malè probatur ex hoc Modestini loco, vt priuilegiatus non vtatur priuilegio contra priuilegiatũ. *l. si apud minorem* 12. D. *de minor.* quãquam brocardicũ illud periculosum est vt cætera ferè omnia & plerumque falsum vt colligi potest ex *l. verum* 11. *§. vlt. eo. tit. & l. vlt.* D. *ex quib. caus. maior. in integ. rest.* Addit tamen Modestinus priuilegiũ hoc veteranis datum vt post annum missionis tutores esse non cogantur, licèt iis prodesse nequeat contra militũ filios, profuturum tamen contra militum nepotes. Eorum enim qui militarunt nepotes, inquit, in eodem loco cum reliquis priuatis esse creduntur. Qui locus valde notandus est contra eos qui generaliter volunt in fauorabilibus filij appellatione semper nepotem contineri. De quo alibi latiùs & commodiùs dicendum nobis erit. Cætera quæ Modestinus ibidem persequitur apertiora sunt, quàm vt nostra egeant interpretatione, Obseruandum verò est Senatores hac in re minùs iuris habere quãm milites. Nam creari tutores possunt sicut & alii cõsiliarii quilibet etiam ijs pupillis qui non sunt ex consiliariis vel Senatoribus *l. & qui non sunt* 22. *De tut. & cur. dat.* Iis qui tutores vel curatores dari non possunt, iungẽdi sunt illi qui alterius prouinciæ sunt, quàm cuius præses est ille qui dat tutorem vel curatorem, & generaliter omnes ij qui dantis iurisdictioni subiecti non sunt, ita vt neque cessatio iniuncti perperam efficij ad periculum eorum pertineat *l. neque à præside* 5. *C. ill. tit. qui dar. tutor. poss.* Etsi enim suprà diximus ipsam tutoris datione non magis esse iurisdictionis, quàm imperij, quæ tamen datione ipsum & præcedunt & sequuntur, iurisdictionis sunt, vt puta inquisitio, & coactio quam fieri necesse est siue pignoribus captis siue commination pœnarum si tutelæ onus subire detrectet is quem magistratus dedit. De illo qui pupilli creditor sit dubitari probabiliùs potuit, an tutor dari posset, constat autem olim quidem potuisse *l. creditorem* 8. *C. eod. l. quoties* 9. *§. sicut autem* D. *de adm. tutor. l. fistulas* 8. *§.* 1. D. *de contr. empt. l. neque* 7. *C. de excus. tutor.* vbi additur similiter & debitorem posse tutorem esse sui creditoris *l.* 5. *§. debitor. D. de admin. tutor.* Hodie verò non posse post Iustin. *Nouell.* 72. vnde sumpta est *auth. minoris debitor eo. tit. C. qui dar. tutor. poss.* Visum enim est Iustiniano fauorem pupillorum itémq; adultorum exigere vt nihil omnino intercederet quod vel tantillum suspectã tutoris aut curatoris administrationem facere posset. Quamquam olim ne quidem his quæ inter tutorem & pupillum essent faciebat suspectum tutorem nisi vel de statu esset *l. si duas* 6. *aliàs l. athleta §. amplius D. de exc. tutor.* vel de omni ere pupilli bonis, aut saltem de maiore bonorum parte *l. si pupillum* 20. *& l. seq. eod. tit.*

l. si apud minorem 12. D. *de minor.* *Priuilegiatus contra priuilegiatum.* *d. l. sed & milites.*

l. neque à Præsides. C. *qui dar. tut. poss.*

Creditor vel debitor pupillaris an tutor vel curator dari possit. *Nouell.* 72.

l. si duas 6. *aliàs l. athleta §. amplius D. de exc. tutor.*

ILLATIO XIX.

De magistratu municipali dante tutorem qui sit ex alia ciuitate.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt si quãdo desint in ciuitate ex qua pupilli oriundi sunt, qui ad tutelam idonei videantur, non idcirco liceat

magistratibus municipalibus vindicare sibi arbitrium dandi tutorem aliquem ex vicina ciuitate, quia nimirum ius dandi tutores licèt datum sit magistratibus municipalibus, non tamen absolutè ac simpliciter datum est, sed limitatè, illum qui sit ex eodem municipio vel ex agro eiusdem municipii *l.3. D. de tut. & curat. dat.* Quia nec in alios quàm qui tales sint vllam habere possunt iurisdictionem. Tutoris autem datio licèt non sit iurisdictionis, exigit tamen iurisdictionem propter cætera, quæ sunt præcedentia & consequentia dationi, quæ sine iurisdictione expediri non possunt vt proxim. è diximus. Quid ergo faciēt magistratus isti si nullum ex municipij sui agro tutorem dare possint? Officiū eorū est inquirere ex vicinis ciuitatibus honestissimum quemque & eorū quos idoneos inuenerint, nomina præsidi prouinciæ mittere, qui postea ex iis tutorem sit electurus *l. Diui 24. eod. tit. l. 1. §. si quando D. de magistr. conuen.*

l.3. D de tutor. & curat. dat.

l. Diui 24. eod. l. 1. §. si quando D. de magistr. conuen.

ILLATIO XX.

De *tutore dato minori quasi minori.*

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt si minori tutor datus sit quasi minori vsque adeò inutilis datio sit, vt neque vlla excusatione tutor egeat, neque ob id magis obligetur quòd tutelam non gesserit. *l. Seia 26. D. de tutor. & curat. dat.* Nempe quia nullo iure datus fuit, cū nulli vnquā magistratui datum sit ius dandi tutorem minori quasi minori. Curator enim minori tanquam minori dandus est, non tutor. Atè contrario tamen si curator impuberi datus sit, quacūque ex causa ex qua placet etiam impuberi curatorē dari, puta iam haberet tutorem, licèt tanquam impuberi datus sit, rectè curator datus intelligitur, sed ita vt non nisi in diem pubertatis tutor perseueret in eadem cura *l. curatorem 25. eod. tit.* quia tanquam tutor potiùs quàm quasi curator datus fuit qui datus est pupillo tanquam pupillo non tanquam adulto. Ergo cùm pupillus desinit pupillus esse, hunc quoque necesse est desinere esse curatorem: quamuis ætas superueniens nihilominùs immò tantò magis capax sit curæ. Itaque pupillus ex impubere factus pubes alium sibi curatorem petere debebit, vt ait Paulus in *d. l. curatorem*, ne alioqui sine curatore sit, si alium non habeat, quàm quem in pupillari ætate tanquam pupillus acceperat.

l. Seia 26. D. de tutor. & curat. dat.

l. curatorem 25. eod. tit.

ILLATIO XXI.

De *ingenuis non dandis tutoribus vel curatoribus pupillo libertino.*

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, vt libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores dare præses non possit nisi omnimodo in illo loco penuria sit libertinorum *l. pupillo 27. §. 1. eod. l. 1. §. libertinis D. de excus. tutor.* quia licèt permissum sit magistratibus dare tutorē vel curatorem libertinis pupillis perinde ac cæteris cùm sint æquè liberi & ciues, quorum omnium salus ad reipublicæ vtilitatem pertinet, attamen ex eiusdem reipublicæ dignitate fuit vt non permitteretur magistratibus alios libertinis tutores dare quàm qui essent libertini, ne aliter posito iure confusa eorum condicio videretur cū ingenuis, quos tamen & melioris, & dignioris condicionis vt sunt ita & censeri debere certum est *d. §. libertinis.* Ergo si quæratur Cur ingenuus tutor libertino datus tutor non sit, ratio alia quærenda non est, quàm quia magistratus non habuit

l. pupillo 27. §. 1. eod. l. 1. §. libertinis D. de excus. tutor.

ius

ius eum dandi,si non pecunia libertinorum omnimodo fuit: Ideò autem non habuit,quoniam tale ius ei datum non est, quinimò è contrario prohibitum per orationem Diui Marci,ne libertinis ingenui tutores darentur,aut curatores.Idque adeò verum est, vt ingenuo contra orationem illam dato si is non se excusauerit dubitatum sit an tutelæ iudicio conueniri possit.Fuitque in eam rem necessarium rescriptum Seueri quo continetur vt si hic administrationis suæ rationes non bene reddiderit,obligatus sit tutelæ *d.§.libertinis*,vbi ait Modestinus ita rescripsisse Seuerum,quòd impuberum curam haberet.In quo notandum est,non id rescripto factum esse,vt ingenuus libertino tutor datus iudicio tutelæ conueniri possit ad rationes reddendas,cùm nec fuerit vnquam tutor,sed vt nisi rationes iuste reddiderit, incipiat esse obligatus iudicio tutelæ in omne id quod interest pupilli bene iustéque redditas fuisse rationes. Itaque redditio rationum in præstatione erit magis quàm in obligatione & actione tutelæ,Non redditis verò rationibus,vel minùs iustè redditis, idipsum veniet in iudicium tutelæ quod interierit pupilli. Eóque sensu accipiendum videtur, quod scriptum est in *d.§.libertinis*,hunc tutorem perseuerare:nimirum vt iudicio tutelæ perinde teneatur indemnitatem pupillo præstare acsi reuera tutor esset:ne melioris conditionis sit qui contra, quàm qui secundum leges tutor datus fuit.Alioquin,quid obsecro erat necesse rescribi à Seuero fauore pupillorum,vt esset hic obligatus iudicio tutelæ nisi iustè rationes redderet,si reuera tutor fuisse dici posset? *d.§. libertinus.*

ILLATIO XXII.

De tutore vel curatore dato eo,qui peregrè agat.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, vt si peregrè agant qui tutores vel curatores dati sunt,ad magistratuum,qui eos dederunt, curam pertineat vt intra trigesimum diem notum id faciant eis quos dederunt. Sic enim Diuus Marcus rescripsit *l.vlt.D.eod.tit.De tutor.& curat.dat.* Nimirum quoniã quisquis tutorem vel curatorem dandi ius habet,is dare iubetur *l. 2.§. si mater D. ad SC. Tertyll.* vt cautum sit & consultùm pupillo.Quid autem interest an tutor nullus datus sit an ita datus,vt se datum nesciat is qui datus fuit? Itaque cõueniens fuit ad magistratuum curam pertinere vt tutor non tantùm daretur, sed etiam datum se sciret,ne alioqui periculum tutelæ quod ignorantem tutorem numquam obstrinxit in magistratum ipsum recidere, aut quod esset iniquius,in pupillum ipsum redundare oporteret. *l.vlt.D de tutor. & curat.dat. l.2.§. si mater D. ad SC.Tertyll.*

PRINCIPIVM V.

Qui tutores petere debeant.

IMpuberi,quia tutorem sibi ipse petere non potest, ab aliis tutor petendus est, sed aliter atque aliter.Sunt enim qui tutorem petere non solùm possunt,sed etiam debent,nec tamen coguntur, vt sunt necessarij & cognati & qui secundum adfinitatem sunt, id est post adfines, familiares parentum masculorum & fœminarum, itémque amici parentum & educatores ipsorum pupillorum *l. 2. in princip. D. qui pet. tutor. l. si filius 4. Codice eod.* Alij *l.2 in prine. D. qui pet. tutor.l si filius 4.C.eo.*

Digitized by Google

tutorem petere non solùm possunt & debent, sed etiam coguntur vt puta matres & liberti. Mater enim expellitur à legitima filij hereditate quasi quæ indigna sit ei succedere cui tutorem petere neglexit. Liberti verò etiam puniũtur si non eos tutores petierint, qui legitimi sint defensores. *d.l.2.§.1.& seq. D.eod. l.2.C.eod.* Alij denique nec debent nec possunt etiamsi velint, puta quorum nihil interest: sed etsi eorum interlit non prius tamen audientur tutorem impuberi petentes aut puberi curatorem, à magistratu, quàm admonuerint eos qui iis habeant petendi? *d.l.2. aliàs l.Dnus §.si quidem & §.vlt.D.eod.l.1.C.eo.* Nec enim facilè permittendum fuit cuilibet se ingerere negotio non tantùm ad personam alienam, sed etiam ad magistratuum ipsorum curam pertinenti, *l. culpa est 36.De regul.iur.l.quæ omnia 25.D.de procur.* ne alioqui magistratuum negligentiam hoc ipso tacitè incusare videretur. Quod autem de libertis diximus generaliter accipiendum videtur de omnibus, id est etiam quantum ad eos qui patroni patronæve liberis tutores tamen esse non cogerentur. Nec enim libertus aliis patroni patronæve liberis tutor esse cogitur, quã qui patronatus iura sperare possunt *l.libertus 14 D.de tutor. & curat. dat.* In quorum numero non sunt liberi eius qui fidoicommissariam libertatem soluit *l.nequaquã 24.D.de excus.tutor.* aut ij etiam qui libertum capitis reum postularunt *l.si quis à liberis 5.§.sed & patroni D.de agnosc.liber.* Item qui à patrono sunt nominatim exheredati. Addo enim *nominatim* vt excludam exheredationem tacitam quam facere miles creditur tũm etiam cũm præterit filium. Etsi namque militis præteritio pro exheredatione est, non tamen vsque adeo silentium patris filio nocere debet, vt eum excludat à bonis libertorum saltem auitorum. *l.Paulus 47.§.vlt.D.de bon. libert.* vbi quod additur, Idem responsum esse etiam de bonis libertorum paternorum, meritò suspectum visum est Cuiacio, & ab eo emendatum *lib.14 obser.cap.5.* addita scilicet negatione. Constat enim quod ad libertos paternos attinet, contrà responsum esse ab Vlpiano in *l.si patronus 12. eod.tit.* nocere liberis patroni militis tacitam quoque exheredationem, Nimirũ si miles sciat eum se filium habere *l.sicut 9.C.de testam.milit.* neque hac parte interest quicquam inter tacitã & expressam exheredationẽ, nisi quod expressa à patre facta liberos summoueret à bonis libertorum non modò paternorũ, sed etiã auitorũ, quãuis è cõtrario quæ ab auo facta esset, nõ ęquè iis noceret quod ad bona paternorũ. *l.si ex patronis 10.§.Iulianus. l. vnus filio 27.D.de bon.libert.* In eodem liberorũ patroni numero qui patronatus iura sperare nõ possunt ponendi sunt etiã liberi eius qui cõtra legẽ Aeliã Sentiam à liberto iusiurandum exegit ne vxorẽ duceret. *l.qui contra 15. D.de iur.patr.* itémque eius qui nõ aluit libertum *l.si patronus 33. D de bon.libert.* Denique liberi eius, qui libertatis causa imposita libertæ remendidit. *l.Iulianus 37.eod.tit.* Cęterũ quãuis omnibus his casibus libertus non cogatur esse tutor liberorũ patroni, non eo minùs tamẽ cogetur vt puto petere is tutorẽ, nisi obsequij deserti periculũ subire velit vt loquitur *d.l.2.C.qui pet.tutor.* quæ sicut generaliter & indistinctè concepta est, ita generaliter & indistinctè videtur intelligẽda vt liberti ex hac causa apud prætorem vel prætorem accusati puniantur vt emendentur si apparuerit vel propter negligentiam, vel propter malitiam non petiisse *l.1.§. liberti D.eod.* Sicut enim multò minus & leuius onus est vt cogatur libertus tutorem petere filio patroni, quàm vt cogatur ipsius tutelam suscipere, ita difficilius est vt ab illo, quã vt ab hoc onere debeat excusari. Et hæc quidẽ de libertis dixisse sufficiat.

d.l.2.§.1.& seq l.2. C. eod.

d.l 2 aliàs l.Dnus § si quidem & §. vlt.l.1.C. eod.

l.libertus 14.D.de tutor. & cur. dat.

l.nequaquã 24 D de excus. tutor.l. si quis à liberis 5.§. sed & patroni D. de agnosc. liber.

l. Paulus 47.§ vl. De bon.libert.

L. si patronus 12. eod. tit.

l. sicut 9. C. de testam. milit.

l si ex patronis 10.§ Iulianus l.vnus filio 27. D.de bon. libert.

l,qui contra 15.D.deiur. patron. l. si patronus 33. de bon. lib. l. Iulianus 37.eod.

d.l.2.C. qui pet. tutor. l.1.§. liberti D.eod.

Digitized by Google

cist. De matre verò extat epistola Diui Seueri ad Cuspium Rufinum, cuius verba hęc Modestinus refert in *d.l.1.§.quæ autem, Omnẽ me rationẽ adhibere subueniendi pupillis cùm ad curam publicam pertineat liquere omnibus volo: Et ideò quæ mater, vel non petierit tutores idoneos, vel prioribus excusatis reiectíue non confestim aliorum nomine dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* De cuius constitutionis sententia & interpretatione videnda sunt, quæ pluribus, & sigillatim persequitur Vlp. in *l.2.§. si mater D. ad SC. Tertyll.* ad finẽ vsque illius legis, in qua sunt omnia ita plana, vt nec nostra, nec alterius egeant explicatione. Illud potissimũ obseruatione dignũ est, quod scribit ille in §. *vlt.* eiusdem legis, matre prohibita ius suũ vindicare quod habet ex senatusconsulto Tertylliano, vt filio intestato succedere possit, eos admittẽdos esse ad hereditatẽ, qui venirẽt si mater in medio non fuisset. Nõ enim sic accipienda est constitutio, quasi matrem ipsam dicamus heredẽ fieri, vel aliud nomen successionis induere, sed tamen denegandas ei actiones. Quo admisso fa tendum esset fisco delatũ iri hereditatem, quæ scilicet matri iã non solùm delata, sed etiã acquisita rursus alteri amplius per legẽ deferri non posset, multò minùs verò citra delationem acquiri, vt in *l.1.in prin.& l.2. D. si quis aliq. testar. prohib. l. cùm fisco 9. & tot. tit.* D. *de SC. Silan.* Idque posset etiam quis existimare ob id, quod Modestin. in *d.l.2.§.1.* D. *qui pet. tutor.* scribit matrem indignam esse quæ accipiat legitimam filij hereditatem cui tutorem petere neglexit. Quæ enim quasi indignis auferuntur solent fisco deferri *l.2. & tot. tit. De his quæ vt indign. auffer. D. & C.* Sed in proposito casu non ita est, quia constitutionis verba sic ferunt, vt non habeat mater ius vindicandorum sibi bonorum filij intestati, hoc est vt non possit ei prodesse senatusconsultum Tertyllianum, Quo tamen sublato superest ius vetus legis 12. tab. ex quo agnati proximi ad successionem inuitantur. Quod si nullus sit agnatus tunc bona vacabunt, & ad fiscum non tanquam caduca, sed tanquam vacantia deuoluentur *d.l.2. in fin. l. vlt. D. de succes. edict.*

d.l.1.§. quæ autem.

l.2.§. si mater D. *ad SC. Tertyll. §. vlt. d. l.2.*

l.1. & 2. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coeg. l. cùm fisco 9. ad SC. Silan. L.2. §. 1. D. qui pet. tut. l.2. De his quæ vt indig. auffer. d.l.2. in fin. l. vlt. D. de succes. edict.

ILLATIO I.

De tutore petito per eum qui aduersus est cum pupillo.

EX hoc Principio illud primum fit quod scriptum est in *d.l.2. aliàs l. Diuus §. siquidem* D. *qui pet. tutor.* Si aliquis fœnerator, vel legatarius, vel alius necessariam habeat aduersus pupillum persecutionem, Non posse quidem ipsum tutorem petere pupillo, sed debere rogare eos qui petere possunt, vt petant, Vel si hi neglexerint, tunc accedere ad præsidem eique hoc ipsum dicere, vt cõstituto legitimo tutore ea aduersus pupillum persecutio moueatur. Quò etiam pertinet, quod ait *l.1.* C. *eod.* Si aduersus adolescentem agere quis velit, debere illum ante omnia admonere adolescentem, vt curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistat: Qui si in petendis iis cessabit, tum demùm adeundũ esse iudicẽ cõpetentẽ, vt in dãdis curatoribus officio suo fungatur. Est enim hic vnus ex iis casibus in quibus inuito adolescẽti curator datur, scilicet in litẽ, cùm non habeat legitimã personam stãdi in iudicio *l.1.& tot. tit. C. de in lit. dand. tutor. vel curat. l.2. & tot. tit. C. qui legit. person. stand. in iudic. hab.* De quo iã diximus ad *Prin. primũ illat. §. supr. eo.* Etsi alius hac parte tractatus est de pupillo, alius de adulto. Pupillus enim tutorem sibi numquam petit, Adultus sibi petit, aut per se ipsum si adsit, aut si absit per

d. l. 2. aliàs l. Diuus §. siquidem D. qui pet. tut.

l.1. C. eod.

l.1. C. de in lit. dand. tutor. l.2. C. qui legit. person. stãd. in iudic. hab.

procuratorem. Alij verò non licet curatorem petere minori *d.l. 2.§. hæc quidem & seq.* quasi hęc res æstimationem ipsius suggillare videatur. Idque adeò verum est, vt si tutor ei quæ pupilla fuit ignoranti, nec mandanti curatorem petierit, eúmque curatorem magistratus dederit, non iure datus curator dici possit, periculúmque eorum quæ ipse gesserit agnoscere cogatur ille qui petiit *d.l.2.§.curatorem.* Adultam tamen quæ nec petiit, nec mandauit sufficiet consensisse *l.mutus* 43.*§.is qui curatorem* D.*de procurat.* Sed etsi matris iudiciũ Princeps secutus curatores filiæ ipsius dederit, licèt dubitari non possit, quin valeat datio, quæ à Principe ipso facta est, periculum tamen administrationis curatorum ad matrem pertinebit, vt ex Paulo subiicit Modestinus in *d.§.curatorem.*

d l.2.§.curatorem l.mutus 43. §.is qui curatorem.

ILLATIO II.

De *petendo etiam curatore per matrem.*

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quamuis constitutio quæ matrem solli-
citã esse iubet de tutore liberis suis impuberibus petendo nõ nisi de tutore
locuta sit, porrigi tamẽ debeat etiã ad curatorẽ si quo casu impuberi curatorẽ
peti oporteat *l.1. D.qui pet.tut.* Eadẽ enim ratio est huiusmodi curatoris peten
di, quę & tutoris, cùm nõ nisi impuberi & tãquam impuberi detur *l.2.§.quid si curatores D.ad SC.Tertyl.* vbi dicitur nõ fieri hoc ex rescripti verbis, quę pro-
culdubio deficiunt, sed ex sententia cõstitutionis, cuius vtique nõ alia mẽs fuit
quàm vt pupillis prospiceretur. Hunc verò curatorem tutoris iure ac loco cen
seri ex eo quoque intelligimus, quod scriptum est in *l.curatorem* 25.D.*de tutor. & curat.dat.* perseuerare illum curatorem in diem vsque pubertatis duntaxat,
Post pubertatem verò alium curatorem sibi petere pupillum debere: quod
non verè diceretur si curator impuberi tanquam minori datus esset, quia ma-
neret tandiu curator, quandiu ille minor.

l1. D. qui pet. tutor. l.2.§ quid si curatores D. ad SC. Tertyll. l.curatorem 25.D.de tut. & cur. dat.

ILLATIO III.

De matre quæ perfunctoriè tutorem petiit filio.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt si mater petierit quidem filio tutorẽ, sed
puritatis gratia, id est perfunctoriè ac vt aliàs loqui prudentes solent dicis
causa *l.4.D.commod.l.1.§.excusantur* D.*de SC.Silan.* & ob id tantùm vt possit
dicere officium à se desertum non fuisse, atqueita petierit tutorem eum qui
dimitti poterat quod iustam haberet excusationem, deinde dimisso eo, vel re-
iecto alium rursum non petierit, vel ex studio & data opera malos tutores pe-
tierit, non eo minùs incidat in sententiam constitutionis *d.l.2.§.1.* Quid enim
refert an mater tutorem nullum petierit an eum quem petere non debuit, aut
cuius petitio nullum habuerit effectum? *l.quoties* 6.*D.qui satisf.cogant.l.2.D.de autor.tutor.* Denique non potest videri satisfactum constitutioni quandiu in eo
rés est, vt nondum pupillus eum tutorem habeat cuius consilio & prudentia
regi possit, & indemnis seruari.

l.4.D. commod.l. 1.§. excusantur D. de SC. Silan. d.l.2.§.1.D. qui pet. tut.

ILL.

Digitized by Google

ILLATIO IV.

De matre quæ non petiit confirmari tutores per patrem minùs rite datos.

QVartò ex eodem Principio fit vt si pater minùs legitimè tutores vel curatores testamento, aut codicillis dederit filio impuberi, nec mater eos decreto confirmari petierit perinde incidat in constitutionem, acsi cessasset in petendis tutoribus filio cui pater tutores nullos dedisset. Cùm enim nihil prorsus referat an tutorem nullum pater dederit, an minùs legitimè dederit, consequens est, vt vtroque casu perinde mater teneatur siue non petierit dari tutorem à magistratu cùm nullum pater dedit, siue non petierit eos confirmari quos pater inutiliter dedit *l. vlt.* D. *qui pet. tutor.* vbi addit Tryphoninus si tamen puribus idoneis tutoribus datis vnus eorum, vel decesserit, vel temporalem excusationem acceperit, matrem quæ propterea in locum illius alium non petiit, quia numerus reliquorum administrationi tutelæ sufficiebat, incidere quidem in verba cõstitutionis, sed nihilominùs sententia excusari. Non enim tam id agit constitutio, vt matrem puniat, quàm vt pupillo consulat, quem proinde satis est damnum ex matris negligentia nec passum esse nec pati potuisse. Ex quo apparet quod contrà scriptum videtur in *l. 2. §. quid ergo si non fuerint & seq.* D. *ad SC. Tertyll.* sic accipi oportere si numerus qui superest tutorum, nec excusatorũ, nec reiectorum non sufficiat administrationi, vt ob non petitos alios in locum demortuorum, vel excusatorum credibile sit pupillum aliquod damnum, vel passum fuisse, vel pati potuisse. Nec sanè ad pupilli vtilitatem valde pertinet, vt plures habeat tutores quàm quot necessarij sint ad tutelam bene administrandam, cùm superuacuus numerus plerumque sit potiùs impedimento quàm vsui pupillo, propter dissensiones quas tutelæ, vt & cæterarum rerum communio excitare solet, ita ferente naturali hominum omnium ad dissentiendum facilitate *arg. l. cum pater* 77. §. *duleßimis de legat.* 2. iunct. *l. item si vnus* 17. §. *principaliter* D. *de recept. qui arbitr. l. 3. in principio* illis verbis *ne vtilitates furiosi impediantur* D. *de admin. & peric. tutor.* iunct. §. *apparet eiusd. leg.* Adeò autem vtilitas pupilli in hac quæstione totum facit, vt etiamsi mater filio suo impuberi qui soluendo non erat, nullum prorsus tutorẽ petierit, ei tamen ignoscendum sit, quasi quæ consuluerit pupillo, vt minùs inquietaretur, quasi indefensus *dicta lege* 2. §. *etiamsi* C. *ad SC. Tertyll.* Cui simile illud etiam est quod in eiusdem legis §. præcedente tradat Vlpianus, si pupillo amplum legatum sub condicione relictum sit *si tutores non habuerit* & propterea mater ei non petierit ne condicione deficeretur cessare constitutionem si damnum quod sensit pupillus ob id, quod non habuit tutorẽ minus sit cumulo legati, Exemplo, inquit, eius quod in magistratibus municipalibus nõ dissimiliter tractatur. Dandã scilicet in eos actionem quarenus plus esset in dãno quàm in legato, nisi fortè quis putet cõdicionẽ hãc quasi publicę vtilitati repugnantẽ remittendã esse, vt alias pleraſque, aut verba testamenti cauillatus quæ de tutoribus tantùm locuta fuerant, imputare velit matri cur filio non petierit curatores. Sed finge vt quæstioni locus superſit plenius conscriptam esse condicionẽ, vt in ea non solũ de tutoribus locutus fuerit testator, sed etiã de curatoribus. Nõne erit ignoscendũ matri? An fortè adhuc ei imputabimus cur non desideraucrit à Principe remitti condicionẽ quæ nec

l. vlt. D. qui pet. tutor.

l. 2. §. quid ergo si non fuerint & seq. D. ad SC. Tertyll. Pluralitas tutorum pupillo damnosa.

d. l. 2. §. ego etiamsi D. ad SC. Tertyll. & §. præced.

edicto prætoris remissa fuit, nec decreto remitti potuerit. Verius igitur est, vt concludit Vlpianus his omnibus casibus nihil esse matri imputandum, quia nec damnum vllum pupillus sensisse intelligitur.

ILLATIO V.

De *matre quæ non petiit adiungi tutorem ei qui suspectus dictus fuit.*

QVintò ex eodem Principio fit vt si suspecto tutore pupilli accusato decretum erit alios ei adiungi oportere, mater eos quoque petere debeat, & si non fecerit incidat in sententiam constitutionis *dicta lege vltima §. vlt. §. sed si suspecto D. qui pet. tut.* Non incidit quidem in verba constitutionis, quia constitutio locuta non est, nisi de matre quæ non petiit tutorem filio non habenti, aut in locum defunctorum, vel excusatorũ, vel remotorum. In hoc autem casu pupillus tutorem habet qui nõdum remotus est. Nec enim statim atque accusatur quis de suspecto, remouetur tanquam suspectus, sed magna causæ cognitio adhibẽda est ne facilè infamia irrogetur, quamũis interim administratione ipsi interdicatur *l. eum quem 7. C. de susp. tut. §. si quis autẽ Instit. eod. l. quod si forte 14. §. 1. in fi. D. de solut.* aut si mitiùs agere iudex volet curator ei adiungatur, qui acta eius obseruet ac prouideat ne quid in pupilli necem fiat vel prætermittatur ab eo qui suspectus videri incipit hoc ipso quod de suspecto accusatur. Incidit tamen hæc mater de qua agimus in sententiam constitutionis, quia sic pupillus iste tutorem habet, vt longè melius ei futurum sit nullũ habere quàm talem habere qui sit suspectus si nõ ei curator adiungatur. Itaque nõ minus offendit pupilli vtilitatem mater quæ huic tutori non quęrit adiungi curatorem, quàm si filio tutorem non habenti non quæreret tutorem. Quid ergo si mater non fecerit suspectum tutorem, qui tamen suspectus fieri & poterat & debebat? Certum est non contineri eam verbis constitutionis. Sed an sententia continebitur? Nec enim negari potest quin per huiusmodi omissionem fiat vt pupillus damnum patiatur. Sed tamen magis est, vt in pœnam constitutionis nullomodo incidat, quòd tale factũ æstimare ac diiudicare, id est an suspectus postulari tutor debeat necne, virilis animi est, & potest etiam delicta ignorare mater satisque est eam petiisse talem tutorem qui habita per prætorem inquisitione idoneus apparuerit. Et ideò nec iudicium eius sufficit ad eligendos tutores, sed inquisitio fit etiamsi maximè in bona propria liberis suis testamento tutores dederit *d. l. vlt. D. qui pet. tutor.* Nec est contrarium, quod Vlp. scribit in *d. l. 2. §. quid si non compulit D. ad SC. Tertyll.* plenum officium à matre desiderari. Neque enim negari potest quin plenum officium præstiterit mater quę curauerit dari filio tutorem qui ex inquisitione idoneus sit repertus, licèt postea idem ille fiat suspectus.

l. eum quem 7. C. de suspect. tutor. l. quòd si forte 14. §. 1 in fin. D. de solut.

d. l. vlt. §. vlt. D. qui pet. tutor. l. 2. §. quid si non compulit. D. ad SC. Tertyll.

ILLATIO VI.

De *filio defuncto pubere cui mater non petierat tutorem.*

SExtò ex eodẽ Princ. fit, vt si filius hic cui mater tutorẽ petere debuit, nec petijt, decedat pubes quãuis ab intestato, non eo minùs mater ipsi succedat ex

Tertyl-

Tertylliano *l.matres 3.C.ad SC.Tertyll.* Nec enim ad hunc casum Seueri constitutio pertinet, sed ad illum præcisè quo filius cui mater tutorem non petiit impubes decesserit, Nempe quia culpam matris videtur deleuisse voluntas filij qui cùm iam pubes factus testamentum facere posset, aliúmque sibi heredem pro arbitrio eligere, maluit tamen decedere intestatus vt matrem heredem haberet, atque ita eam tacito quodam iudicio heredem instituisse intelligitur *l. 3.in princip.l.conficiuntur 8.vers.sed ideo D.de iur.codicill.l.ab exheredati 126.de legat.1.* Certum autem est non eam fuisse mentem Seueri vt matri quæ tutorem non petiisset auferret filij hereditatem quam filius ipse siue expresso siue tacito iudicio matri relictam voluisset, sed eam tantùm quæ ex mero solius Senatusconsulti Tertyll. beneficio matri deferretur si constitutio non obstaret. Cùm enim filius moritur impubes, non potest mater dicere se vocatam siue expresso siue tacito filii sui iudicio quod nullum est, quamuis defuncto ei puberi perinde succedat mater ex Tertylliano, atque si impubes decessisset.

l matres 9. C.ad SC. Tertyll.

l.3.in princ. l. conficiuntur 8 D. de iur.codicill. l.ab exheredati 126. de leg.1.

ILLATIO VII.

De fideicommisso conseruando matri quæ non petijt filio tutorem.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt si maritus vxori suæ fideicommissum relinquerit à filio impubere, cui mater non petiit tutorem, sub ea conditione *si sine liberis decesserit*, vel sub hac ipsa conditione *si intestatus mortuus erit*, fideicommissi petitio quæ mortuo filio competit ex alieno iudicio non possit dici perempta. *d.l.vlt.§.hæc autem D.qui pet.tutor.* quia scilicet non petiti tutoris pœna alia esse nequit, quàm quæ Seueri constitutione statuta est: constitutio autē non fuit locuta nisi de impuberis intestati hereditate, nec abstulit matri nisi quod Senatusconsultum Tertyllianum ei dederat, adeóque sub ea restrictione & limitatione si filius ille cui tutor petitus non esset in pupillari ætate decederet. Quod igitur mater alio iure habere potest, vtputa ex iudicio sui mariti aut alterius cuiuslibet, quamuis sub ea conditione, si filius intestatus moreretur, non est ei auferendum. Adieci *quamuis sub ea condicione si filius intestatus moreretur*, quia dubitabilior videbatur hic casus, quàm si fideicommissum matri relictum fuisset sub alia illa condicione *si filius sine liberis decederet*, quod & Tryphoninus insinuat iis verbis *vel sub hac ipsa condicione*, Nempe quia cùm eadem condicio sit sub qua vocatur eadem mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad legitimam filii hereditatem, facilius videbatur, vt eadem Seueri constitutio quamuis non nisi de legitima filij impuberis hereditate esset locuta, porrigeretur tamen ad ea omnia quibus eadem quæ hereditatis delationi condicio inesset, quàm ad cætera quæ sub alia planéque diuersa condicione deberentur: quale illud est quod matri restituere rogatus est filius sub ea condicione si sine liberis ipse decesserit, Nihil siquidem vetat filium hunc & testatum & sine liberis decedere, atque ita & constitutionis verba cessare, & fideicommissi condicionem existere. Immò & si verum amamus, cùm magis proprie dicatur sine liberis decedere ille qui liberos suscipere potuit nec suscepit (priuatio enim vt dici solet præsupponit habitum) suscipi verò liberi non possint nisi post annos pupillares, & consequenter in ea ætate in qua testamenti quoque faciendi ius est, fieri nequit vt Seueri constitutio quæ condicionem illam habet si filius impubes decesserit porrigatur ad fideicommissum, quod

d. l. vlt. §. hæc autem D. qui pet. tutor.

Digitized by

pater reliquerit vxori suæ à filio sub ea condicione si filius sine liberis moreretur. Quamquam fatendum est ab hac verborum proprietate nos recedere, cùm nihilominùs matri hoc fideicommissum deberi admittimus filio intra pupillares annos defuncto. Esset enim excludenda mater quasi defecta condicione si verba illa *si sine liberis* eo quem diximus modo acciperemus, id est priuatiuè, ac non potiùs abnegatiuè, quomodo loquitur Boer. *quæst. vlt.* Verum quippe est sine liberis eum quoque decedere qui liberos habere numquam potuit, non minùs quàm si habere potuisset. Vnde & illud est quod interpretibus nostris placet communiter, & ego non improbo si pater filio suo impuberi substituerit compendio verborum sub ea condicione *si sine liberis decesserit* non eo minùs admitti substitutum tanquam ex pupillari substitutione si filius hic in pupillari ætate, & quod est consequens sine liberis decesserit. Estque in eam rem hic textus meo iudicio apertus. Alioqui mortuo filio impubere mater, vt diximus à fideicommissi petitione excluderetur.

Condicio si sine liberis exiſtit etiã in perſona pupilli intra pupillares annos defuncti.

ILLATIO VIII.

De matre tutrice quæ conuolauit ad secunda vota non petito prius alio tutore.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt non sine ratione videri debeat quod ab Imperatoribus Theodos. & Valentin. constitutum est in *l. omnem* 6. C. *ad SC. Tertyll.* Omnem matri, siue ab intestato, siue iure substitutionis si filius impubes moriatur denegandam esse successionem si ea legitima liberorum tutela suscepta ad secundas contra sacramentum præstitum aspirauerit nuptias antequàm tutorem ei alium fecerit ordinari, eique quod debetur ex ratione tutelæ gestæ persoluerit. Quæ constitutio ad priorem illam de qua iam diximus constitutionem Scueri hoc addit, vt pupillaris quoque substitutionis iure priuetur mater, cui Seuerus legitimam duntaxat hereditatem filij abstulerat. Nec immeritò, quia multò grauior culpa est matris quæ non modò filium negligit oblita maternæ pietatis, vt genio suo indulgeat, sed etiam violat iurisiurandi religionem. Iidem enim Imperatores Theodos. & Valentin. qui primi concesserant matribus, vt liberorum suorum tutrices esse possent etiam citra beneficium rescripti principalis quod olim necessarium erat *l.* 2. C. *quand. mul. tutel. offic. fung. poteſt.* iunct. *l. vltim. D. de tutel.* illud quoque induxerant, vt antequam mater tutelam suscipere posset cogeretur iurare se ad alias nuptias non venturam. Quod & Iustinianus secutus est *Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient. capit.* 5. idem tamen postea sustulit *Nouell.* 94. *vt ſine prohib. matres &c.* vnde sumpta est *Authent. ſacramentum C. ll. titu. quand. mul. tutel. offic. fung. poteſt.* vbi scriptum est sacramentum hodie non exigi à matre de non conuolando ad secunda vota, sed tantùm expelli eam à tutela secundis nuptiis contractis. Idque ita constitui consentaneum erat sacrosanctæ religioni nostræ quæ sicuti secundas, tertias & deinceps alias vlteriores in Domino nuptias permittit, ita pati non potest, vt contrarium iusiurandum interponatur, per quod mulier quæ nubere prohiberetur, vti cogeretur. Sed & in proposita specie non

l. omnem 6. C. ad SC. Tertyll.

l. 2. C. quand. mul. tutel. offic. fung. poteſt. iunct. l. vltim. D. de tutel.

Nouell. 118. cap. 5. & Nouell. 94. vt ſin. prohib. matr.

Auth ſacramentum C. quan mul. tutel. offic. fung. poteſt.

non parum crescit matris culpa, ex eo, quod tutelam à se susceptam deserens relinquit filiũ indefensum, nullo ei alio petito tutore nullâque priùs reddita ratione suæ administrationis, Ob idque grauius eum puniri æquum fuit ablata ei non tantùm legitima, sed etiam testamentaria filij hereditate. Etsi enim de illo filio loquimur, qui testamentum facere non potest cùm sit & moriatur impubes, non eo minùs tamen habet hereditatem testamentariam si pater ei substituerat matrem pupillariter, quandoquidem notissimi iuris est pupillarem substitutionem esse testamentum filij *l.2.l.patris* 20.*& pass.*D. *de vulg. & pupill.subst.l.Papinianus* 8.*§.sed nec impuberis D.de inoff.testam.* Quid igitur si pater filio suo matrẽ substituerit non pupillariter vt in *d.l.omnes*, sed per fideicommissum, vt in ea specie quã proxima illatione tractabamus ex *d.l.vlt.§.hæc autem* D.*qui pet.tutor.* Deficiunt quidem verba constitutionis, sed non sententia. Etsi enim nihil commune habet fideicommissum cum pupillari substitutione, tamen multò facilius & iustius est, vt priuetur mater fideicommisso sibi relicto, quàm vt pupillari substitutione. Quoniam pupillaris substitutio in fauorem matris facta non solùm ad ipsius commodum & honorem respicit, sed etiam ad ipsius impuberis vtilitatem, cui vtique longè honorificentius est testamentarium heredem habere, quàm legitimum *l.Iulianus* 42. *alias l.si pupillus* D.*de acq.hered.* At fideicommissum nihil nisi onus est filij qui grauatus fuit, ideóque nec nouũ est posse substitui pupillariter ei qui fideicõmisso non posset onerari, vt in specie *l.si adrogator* 22.*§.*1.*D. de adopt.* Et in fideicommisso proprias impuberis facultates contineri negamus, quæ pupillari substitutione continerentur *l.coheredi* 41.*§. cùm filiæ* D. *de vulg. & pupill. subst.* Si ergo ne quidem pupilli fauor potest conseruare substitutionem pupillarem quantò minùs poterit conseruare fideicommissariam? Præsertim verò cùm nihil sit matri æquè debitum ac luctuosa filij hereditas *l.vlt.*C. *de instit.& substit.* quę porrò per pupillarem duntaxat substitutionem defertur, non etiam per fideicommissum. Nam per fideicõmissum succeditur in bonis defuncti, nõ in bonis heredis rogati *d.§.cùm filiæ l.2.l.in fideicõmissaria* 18.*& pass.D.ad SC. Trebell.* Neque huic nostræ sententiæ obstat quod Tryphoninus contrà scribit in *d.§.hæc autem*, tale fideicommissum matri deberi, Nõ enim potuit Tryphoninus respicere ad illam Impp.constitutionem multis pòst seculis latam, neque rursus ad eam legis nouæ rationem quod grauiùs peccet mater quę susceptam tutelam deseruit contra sacramentum, cùm iis temporibus inauditum esset matrem admitti ad tutelam filij saltem ex iure communi, illud verò multò magis inauditum iurare viduam se ad secundas nuptias non venturam. Illud difficilius videtur, An hodie locus sit pœnis ex ea constitutione Theodosiana infligendis, cùm tale iusiurandum hodie nullum interponatur, ideóque cesset maiore ex parte ratio noua exacerbandi cõtra matrem iuris veteris. Tritum enim est vbi legis ratio locum nõ habet, nec legẽ ipsam habere locũ posse *l.adigere* 6.*§.quãuis* D.*de iur.pat.* Sed tamẽ verius est supereſſe potestatẽ cõstitutionis, quia non tãtùm ad illã violati iurisiurãdi rationẽ respexisse Imperatorem videtur, sed etiã ad id, vel maximè, quod ea matris ad secũdas nuptias tãtopere festinantis improbitas, pupillo magnũ damnum adferat, cui tamẽ matris potissimùm pietas & diligentia debuerat prodesse. Nemo autem dixerit eo minus esse hodie damnum pupilli, quòd ad festinationem nuptiarum impietas periurij non accedat hodie vt olim, Non enim propter matris periurium,

Testamentaria pupilli hereditas.

d.l. vlt. §. hæc autẽ D. qui pet.tut.

Differentia quæ est inter pupillarẽ substitutionem & fideicõmissariã.

d.§.hæc autem l. vlt. D. qui pet. tutor.

sed propter vitricum superinductum pupillus damnũ patitur : Necob id solũ quod ex posteriore matrimonio nasci possint liberi , quos illa vel æquè, vel quod frequentius est magis dilectura sit, sed etiam quod longè difficilior pupillo futura sit explicatio & redditio rationum ob artes & dolos vitrici qui nihil non sit moliturus , vt noceat priuigno sibíque & liberis quos ex nouo patrimonio sperat amplioris patrimonij spem paret. Duplex igitur hoc casu fit iniuria pupillo per matrem, Vna,quod cùm faciat ipsa,vt pupillus desinat tutorem habere,nullum tamen illa ei tutorem quærit,Altera , quòd cùm pupilli bona per multos fortè annos,aut perfidè,aut negligenter administrauerit, ita vt si rationes bona fide redderentur,plurimùm eam filio debere conflituram esset,facit tamen pupilli sui condicionem deteriorem superinducendo vitricum ante redditas rationes,id est ante plenam reliquorum exsolutionẽ. Id enim demum est rationes reddere,non tantùm eas edere computandas cũ exhibitione instrumentorũ omnium ad eam rem pertinentium , sed etiam reliqua soluere *l. non solum nostrum* 8. §. *is qui reddere D. de liber. legat. l. cùm servus* 82. *l. qui sub condicione* 111. *D. de condic. & demonstr.* Planè non possum ferre quod pragmaticis nostris placere scio , vt legis Theodosianæ pœna tanquam nimis dura,& vt loquuntur inhumana non eo vsque sit extendenda , vt legitimam quoque portionem quæ matri in bonis filij quandocumque & quomodocumque defuncti debetur,matri auferat , quasi non tam successionis quàm speciali & singulari quodam iure ac naturali ratione debeatur. Nam si legitima nihil aliud est quàm portio eius , quod quis ab intestato habiturus esset,vt vulgo definiunt & rectè ex *l. parentibus* 8. *& l. quæ nuper* 31. C. *de inoff. testam.* quænam legitima deberi potest ei cui nulla penitus successio debetur? Præsertim verò cùm parentibus non naturalis aliqua ratio successionem liberorum deferat,sed sola ratio miserationis contra votum parentum ipsorum & naturæ,vt loquitur Papin. in *l. scripto* 7. *§. vlt. D. vnd. liber. l. nam etsi* 15. *D. de inoff. testam.* De quo quia iam satis multa scripsimus in Chiliade nostra *De error. pragmat.* plura nunc non dicemus. Hoc tantùm monebimus , ad excusandam aut potiùs delendam matris culpam minùs posse pupillarem substitutionem quamuis sit expressum testamentum filij,quàm si filius ipse intestatus decederet,dummodò iam pubes factus. Pupillaris enim substitutio testamentum quidem est filij,vt diximus,adeóque expressum non tacitum,sed tamen iudicium est patris non filij. Patet verò,qui matrem filio impuberi substituit,non potuit cogitare de matre,vel inuitanda ad eam iniuriam filio inferendam , vel excusanda ne in legis pœnam incurreret ob delictum , quod eo tempore nondum commisisset. At cùm filius cui facta iniuria est decedit pubes nullo facto testamento quod facere poterat , si hereditatem suam ex senatusconsulto ad matrẽ pertinere noluisset,hoc ipso tacitè testari,matrémque suam heredem instituere creditur,atque ita sibi irrogatam iniuriam vltrò remittere , quia licèt non nisi tacitum filij testamentum sit,ipsius tamen proprium iudicium est,eo tempore conceptum quo & iniuria iam irrogata remitti potuit , & de ea remittenda à benemolo pióque filio cogitari.

l. non solum 8. §. is qui reddere De liber. legat. l. cùm servus 82. l. qui sub condicione 111. De condic. & demonstr.

l. scripto 7. §. vlt. D. vnd. liber.

ILLA-

ILLATIO IX.

De excusatis à tutela non cogendis vt petant tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt qui qualitercunque dimissi sunt per excusationem à tutela, necesse non habeant petere pupillis tutorem vt ait Seueri & Antonini constitutio *l.2.§.vlt.*D.*qui pet.tutor*. Ad eos enim qui legitimè sunt excusati nihil attinet an pupillus tutorem habeat nécne pertinéque ad curam eorum qui desiderabant dari tutorem hũc qui excusatus est, vt alium in ipsius locum petant, Alioquin esset periculosa & ipsi excusato captiosa excusationis admissio, si ob non petitum tutorem præstare indemnitatem pupillo teneretur, nec in effectu excusatus dici posset, qui ob hoc ipsum teneretur, quod se excusasset. Quid enim refert an teneatur ob id quod tutorem nullum petierit, an ob id quod se excusauerit: cùm nec alia ratio necessitatem petendi tutoris attulerit, quàm quod fuerit hic excusatus? *l.2.§.vl.*D. *qui pet.tut.*

PRINCIPIVM VI.

De potestate & prouidentia tutoris in rerum pupillarium administratione.

TVtor qui tutelam gerit *quantum ad prouidentiam pupillarem attinet, domini loco habetur l.tutor 27. D. de admin. & pericul. tutor.* id est quantum ad ea quæ facienda sunt, vt pupillo prouideatur ipsiúsque commodis consulatur. Nam si quando in re pupilli malè versetur, puta si quid ex bonis pupillaribus subripuerit & vendiderit, non nocet pupillo, ita vt nec emptori possit contingere vsucapio priusquàm res redeat in ipsius pupilli potestatem *l. qui fundum 7.§ si tutor D.pro empt.* vbi ratio elegans redditur, quia tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelam administrat, non cùm pupillum spoliat. Ratio autem Principij huius pendet ex iis quæ diximus ad *Princip.1.* *l. tutor27. D. de adm. tutor.* *l.qui fundũ 7.§ si tutor. D.preempt.*

ILLATIO I.

De tutore in cuius potestatem rediit res pupilli furtiua.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui tutelam gerit transigere cum re possit, ita vt si in potestatem suam redigat rem furtiuam desinat ea res furtiua esse tanquam quæ in domini potestatem peruenerit, cùm tutor domini loco habeatur, inquit Iulianus in *l.interdum 56.§.penultim. D.de furt.* vbi additur circa tutorem furiosi non aliud dicendum esse, quandoquidem adeò ille personam domini sustinet, vt etiam tradendo rem furiosi alienare illam existimetur. *l. interdum 56.§.penul. D.de furt.*

ILLATIO II.

De tutore condicente rem pupilli à fure, & de curatore furiosi etiam condicente.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod sequitur in *d.§.qui tutelam*, Tutorem pupilli nomine, & curatorem furiosi posse rem furtiuam condicere, *d.§ pen.l. 56. de furt.*

Digitized by Google

l.1.D.de con dict. furt. Nimirum quia condictio furtiua soli domino competit *l.1. D. de condict. furt.* Vnde est quod dici solet neminem condicere rem suam nisi à fure *l.vlt. D. vsufr. quem. caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Tutor autem itémque furiosi cura tor domini loco habentur. Aliud ergo erit in aliis curatoribus minorum. Illos enim dominorum loco non haberi certum est.

l. vlt. D. vsufr. quem. cau. §. sicita que infr. De action.

ILLATIO III.

De seruo qui obtemperauit tutori in ijs quæ non habent atrocitatem facinoris.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt in iis quæ atrocitatem facinoris & sceleris non habent, ignoscatur seruo qui obtemperauit tutori, quoniam & ignosceretur ei si domino obtemperasset *l. seruus 20. D. de obligat. & action. l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur D. quod vi aut clam.* vbi tamen additur idem esse hac parte in curatore, quod in tutore. Non quasi tantundem iuris habeat curator quantum tutor vt rerum minoris dominus dici possit, sed quia licèt dominus non sit, vice tamen domini est quod attinet ad minoris bonorum administrationem. Ob idque sic locutus est Vlpianus vt diceret in *d. §. an ignoscitur vel his qui vice dominorum sunt.* Nec in hoc tantùm sed & in aliis plerisque ad bonorum administrationem pertinentibus, tutori similis est curator vt domini vice habeatur, vt in specie *l. quoties 21. §. si tutor D. de noxal. action.* vbi idem Vlp. ait si tutor vel curator sit & noxali actione quis experiatur contra pupillum vel adultum, debere tutorem ipsum vel curatorem iurare seruum qui noxam fecit, in potestate domini non esse: Cùm tamen si quis procurator esset, non ipse sed dominus iurare deberet: vt intelligamus quod verum est plus iuris habere etiam curatorem quàm procuratorem, licèt ex alia parte minus habeat quàm tutor.

l. seruus 20. de oblig. & action. l. is qui in puteū 11. §. an ignoscitur D. quod vi aut clam.

l. quoties 21. §. si tutor D. de noxal. action.

ILLATIO IV.

De danda exceptione doli contra pupillum ex dolo tutoris.

QVartò ex eodem Principio fit, vt de dolo tutoris pupillo benè obiiciatur exceptio doli *l. 4. §. illa etiam quæstio & §. seq. D. de doli mal. exc.* quia cùm tutor sit dominus non tam quid fecerit pupillus, qui vt plurimùm doli capax non est, quàm quid tutor ipse inspiciendum est. Quamquam si quis ex hoc probare vellet tutorem dominum esse rerum pupillarium ob id quod tutoris dolus pupillo noceat, bona consecutio non esset. Doli siquidem exceptio etiam alij potest opponi quàm ei qui dolum ipse admiserit, dummodo sit persona illa quæ dolum fecit ex earum numero quarum dolus obest, vt scriptum est in *l. 2. §. 1. D. eod.* Inter eas verò personas non tantùm tutor enumeratur, sed etiam curator, nec furiosi dūtaxat, verùm etiam prodigi & minoris vigintiquinque annis, vt subiicit Vlpian. in *d. l. 4. §. quæ de tutore.* Itaque quamuis maior sit ratio vt tutoris quàm vt curatoris minorum dolus nocere debeat, idem tamē in omnibus iuris est. Quod tamen dicimus tutoris dolum pupillo nocere debere non ita simpliciter & indistinctè verum est, sed eo demum casu quo pupillus ex eo locupletior sit factus *l. sed & ex dolo 15. D. de dolo. l. 3. D. quand. ex fall. tutor.* Locupletior autem factus intelligi debet, si tutorem eo nomine obligatum

l. 4. §. illa etiam quæstio & seq. D. de doli mal. except.

l. 2. §. 1. eod.

d. l. 4. §. quæ de tutore l. 1. l. 3. & 4. D. quand. ex fall. tut.

Digitized by Google

gatum habeat iudicio tutelæ, & tutor ſoluendo ſit. Hoc enim caſu etiam de culpa tutoris nedum de dolo pupillus tenetur *l. vlt. D. de admin. tutor.* Quòd ſi extrinſecus id eſt extra tutelæ cauſam tutor aliquid dolo malo admiſerit nihil id pupillo nocere debet *l.* 4. D. *quand. ex fact. tutor.* quia nec dominus eſſe intelligitur tutor in ea re. Sic dicimus, ob dolum malum vel culpam tutoris pupillum poſſeſſorem condemnandum eſſe, etiam quanti actor in litem iuraret ſi modò rem à tutore pupillus ſeruare poſſit *l.* 1. *eod. tit. quand. ex fact. tut.* Nempe quia cùm pupillus poſſeſſor eſt tutor ipſe intelligitur eſſe dominus poſſeſſionis, & ideo tanquam poſſidens ipſe dolo malo præbet cauſam faciendæ contra pupillum condemnationi quanti actor in litem iurauerit. Sed de tota quæſtione iſta videnda & tenenda ſunt ea quæ poſt hæc ſcripſimus in Rationalibus ad *d. l. ſed & ex dolo.*

ILLATIO V.

De tutore qui tutelam non gerit.

QVintò ex eodem Principio fit, vt qui tutelam non gerit, domini loco haberi non poſſit, quia necdum tutor eſt licèt ab eo iuſſus ſit tutor eſſe qui iubendi ius habet *l. qui iuſſus* 17. *D. de admin. tutor.* vbi ſcribit Pomponius eum qui iuſſus eſt ab illo, qui iubendi ius habet tutelam gerere, ſi ceſſauerit debere indemnem præſtare pupillum ex quo iuſſus eſt non ex quo tutor eſſe cœpit. Quod ita eſt accipiendum, vt eam indemnitatem præſtare pupillo debeat non directa tutelæ actione, ſed vtili tantùm, nec enim directa actio tutelæ poteſt eum tenere qui tutor non eſt, tutor verò non eſt qui non geſſit *l.* 4. §. *ſed enim D. rem pupill. ſalu. for.* vbi ex hoc infert Vlpianus, ſi tutor cauerit rem pupilli ſaluam fore, in eámque rem vt fieri ſolet fideiuſſores dederit, non aliter teneri actione ex ſtipulatu neque ipſum neque fideiuſſores ipſius, quàm ſi tutelam ipſe geſſerit, ob idque quod eſt valdè ſingulare, compellendum eum vt adminiſtret, propterea vt ſtipulatione quoque iſta poſſit teneri: quamuis aliàs dici ſoleat neminem ad factum præciſè cogi quòd fieri id nequeat citra vim & impreſſionem, ob idque in locum obligationis facti ſuccedere eius quod intereſt præſtationem. *l. ſi quis ab alio* 13. *in fin.* D. *de re iudic. l. quoties* 81. *de ver. oblig.* Idque eſt quod ait Vlp. in *l.* 1. *in princ. De adm. tutor.* ſolere cogi tutorem extra ordinem vt tutelam gerat, & adminiſtret. Cur verò extra ordinem? Nimirum quia in eam rem nulla actio prodita eſt aut eſſe poteſt. Præpoſterum enim eſſet dari actionem tutelæ contra eum, qui tutor non eſſet ad hoc vt tutor fieret. Cogetur ergo tutor extraordinario imperio prætoris aut comminatione pœnarum, aut pignoribus captis, quomodo & cogi heredes ſolent ad ſuſpectam hereditatem adeundam. Neque tamen conſequens eſt, vt qui tutor eſſe iuſſus eſt, impune ceſſet in tutela gerenda. Ceſſat enim ſuo periculo ex quo tempore ſcit ſe tutorem datum, niſi excuſationem quam habet alleget intra tempora præſtituta *d. l.* 1. §. 1. & vtili actione tenetur ad præſtandam pupillo indemnitatem *d. l.* 4. §. 1. *rem pupill. ſalu. for.* Sufficit verò qualiterqualiter innotuiſſe tutori ſe tutorem eſſe, non vtique teſtatò eum conueniri. Nam etſi citra teſtationem ſcilicet vndecumque cognouit, nulla dubitatio eſt quin periculum ad ipſum reſpicere debeat: Planè ſi tutor neget ſe ſciuiſſe, pupillo incumbet onus probandi ſcientiam *l. ita autem* 5. §. *vlt. cum l. ſeq.* D *de admin. & peric. tut.* Indéq; ratio dubitãdi petenda eſt ad *l. qui tutor.* 18. *eo.* vbi Vlp. ait eum qui tutor negotia pupilli geſſit

l. 4. §. ſed enim D. rem pupill. ſalu. for.

De admin. tutor.

d. l. 1. §. 1. d. l. 4. §. 1. rem pupill. ſalu. for.

Ita autem §. §. vlt. cum l. ſeq. De admin. tut. l. qui tutor 18. eod.

quamuis in nulla re pupillo autor fuerit, nihilominùs tutelæ iudicio teneri. Videbatur enim non teneri quasi nihil gessisset, qui nulla in re autoritatem pupillo præstitisset. Sed nihil prohibet, inquit Vlp. ita patrimonium pupilli compositum esse vt nihil gerere necesse sit in quo tutoris autoritas debeat interponi: potéstque fieri vt aliis multis modis quàm præstando autoritatem tutor tutelam gerat.

De pluribus tutoribus quorum alij gesserunt, alij non gesserunt suo ordine conuenientis.

AD hanc illationem illud etiam pertinet, quod dici solet, Pluribus datis tutoribus si quidam gesserint, quidam non gesserint, eos qui gesserunt prio re loco conueniendos esse, alios verò non nisi in subsidium, si ij qui gesserunt non sint soluendo *l.3.C.de diuid.tutel. l.1.& 2.C.si tut.vel curat. non gesser. l.1. §. nunc tractemus D. de tutel. & rat.distr.* Nempe quoniam qui gesserunt verè tutores fuerunt, qui verò non gesserunt, tutores fuisse dici non possunt, nec alia ratione tenentur, quàm quia periculo suo cessauerint, Ne scilicet aliter posito iure dicendum esset, cessasse illos periculo pupilli, quod porrò periculum nullum subest quandiu pupillus indemnitatem consequi potest ab aliis qui & verè tutores fuerint, & adhuc sint soluendo. Vnde etiam est quod tutores qui licèt à prætore alióve magistratu dati fuerint, tutelam tamen administrare nõ possunt, ideò quòd alij administratio data sit, honorarios appellare solemus, tanquam qui non tam reuera tutores sint, quàm honoris causa tutores dicantur *l.3.§. cæteri* D. *de adm & peric.tutor.* Qua de causa nec defuerunt qui putauerint ad honorarios istos periculum tutelæ non pertinere. Quo enim iure teneri potest qui tutor non esse intelligitur? Sed blandiuntur sibi qui sic putant, inquit Vlp. in *d.§.cæteri.* Constat enim etiam honorarios tutores excussis priùs facultatibus eius qui gesserit, conueniri oportere, Dati siquidem sunt quasi obseruatores actus eius & custodes, eisque imputabitur quandoque cur si eum malè versari videbant, suspectum non fecerint. Assiduè igitur & rationem ab eo exigere illos oportet, & sollicitè exigere qualiter conuersetur, & si pecunia sit quæ deponi possit, curare vt deponatur ad prædiorum comparationem. Id ni faciant, tenentur, non tanquam tutores, nec proinde directa tutelæ actione, sed vtili actione quia cessauerint, nec rursum quia cessauerint in gerendo, quomodo tenentur ij qui iussi sunt gerere, sed quia cessauerint in faciendo suspecto tutore quem malè tutelam gerere sciebant aut scire debebant. Qua etiam ratione placet debitorem pupillarem soluentem tutori honorario liberari non quasi soluerit ei qui reuera tutor sit, sed quia soluit ei ad quẽ etiam tutelæ periculum respicit *l.quòd si forte 14.§.1. D.de solut.* Hinc fit, vt si plures tutores vel curatores dati sint ratum haberi debeat etiam quod per vnũ gestum est si modò solus ille ius habuerit gerendi vt sequenti illatione dicemus ex *l.3.in princip.* D. *de admin.tutor.* Nam si ex pluribus tutoribus ille quid fecerit vel autoritatem præstiterit, cui administratio decreta non est, id ratum à prætore haberi non debebit *l.4.* D. *de autor.tutor.* Ideóque tales tutores quibus administratio decreta non est tanquam extraneos rectè à pupillo emere placet *l.tutores 6.eod.*

l.3.C.de diuid.tutel. l.1.& 2.C.si tut.vel cur. non gesser. l.1. §. nunc tractemus D. de tutel. & rat.dist.

l.3.§. cæteri D *de adm. & peric. tutor.*

l.quòd si forte 14 §.1.De solut. l.3. in princ. De admin tut. l.4.& 6.de autor.tut.

ILLA-

Digitized by Google

ILLATIO VI.

De validitate eorum quæ gesta sunt per vnum ex pluribus tutoribus.

SExtò ex eodem Principio fit, quod Vlpianus scribit in *d. l. 3. De admin. & peric. tutor.* Si plures curatores dati sint (idem in pluribus tutoribus multò magis obtinet) ratum haberi debere etiam quod per vnum ex iis gestum sit. Ponimus enim gestum esse ab eo qui habuerit ius gerendi, hoc est qui tutor vel creator datus fuerit ad hoc ipsum vt tutelam vel curam administraret. Cũ verò qui sic tutor datus est, vere tutor sit, & consequenter domini loco habeatur, quidni rata debebunt haberi omnia per eum gesta? Quod enim alius quoque tutor vel curator sit, qui eandem tutelam curámve pro suo iure similiter gerat, non facit quin hic verè tutor sit, & domini loco habendus tùm etiam cũ solus est. Nec enim ideò plures tutores dantur vt in quocumque actu omnes consentire necesse sit, sed vt tantò commodiùs per vnumquemque ex iis pupillo consulatur, dummodò alius non contradicat *l. consilio 7. §. vlt. D. de cur. fur.* Scilicèt cùm agimus de tutoribus testamentarijs vel ex inquisitione datis secũdum iuris veteris distinctionem à Iustiniano relatam & sublatam in *l. vlt. C. de autor. præst.* de qua diximus in præcedentibus suo loco. Hoc ita, nisi ponas duobus pluribúsve simul tutelam gerendam permissam esse vel à parente vel à cõtutoribus, vel à magistratibus: nec enim hoc casu quicquam vni sine alio agere permittitur. *l. Titium 47. in princ. D. de admin. tutor.* Nisi quod si qua actio exercenda sit, permittitur singulis agere, quia nimirum duo simul agere non possent *l. decreto 24. §. 1. D. eod. de admin. tutor.* vbi ait Paulus hoc ipsum benignè receptum esse, quandoquidem ex stricta iuris ratione potiùs dicẽdum esset neutri agere permittendum quàm vni soli cùm sit verum non esse illum tutorem sine contutore, ius autem agendi nullum habeat nisi tanquam tutor. Hi contrarij sunt tutores qui tutelam inter se diuidi voluerunt vt scilicet distribueretur inter eos tutelæ administratio siue in partes, siue in regiones. Hoc enim casu singulis pro sua parte & regione competit in solidum administratio, ita vt vnusquisque summoueatur si agere velit pro ea parte & regione quam non administrat *d. l. si plures 3. §. vlt. cum l. seq. eod. tit.* iunct. *l. Lucius 46. §. pen. in fin. l. Titium 47. §. tutores l. si duo 51. eod. ti. l. 2. C. si ex plurib. tutor. l. 2. C. de peric. tutor. l. 2. C. de diuid. tutel.* Quod & in curatoribus qui bonis dati sunt obseruatur vt si per regiones constituti fuerint, debeat vnusquisque suam conseruare *l. 2. §. si plures D. de curat. bon. dand.* Eáque dubitandi ratio erat ad *d. l. Titium 47. §. vl.* vbi scriptum est si tutor rerum Italicarum conuentus à creditore prouinciali vbi rem pupillus habuit ei soluerit, posse illum tutelæ iudicio id repudiare. Videbatur enim aptior in eam rem actio negotiorũ gestorum quàm tutelæ, cùm hic in ea solutione non tam tutoris quàm amici officio functus existimari posset. Verùm non ita est. Semper enim verum est, & tutorem eum fuisse, & pupilli negotium vtiliter gessisse, quod non æquè gesturus fuerat si tutor non fuisset: cùm eo casu conueniri à creditore non potuisset soluerit autem ideò duntaxat quod à creditore fuerat conuentus. Quidni ergo tutelæ iudicio idipsum quod soluit reputabit?

l. 3. D. de admin. & peric. tutor.

l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. fur. l. vlt. C. de autor. præst.

l. Titium 47 in princ. D. de adm. tut. l. decreto 24. §. 1. eod.

d. l. 3. §. vlt. cum l. seq. l. Lucius 46. §. pen. in fi. l. Titium 47 §. tutores l. si duo 51. eod. tit. l. 2. C. de peric. tutor. l. 2. C. de diuid. tutel. l. 2. § si plures De curat. bon. dand. d. l. Titium 47. §. vlt.

Digitized by Google

ILLATIO VII.

De eo quem ex pluribus tutoribus tutelam gerere pater destinauit.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt si parens vel pater qui in potestate habet destinauerit testamento quis tutorum tutelam gerat, ille solus tutelam gerere debeat, *d.l.3.§.si parens eod.tit.de admin.tutor.* Cùm enim lex 12. tab. patri potestatem fecerit tutoris dandi filio, isque qui tutelam gerit magis verè ac propriè tutor sit, quàm qui non gerit, consequens est vt non minùs standum sit patris voluntati in eo quod pater iussit vt hic vel ille gereret, quàm in eo quod plures filio tutores nominauit. Vtique enim rectè filio prospexisse pater creditur vt scriptum est in *d.§.si parens*, Vbi additur tantundem facere prætorem & de his quos parens destinauit suo testamento veriùs quàm dedit, id est quos inutiliter dedit, quique ideò confirmandi sunt à prætore. Nam si parens declarauerit quem ex iis administrare velit, sic eos omnes prætor confirmabit vt tamen solus ille administret quem pater administrare iussit: cæteri verò tutores non nisi honorarij erunt. Quamuis autem ei potissimùm tutelam se cōmissurum prætor dicat, cui testator delegauit, nonnumquam tamen ab hoc recedit, vt puta si pater minùs penso cōsilio hoc fecerit, fortè minor viginti quinque annis, vel si eo tempore fecit quo tutor iste frugi vel bonæ vitæ videbatur, deinde postea idem cœpit malè conuersari ignorante testatore, vel si contemplatione facultatum eius res ei commissa est quibus facultatibus postea fuerit exutus. Nam & ex his causis si vnum duntaxat tutorem pater dederit nonnumquam ei adiunguntur curatores, si fortè tutoris persona talis sit cui tutelam soli cōmittere, aut potiùs tutelæ administrationem periculosum pupillo videatur. Quidni verò liceat magistratui negligere interdum voluntatem patris, cū idipsum liceat etiam tutori, vt postea dicemus. Itaq; cùm quidam duos libertos suos tutores dedisset, vnum rerum Italicarū, aliū rerū Africanarum, placuit Imperatoribus curatores eis adiungendos, nec patris secuti sunt volūtatem vt subiicit Vlp. in *d.l.3.§.nam etsi.* Addens nec aliud in curatoribus obseruandum nimirum vt si plures testamento pater destinauerit (dare enim non potest) prętor cū eos confirmabit, debeat obseruare ne alii ex curatoribus detur administratio quàm cui pater ipse dedit, nisi causa aliqua iusta sit propter quā recedere debeat à patris voluntate. Sed etsi pater non declarauerit quis ex tutoribus vel curatoribus quos dedit vel destinauit gerere debeat, Prætor tamen id agere solet vt per vnum tutela vel cura administretur, nec per multos spargatur, quia ad pupilli vtilitatē id pertinet cū tutor vnus multò faciliùs actiones omnes pupilli nomine & exerceat & excipiat, vt idē Vlp. ait in *§.apparet eiusd.leg.* Quemadmodum enim pluralitas dominorum eandē rē in cōmuni habentium nihil nisi materiam discordiarum præstare solet *l.cùm pater 77.§.dulcissimis* De *leg.* 2. quoniam in pari iure solet melior esse condicio prohibentis *l.in re communi 26. D.vrban.prad.l.Sabinus 28. D.comm.diuid.* Ita & pluralitas tutorum qui in bonis pupillaribus dominorum iure censeantur idem adferre solet incommodū, singulis id agentibus vt domini esse videantur. Hoc verò incommodū meliùs deuitari nō potest, quàm si tum quoque cùm plures tutores, vel curatores siue dantur siue confirmantur, vni tamē administrāda tutela, curáve cōcedatur cū non tutor quilibet dominus videri possit, sed solus ille qui tutelam gerit, vt Principiū nostrū habet. Nam neque ex alia re potest apertiùs dignosci an quis sit dominus quā si de bonis de quibus agitur pro arbitrio disponat *vulg.l.in re mandata*

d.l.3.§.si parens D.de admin.tut.

d.l.3.§.nam etsi.

§. apparet eiusd.leg. l.cùm pater 77.§.dulcissimis de leg. 2.

mandata 21. *C. mandat. l. Iulianus* 10. *D. de curat. furios.* Vnde est quod suos heredes non fieri dicimus sed existere & apparere, quod Græci dicunt δ ιφαίνεσθαι quia tametsi iã inde ab eo tẽpore quo pater viuit dominus esse intelligatur bonorum paternorum indéque suus non alienus heres esse intelligitur, nõ priùs tamen id ita esse apparet, quã pater decesserit, quia nec priùs habet liberã bonorũ paternorum administrationem *l. in suis* 11. *D. de liber. & post.* Quid ergo si cũ pater tutores plures testamento vtiliter dedit, quos proinde à prætore confirmari nil necesse sit, non tamen declarauerit à quo ex ipsis tutelã geri velit? Is gerere debebit cui maior pars tutorum, tutelam id est tutelæ administratio nẽ decreuerit *l. si nemo* 19. §. 1. D. *de test. tut. §. 1. vers. quòd si non fuerit Inst. de satisf. tut. d. l. 3. §. si non erit D. de adm. tut.* Prætor igitur inquit Vlp. iubebit tutores omnes conuocari aut si non coibunt, aut coacti in vnum, decernere nolent, prætor ipse causa cognita statuet quis tutelam gerere debeat. Planè si non consentiant tutores prætori sed velint omnes gerere quia fidẽ non habent electo, nec pati volunt se fieri succedaneos alieni periculi, dicendũ est prætorem eis permittere debere vt omnes gerant *d. l. 3. §. pe. D. de adm. tut.* Iã enim diximus vno ex tutoribus ad gerendam tutelam electo, non eo minùs cæteros, periculo tutelæ manere obstrictos tanquã tutores quãuis non nisi honorarios & in subsidiũ *d. l. 3. §. cæteri.* Nemo autẽ dixerit alieni facti periculũ subire quem debere, si ex proprio putet sibi quæri posse securitatẽ. Solet tamen prætor in hac tutorũ dissensione illũ præferre qui offert satisdationẽ siue testamentarij tutores proponantur siue dati ex inquisitione, vt edicto perpetuo cauetur *l. 4. C. de tut. vel cur. qui sat. non ded. l. testamento* 17. *D. de test. tut.* quãuis verba edicti ad testamentarios tantùm pertineant *d. l. si nemo* 19. §. 1. *in fi.* Non quod possit vnus ex tutoribus siue testamentariis siue datiuis satis petere à collega suo, sed vt audiẽdus sit si offerat ei an satis accipere velit, an dare *l. datiuus* 9. D. *rem pupill. salu. for.* Nec enim sic prætor edictum proposuit vt promiserit daturum se administrationem ei, qui primus offerret satisdationem, sed omnibus tutoribus eandem condicionem delatam voluit, si & ipsi satisdare vellent. Qui enim satisdare parati sunt non debent excludi, alterius oblatione. Ac proinde oblata ab omnibus præstitáque satisdatione omnes gerent, Qui verò contentus erit satis accipere magis quàm dare & gerere, is securus erit *d. l. testamento.* Non omnimodo tamen is qui satisdat præferendus est, etiamsi cæteri satisdare nolint. Quid enim si suspecta persona sit vel turpis cui tutela committi non debeat nec cum satisdatione? Vel, quid si iam multa flagitia in tutela admisit? Nónne magis repelli à tutela & reiici debet quàm solus administrare? E contrario finge illos qui satisdare nolunt, benè probatos esse ac idoneos atque honestos tutores. Non temerè erunt repellendi ob id solùm quòd non satisdent, Immò nec iubẽdi satisdare *d. l. testamento §. 1.* cùm nec alia ratio vlla præterquàm vtilitatis pupilli moueat, prætorem vt à tutore exigat satisdationem, Duplex igitur causæ cognitio est, vna ex persona eius qui offert satisdationem, quis & qualis sit, Alia ex persona contutorum qui satisdare nolunt, num fortè sint eius existimationis & honestatis vt non facilè hanc satisdationis contumeliam subire debeant vt loquitur Vlp. in *d. l. testamento §. vlt.* Parum enim à cõtumelia distat exactio satisdationis, quæ scilicet præstari non solet nisi ab iis quorũ vel suspecta fides & probitas sit, vel suspectæ facultates, Adeò vt ipse quoque fideiussor qui acceptus non est cùm esset idoneus, possit conqueri de iniuria sibi facta in

l. Iulianus 10. *D. de curat. furios.*

l. in suis 11. *De liber. & posthum.*

l. si nemo 19. §. 1. *D. de testam. tutel. l.* 3. § *si non erit D. de admin. tut. d. l.* 3. §. *pen.*

§. *cæteri d. l.* 3.

l. 4. *C. de tu. vel curat. qui sat. non ded.*

l. datiuus 3. *D. rem pup. salu. for.*

l. testamento 17. §. 1 *D. de test. tut.*

d. l. testamẽto §. *vlt.*

Digitized by Google

l. si verò 5. §. 1. D. qui satisd. cogant.

cámque rem habere actionem iniuriarum vt Caius innuit in *l. si verò 5. §. 1. D. qui satisd. cogant.* Ergo quod prætoris edicto continetur præferendos esse illos qui offerunt satisdationem, sic omnino accipiendum est si cætera omnia sint paria. Quòd si plures satisdare parati sint, tunc idoneior præferendus est, vt & tutorum personæ inter se & fideiussorem cõparentur *l. quòd si plures 18. eo. tit. De testam. tutel.* Videlicet ex dignitate, ex eo quod interest, vel ex ætate, vel ex moribus, vel alia iusta de causa. Vt & in specie *l. si plures 16. D. de accusat. & inscript.* Quid igitur si nemo tutorum prouocet ad satisdationem? Sed tamen existat quidam non tutor quiviltrò prætorẽ adeat & desideret vt tutores satisdent, aut si non dent, parato sibi satisdare tutela committatur. Non est audiendus. Nec ènim aut extero committenda est tutela solo prætextu oblatæ satisdationis aut testamento dati tutores contra iuris rationem satisdationis oneri subiiciendi sunt *d. l. si nemo 19. in princip.* Obseruatione tamen dignum illud est, in quo facilè quis erraret, gestam videri tutelam non ab eo solo qui satisdedit cõtutori vt solus posset administrare, sed ab illo etiãqui satis accepit, Rem pupilli saluam fore, multóque magis ab illo qui tutelam alii gerendam mandauit *l. tres tutores 55. verſ. non solum D. de admin. & peric. tutor.* vbi additur non posse istos se defendere constitutionibus quæ iubent ante conueniri eum qui gessit *d. l. fin. C. de diuid. tutel. d. l. fin. C. si tut. non gesser.* nimirum quòd omnes gessisse intelligantur. Gessisse si quidem vi detur is qui attigit aliquid pupillare quantumcunque modicum, ita vt hoc casu cessent partes eorum qui solent cogere cessantes vt administrent *l. ita autem 5. §. gessisse eod. tit.* Atqui non potest negari quin pupillarem administrationem attrigerit, qui tanquam contutor satis accepit à contutore suo vt pupillo sibique cautum esset, non minùs quàm si administrationem tutelæ partitus esset cum contutore, qui postea sine bonis & sine hærede decessisset. Videtur enim hic negotia omnia gessisse hoc ipso quod aliqua gessit cùm hoc ipso se obligauerit vt etiam alia gereret saltem hactenus vt curaret pupillo cautum esse *l. duo tutores 5. D. de magistr. conuen.* Neque tamẽ his consequens est, vt si ex pluribus tutoribus quidam gesserint attingendo aliquid pupillare, quidam non gesserint ob ea quæ gesta non sunt debeant priores conueniri ii qui cætera gesserunt. Nam immò verò in eo quod nemo gessit periculum est communiter omnium. nec aliter illud exigi oportet ab eo solo qui alia gessit, quàm si sint talia quæ vel consummationem cœptorum ab eo desiderabant, vel ita fuerunt coniuncta vt non debuerint separari, vt eleganter Tryphoninus tractat in *d. l. tres tutores ver. item in eo.* Videntur enim omnes tutores æqualiter esse in lata culpa ob ea quæ gesta non sunt cùm geri debuissent *d. l. vlt. C. si tut. vel curat. non gesser.* In eo autem qui tutelam alii gerendam mandauit, apertius est videri eum tutelam gessisse. Quid enim refert an per se gesserit an per alium? Nempe si gesta fuerit tutela ab eo cui mandatum est, erit que hoc casu locus directæ actioni tutelæ *d. l. ita autem 5. § quòd si quis tutelam.* Sed si ad gestionem non accesserit is cui mandatum fuerat vt gereret, sicuti nõ poterit videri tutor gessisse per eum qui ipse nihil gererevoluit, ita fatẽdũ erit non directa tutelæ actione conueniendum eum esse, sed vtili, qua conueniuntur cæteri qui gerere debuerunt, & omnino non gesserunt *d. §. quòd si quis & l. 4. § sed enim D. rem pupill. salu. for.* Alia ratio est eius qui posteaquàm cœpit gerere, tunc se gestu abstinuit. Is enim non solùm se non liberat, sed etiam potest tanquam suspectus *d. l. ita autem § quòd si posteaquàm.*

l quòd si plures 18 De testam. tut. l. si plures 16. D. de accusat.

l si nemo 19. D. de testa. tutel.

l. tres tutores 55. verſ. non solum D. de adm. & peric. tu. l. fin C. de diuid. tutel. l. fin. C. si tut. non gesser. l ita autem 5. § . gessisse D. de adm. tutor. l. duo tutores 5. D. de magistr. conuen.

d. l. tres tutores verſ. item in eo.

d. l. 5 § quòd si quis tutelam. d. l. 4. § sed enim D. rem pupill. salu. for. d. l. 5. § quòd si posteaquàm.

ILLA-

ILLATIO VIII.

De tutore non cogendo satisdare si paratus sit defendere pupillum.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt sufficiat tutoribus ad plenam defensionem, siue ipsi iudicium suscipiant, siue pupillus ipsis autoribus, id est vt non sint tutores cogendi cauere sicut cæteri defensores solent *l. 1. §. sufficit eod. tit.* De *admin. tutor. l. vlt. §. defensionem* C. *eod.* Ratio enim propter quam cæteri defensores cauere tenentur, non alia est quàm quia nemo alienę litis defensor idoneus esse intelligitur sine satisdatione *l. qui proprio* 46. *§. qui alium l. non videtur* 53. D. *de procurat.* adeò vt nec si filius, vel pater sit, remittatur ei necessitas satisdandi *l. exigendi* 12. *C. eod. l. filiusfamilias* 14. *D. qui satisdat. cogan.* nempe quia quisquis rem alienam defendit numquam locuples habetur, *l. qui rẽ alienã* 166. iunct. *l. in eo* 110. *§. 1. De reg. iur.* Atqui tutor qui tutelã gerit quomodo gerit proculdubio quisquis tanquã tutor pupillũ defendit, hoc ipso quod eũ defendit domini loco est, vt Princ. nostrũ habet. Ergo cùm magis suã quàm alienã litẽ defendere videatur, satisdare cogẽdus nõ est. Igitur licẽtia erit tutoribus vtrũ malint ipsi suscipere iudiciũ an pupillum exhibere, vt ipsis autoribus iudiciũ suscipiatur. Interest tamẽ an pupillus fari possit, vel absit, an non. Nã si vel absit, vel fari nõ possit, supradictã electionẽ habere tutor non potest cùm pupillus hic iudiciũ accipere etiã tutore autore nõ possit. Itaq; tutorẽ ipsũ pupilli nomine iudiciũ accipere necesse est, si verò supra septimũ ætatis annũ sit pupillus, idẽq; pręsens, eo demũ casu supradicta electio habere locũ potest. Quod quãquã ex ratione iuris verè dicitur, tamẽ nescio quid diuersũ pręseferre vidẽtur verba Vlp. in *d. §. sufficit*, Nimirũ cogẽdũ hoc posteriore casu tutorẽ vt autoritatẽ pupillo pręstet, nec ei permittendũ etiãsi maximè velit, vt iudiciũ suscipiat pro pupillo. Sic. n. scriptũ est, *Ita tamẽ vt pro his qui fari non possunt, vel absint ipsi tutores iudiciũ suscipiãt, pro his autẽ qui supra septimũ annũ ætatis sunt, & præsto fuerint autoritatem præstent.* Quo tamẽ admisso dici nõ poterit, quonã casu tutor possit habere electionẽ quã ei dat eadẽl ex in *ver. licẽtia & ratio etiã ipsa iuris.* Quis enim dubitat licere tutori accipere iudiciũ pro pupillo sine pupillo quãuis pręsente ac infantię annos egresso? *l. pen.* D. *de aut. tut.* Sicut & potest tutor pupilli nomine contrahẽre perindẽq; dominiũ rei pupillaris in aliũ trãsferre, atq; si pupillus ipse tutore autore cõtraxisset *l. 1. l. 5. §. si fundus & §. nõ passim & tot. tit. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Iis enim solis pupillorũ res distrahere denegatũ est qui neq; tutores sunt ipso iure, neq; curatores, sed tantùm pro tutore, vel pro curatore negotia gerũt *l. qui neq.* 8. *eo.* Quare nec dubitatur quin tutor ad vtilitatẽ pupilli sicut nouare obligationẽ, ita & rẽ in iudiciũ deducere possit, adeò vt nec cogatur cauere pupillũ ratã rem habiturum nisi de hoc ipso dubitetur an tutor sit, vel adhuc duret tutor, vel deniq; an gestus illi commissus sit, ne aduersarius scilicet decipiatur *l. tutor.* 21. *cum l. seq.* D. *de admi. tut.* Quantò igitur magis licebit tutori suscipere iudiciũ pro pupillo etiã præsente, nec amplius infante? Hoc. n. ad tutoris officiũ multò magis pertinet, vt pupillũ defendat & tueatur, vnde & tutoris nomẽ habet, quàm vt pro eo agat. Quidni ergo eandem adhibemus distinctionem agente tutore, vt nõ aliter possit ipse agere sine pupillo, quàm si pupillus, vel infans sit, vel absens, si ea distinctio adhibẽda esset cùm pupillus conueniretur? Sed & illud me valde mouet, quod sequitur in

l. 1. §. sufficit D. de admi. tutor. l. vlt. §. defensionẽ C. eod.

l. qui proprio 46. §. qui alium l. non videtur 53. *D. de procurat. l. exigendi* 12. *C. eod.*

d. §. sufficit l. 1. D. de admin. tutor.

l. pen. D. de autor. tutor. l. 1. l. 5. §. si fundus §. nõ passim l. qui neque 8. *D. de reb. eor. qui sub tutel.*

l. tutor 21. *cum l. seq. D. de admi. tutor.*

Digitized by Google

d.l.a. n.1 it. *d.l.*1.in adultorum cauſis licentiam eſſe agentibus,vel ipſum adultum præſentem in iudicium vocare,vt conſenſu curatoris conueniatur,vel contra curatorem agere,vt ipſe litem ſuſcipiat. Nam ſi in arbitrio & electione curatoris eſt vtrum ipſe litem ſuſcipere velit ſolus pro minore etiam præſente,an verò minori vt litem ſuſcipiat autoritatẽ præſtare,quantò magis eam electionẽ habere tutor debet? An nõ enim magis domini loco habetur tutor quàm curator? quippe qui etiam in liberum pupilli caput habeat poteſtatem quã curator nullam habet.Fateor in iis,quæ ad bonorum adminiſtrationem pertinent parum diſtare autoritatẽ curatoris ab autoritate tutoris,ſed quis vnquam ferat plus iuris habere curatorem quàm tutorem ? Atqui habebit proculdubio plus iuris ſi præſente minore habeat electionẽ,quam nõ habet tutor præſente pupillo. Abſente verò minore tantũdem iuris quantum tutor abſente pupillo,vt nimirum qui contra minorẽ vult litem inſtituere contra curatorẽ agere omnimodo cõpellatur.Id enim eſt quod ſequitur in *d.l.1.in abſentibus antẽ adultis omnimodo contra curatorem agendũ*.Itaque,vt dicã quod ſentio,nõ dubito quin Tri-

Tribonianiſmus apud Vlpianũ in d.l.1.

boniani ſit tota illa diſtinctio ab iis verbis *Licentia igitur erit.* Nam & dictio hæc *licentia* Triboniano familiariſſima eſt,vt ex codicis conſtitutionibus apparet,ac quamuis in pleriſque Pandectarum locis reperiatur, quoties tamẽ eã lego,toties Triboniani manum vel detego,vel ſuſpicor.Sed in propoſita quæſtione hoc amplius eſt,quod Tribonianus more ſuo non tantùm pugnat cum iuris ratione,ſed etiam cum ſeipſo. Iuris rationem Vlpianus ſatis apertè expreſſerat primis illis verbis *ſufficit tutoribus ad plenam defenſionem, ſiue ipſi iudicium ſuſcipiant, ſiue pupillus ipſis autoribus*, vt intelligeremus generaliter & indiſtinctè , id eſt ſiue pupillus infans ſit , ſiue infantiam egreſſus, ſiue abſens , ſiue præſens dandam tutori electionem an iudicium ipſe malit ſuſcipere pupilli nomine an pupillo autoritatem præſtare. Quamquam primus ille lapſus fuit Triboniani quod exiſtimauit Vlpianum ſupradictis verbis id agere vt doceret tutorem illam habere electionem. Cùm tamen nihil minùs cogitauerit Vlpianus,quàm vt id diceret quod nullã habere dubitationem poterat.Immò verò hoc vnum docere voluit,tutorem ſiue iudicium ſuſcipiat pro pupillo,ſiue autoritatem præſtet,defendere ipſum idoneè videri, nec eo magis cogi,vt præterea ſatiſdationem illam præſtet , quam cæteri defenſores præſtare ſolent,quod vel primum illud verbum *ſufficit* apertè ſignificabat,etiamſi non fuiſſet adiectum , *nec cogendi ſunt tutores cauere , vt cæteri defenſores ſolent* , quæ adiectio non nouam continet ſententiam,ſed præcedentis tantùm interpretatio quædam eſt. Quæ autem ſequitur illatio iis verbis *licentia igitur erit vtrum malint ipſi ſuſcipere iudicium an pupillum exhibere , vt ipſis autoribus iudicium ſuſcipiatur* etſi vera eſt in ſe , tamen ab hoc quem fuiſſe diximus , Vlpiani ſenſu omnino eſt aliena , nec valde diſſimilis ei quam ridiculè faceret is , qui ex reſcriptis illis pontificiis , quæ tam multa incip. Ad aures , inferre vellet Papam habere aures. Cùm verò ea illatio vera ſit, vt diximus , quæ arbitrio tutoris relinquit , an velit ipſe iudicium pro pupillo accipere , an ipſi pupillo accipienti autoritatem præſtare , Non poteſt fieri quin falſa ſit ſequens illa reſtrictio *ita tamen vt pro his qui fari non poſſunt,vel abſint ipſi tutores iudicium ſuſcipiant,pro iis autem qui ſupra ſeptimum annum ætatis ſunt,& præſto fuerint, autoritatem præſtent.* Deſtruit enim ſupraſcriptã illationem,hoc ipſo quod facit vt nullus ſuperſit caſus

in quo

in quo tutor habeat electionem,quæ præcedentibus verbis datur. Taceo quod ipsa conceptio verborũ parum elegans est,variato etiam tempore quod idem esse debebat in illis verbis *non possunt vel absint*:scribendum enim erat *absunt*. Item in sequentibus illis *sunt & præsto fuerint*.Scribendum enim erat *& præsto sunt*. At neque solent Iureconsulti pupillis qui fari nõ possunt opponere eos qui septimũ annum egressi sunt,sed simpliciter eos qui fari possunt sine vlla certi temporis definitione,quòd an possit quis fari necne, nõ ex certa ætate æstimandũ sit,sed ex re ipsa, quandoquidẽ alij citiùs,alij tardiùs loqui incipiũt, Nec in eo fuit necesse honestatis causa,siue qua alia ratione certam ætatẽ definire,quomodo necesse fuit in æstimanda pubertate.Habitus enim ille corporis occultus est,nec sine pudoris offensa detegi potest. At cùm quæritur an quis infans sit necne,quid aliud quærere volumus, aut inspicere, quàm virum loqui sciat an nesciat? Quare & cùm dicimus pupillum qui fari potest, hereditatem sibi delatam adire posse tutore autore *l.pupillus 9. D.de acq.hered.* non de illo tantùm intelligimus qui septimum annũ excesserit, sed de illo etiam qui septennio minor sit,immò & sexennio si modò loqui possit.Contrà verò, quod dicimus patrem infanti filio bonorum possessionem accipere posse *l.seruus 7.§.pen.D.de bon.poss.l.1.D.de bon.poss.furios.* non puto verum esse in filio, qui fari possit licèt septimum annum nondum attigerit nedum compleuerit, quia necessitas nulla est,vt contra iuris regulas liceat patri pro filio petere bonorum possessionem,cùm infans ipse cui delata fuit,eã petere potest. Adeò vt etiam pupillus habens tutorem possit eam petere sine tutore dummodo sciat iudex impuberis condicionem *l.bonorum 7.C.qui admitt.ad bonor.poss.* (quomodo accipienda videtur *d.l.7.§.penul.de bonor.pos.*)cùm tamen plus iuris hac parte habuerit tutor quàm pater siquidem pater non nisi infanti filio bonorũ possessionem petere potest,tutor verò pupillo petere potest, sine vlla ætatis distinctione *dict.l.bonorum*.Solam sponsaliorum causam excipio. Cùm enim sponsalia contrahantur per stipulationem,ob idq; sit necessarius duorum consensus,fieri nequit,vt ab eo cõtrahantur qui licèt fari possit,nõdũ tamẽ intelligat quid agat *l.in sponsalibus 14.D.de spons.* vbi tamẽ quod in fine additur *id est si non sint minores quàm septem annis* mihi sanè non minùs suspectum est,sapitque interpretationem Tribonianeam pugnantem scilicet cum eo ipso textu ad quem adhibetur:Cùm eo nimirum quod in legis principio scriptum est in sponsalibus contrahendis ætatem contrahentium definitã nõ esse vt in matrimoniis:An non enim esset definita si ante septimum annum contrahi sponsalia non possent? Aut quo sensu possit quis dicere meliùs definitam esse ætatẽ in contrahẽdis matrimoniis? An fortè cogitur quis vxorẽ ducere statim vbi complenit decimũquartũ annũ? Aut quid aliud significamus cùm dicimus tẽpus pubertatis definitũ esse contrahendis matrimoniis,nisi quòd ante illam ętatem contrahi nuptiæ non possunt,postea verò si aliud nihil impediat, quandocumque possunt? Quidni ergo perinde dicere liceat certã ętatẽ definitã esse sponsalibus contrahendis,si ius ita est,vt ante septimum annũ spõsalia cõtrahi prohibeãtur? Adde quod sequitur in eadem lege in modum illationis & rectè *quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt*.Quodnam enim primordium ætatis esse potest in quo contrahi possint sponsalia,si nõ possunt ante septimum annum completum? At cùm de bonorum possessione infantis nomine agnita secundum iuris rationem tractatur,infantẽ toti iurisprudẽtiæ veteri

l.pupillus 9. D. de acq. hered.

l seruus 7 §. pen.de bon. poss.l.1.de bonor. poss.furio.l.1.C.qui admitt.

l.in sponsalibus 14. de sponsal.

dictum esse eum qui non loqueretur, non qui septennio minor esset, constat apertissimè ex *l. infantis* 3. *C. qui admitt. ad bonor. poss.* Primúsque Tribonianus fuit, meo iudicio, qui eam infantis definitionem & interpretationem inuexit tam in responsa prudentum, quàm in Theodosii & Valentiniani constitutionem in *l. si infans* 18. *C. de iur. delib.* Sed redeamus ad *d. l.* 1. D. *de admin. tutor.* Sequitur in *§. in causis in fin. in absentibus autem adultis omnimodo contra actorem agendum*, vbi articulus *in* abundat. Erat enim multò elegantius dicere *absentibus autem adultis*. Deest verò aliquid in sequentibus. Num si dicas quod statim occurrit, supplendum esse tantùm verbum, *est*, vt plerumque fit, quomodo cõstrues, quod subiicitur in *§. vlt. non denegari autem.* Quid enim præcedit, aut sequitur ad quod infinitiuũ illũ referre possis? Sed id passim in Triboniano vsuenire videas, vt eius manũ prodat mala grãmatica nedũ imperitia iuris. Denique quis vnquam dixit *prospectu officij* quomodo scriptum est in *d. §. vl.* pro eo quod dicere Tribonianus voluit *intuitu officij*, aut vt frequẽtius dicere solemus *respectu officij*. At nec facile credi potest scripturum fuisse Vlpianum *in iudicium vocare* pro eo quod cæteri Iureconsulti solent dicere & verba ipsa edicti habent *in ius vocare*. Manfit enim toto iure vetere perpetua differentia inter ius, & iudicium, sicut & inter iudicẽ & ius dicẽtẽ: quã postea sublatã ex Diocletiani & Maximiani cõstitutione in *d. l. 2. C. de ped. iud.* Tribonianus quantũ in ipso fuit passim deleuit & id egit quoad potuit, ne qua eius differentiæ vestigia superessent. Nec postremò placent mihi valde vltima illa legis verba *vel eis hoc facientibus suũ accommodare consensum.* Non enim solus tutoris, vel curatoris consensus sufficit, vt iudicium à pupillo, vel adulto bene inssitutum dici possit, sed autoritas etiam necessaria est, quę multò plus quàm consensus est. Autoritas pars est administrationis, atque expressa adprobatio tutoris, vel curatoris, vt definit Cuiacius in paratitlis ad illum *tit. De autor. & consen. tutor.* At consensus etiã tacitus plerumque est, potéstque interuenire citra speciem autoritatis. Præstare autoritatem actus legitimus est, & ideo purè nõ cõdicionaliter interponi debet, vt pupilli contractus tametsi condicionalis confirmetur *l. etsi* 8. *ll. tit. D. de autor. & conf. tutor.* iunct. *l. actus legitimi* 77. *De regul. iur.* At consensum præstare quid priuatum est & extra legitimi actus causam. In summa tutoris autoritas, vel curatoris debet in ipso negotio cùm fit, interuenire, vel statim atque negotium perfectum est non ante negotium, aut post tempus, itémque præsente tutore, vel curatore non per epistolam, aut per nũcium *l. obligari* 9. *§. tutor eod. tit. D. de autor. & consens. tutor. l. si quis mihi* 25. *§. sinssum D. de acquir. hered.* Cùm verò de consensu tantùm præstando agitur, etiam epistola & internuncius sufficere potest *d. §. inssum l. cum tabernam* 34. *§. 1. D. de pigner.* Verùm de his omnibus contra Tribonianum iam satis.

l. infantis 3. *C. qui admitt. ad bonor. poss.* *L. si infanti* 18 *C. de iur. delib.* *d. l.* 1. *§. in causis D. de admin. tut.* *§. vlt. d. l.* 1.

l. 2. C. de ped. iudic.

Differentia quæ est inter cõsensum & autoritatẽ.

l. etsi 8. *de aut. & consens. tutor.*

l. obligari 9. *§. tutor. eod. tit.* *l. si quis mihi* 25. *§. sinssum D. de acquir. hered.*

ILLATIO IX.

De actione iudicati danda pupillo & in pupillum, non tutori neque contra tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt siue tutor pupilli nomine agens fecerit vt aduersarius condẽnaretur, siue fuerit ipse condemnatus, & pupillo & in pupillum actio iudicati danda sit non tutori & in tutorem *l. 2. D. de administr. tutor.* Cùm enim tutor non habeatur loco domini in rebus pupillaribus nisi

l. 2. D. de admin. tut.

nisi quia tutor est, absurdum sanè esset tutori ipsi, aut in tutorem ipsum dari actionem iudicati proprio nomine: Quod addo, quia nec dubitandum est dari posse & tutori & in tutorem nomine tutorio. Dubitationem tamen illud faciebat, quòd absurdum videbatur dari actionem iudicati ei, vel in eum cuius mentio nulla facta esset in iudicato, Præsertim cùm dici soleat à nostris sententiam esse stricti iuris, vt ex ea neque actio, neque exceptio possit competere vltra quàm disertè verbis sententiæ comprehensum sit *l. miles 6. §. 1. l. in sententiis 59. in princip. & §. 1. & 2. D. de re iudic.* Sed respondendum est quod in persona tutoris iudex statuit, siue pro tutore, siue contra tutorē, perinde accipiendum esse pro pupillo, aut contra pupillum esse constitutum. Ne aliter posito iure fieret iniuria tutoribus condemnatis qui litem non apertè iniustā sed dubiam pupilli nomine suscipere ex officij necessitate coacti fuissent. Semper enim obseruandum est, ne cui officium suum sit damnosum *l. videlicet 28. D. ex quib. caus. maior. l. tutorem 22. D. de his quæ vt indign.* iunct. *l. post legatum 5. §. aduocatum eod.* Et ob eam causam dicimus huic tutori succurri, cùm iudicati actio non in eum, sed in pupillum datur. Sic enim loquitur Scæuola in *l. penult. D. quand. ex fact. tutor.* Nimirum quia strictæ iuris rationi conuenientius erat, vt iudicati actio daretur in tutorem qui esset ipse condemnatus. Ideò autem loquitur Scæuola de tutore qui infantem defendit, Non quasi aliud sit in eo qui pupillum infantiæ annos egressum defenderit, sed quia lōgè dignior est tutor cui succurratur si infantem quàm si maiori ætatis pupillū iudicio defenderit, cùm eo casu quo pupillus infantiā egressus esset, imputari quodāmodo tutori posset cur pupilli nomine iudiciū suscepisset, ac nō potiùs pupillo ipsi iudiciū proprio nomine accipiēdi autor fuisset. Videtur enim se offerre liti tutor qui mauult ipse pro pupillo iudiciū accipere, quàm pupillo, vt ipse accipiat autoritatē prestare. In eū autē qui se liti obtulit, iudicati actio dari solet *l. 4. D. de re iud.* Quod nō similiter obuici potest tutori, qui infantē defendit. Maximè si infantem intelligas eum non qui sit minor septennio, sed qui fari non possit, quomodo interpretati sumus præcedente illatione. Idque est quod Vlp. ait in *d. l. 2. & maximè si non se liti obtulit, sed cùm non posset propter absentiā pupilli, vel propter infantiam autor ei esse ad accipiendum iudicium.* Cæterùm quamuis fauorabilior sit tutor qui coactus iudicium accepit pro pupillo, non tamen vsque adeò potest imputari ei qui pupillo autor fieri potuisset, vt idcir co debeat morari in damno, cùm tantò diligentiorem & fideliorem se exhibuerit, malens ipse iudicium accipere quàm autoritatem præstare. Et ob id generaliter & indistinctè sequitur in *d. l. 2. & exinde multis rescriptis declaratum est in pupillum dandam actionem iudicati semper tutore condemnato.* Vt non vana fortasse coniectura sit dictionem illam *infantem* quæ extat apud Scæuolam in *d. l. pen. D. quand. ex fact. tutor.* irreptitiam esse, & à Triboniano substitutam pro dictione *pupillum* quam & reponi mallem. Quid enim causæ est cur tractemus de infante si idem iuris est in pupillo quolibet, etiam qui infantiæ annos excesserit? Idque fiet probabilius ex iis quæ adnotauimus illatione superiore. Sequitur apud Vlpianum in *d. l. 2. nisi abstineatur, Tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum, nec pignora tutoris capienda esse sæpe rescriptum est.* Pupillus nāque siue abstineat ipse, siue à tutore abstineatur (siquidem tutor etiā pupillum abstinere dicitur *l. cùm hereditas 59. eod. tit. l. penult. D. de autor. tutor.*) pro eo habetur acsi nunquam heres fuisset, scilicet quod ad prætorem attinet

l. miles 6. §. 1. l. in sententiis 59. & §. 1. & 2. D. de re iudic.

L. pen. D. quand. ex fact. tutor.

l. 4. D. de re iudic.

d. l. 2. D. de admin. tut.

Scæuola reprehenditur in d. l. pen.

d. l. 2.

l.si filius 12. D. de interrog. in iur. fac. *l.ex contractu 44 D. de re indic. l. penult. D. de autor. tutor.* *l. vlt. D. si quis caution*

l. si filius 12. *D. de interrog. in iur. fac.* Itaque cùm neque ipse, neque ipsius nomine tutor iudicium acceperit, nisi iure heredis, consequens est, vt quamuis absti neat pupillus, vel abstineatur post rem iudicatã, nihilominùs iudicati executio in eũ dari non possit *l. ex contractu* 44. *D. de re iudi. d. l. pen.* D. *de aut. tut.* Quò pertinet quod Papin. scribit in *l. vlt. D. si quis cautio.* Si tutor iudicio sisti promiserit, & stipulationi non obtemperauerit & interea pupillus vel absolverit, vel mortẽ obierit, aut etiam abstentus sit hereditate, denegãdã ex stipulatu actionẽ, scilicèt non minùs contra tutorẽ ipsum, quàm contra pupillũ. Nã & ipsius rei quę petebatur, inquit, si tutor cõdẽnatus fuerit, & eorũ quid acciderit, iudicati actio in eũ danda non erit. Ergo & si satisfederit tutor mox abstinuerit pupillus, fideiussoribus quoque ipsius subueniri debebit. Quẽadmodũ dici solet, cùm pupillus post immixtionẽ se abstinet succurrẽdũ esse fideiussoribus ab eo datis si ex hereditario cõtractu conueniantur *l. si pupillus* 89. *D. de acquir. hered. d. l. 2. §. amplius D. de admin. tut.* vbi additur, sed & si pupillus non abstinuit, quemadmodũ ipsi tutori non eo minùs succurritur, ita & fideiussoribus eius subueniri, ne ex iudicato tutoris nomine conueniri possint, maximè si pro absente pupillo, vel pro infante tutor satisfedit. Quod tamen sic intelligendum videtur si fideiussores à tutore dati sint tanquam pro tutoris persona ipsa, nõ pro pupillo. Qui enim pro pupillo interuenerunt licèt mandante tutore, fieri non potest vt nõ remaneant obligati quãdiu pupillus ipse & pupillus remanet, & obligatus. Alioqui ad quid vnquam prodesset datos à tutore fideiussores de iudicato soluendo? Planè si pupillo ipsi subueniatur ex aliqua causa iusta cui fauor ętatis cõiunctus sit, non nego ipsius quoque fideiussoribus subueniri oportere, vt solent cętera beneficia omnia quæ debitoribus principalibus indulgentur etiam colore ætatis, prodesse ipsorum fideiussoribus *l. 1. & 2. C. de fideiuss. minor.* Nisi proponas ob eam tantum causam acceptos fideiussores, vt contra periculũ restitutionis esset cautum creditori & contemplatione iuris prætorij, vt loquitur Papin. in *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. quod vulgo. D. de solut.* aut propter incertam ætatis ac restitutionis, vt idem Papin. ait in *l. si Titius* 48. *§.* 1. D. *de fideiussor.*

l. 1. & 2. C. de fideiuss. minor. *l. Stichũ aut Pamphilũ* 95. *§. quod vulgo D. de solut. l. si Titius* 48. *§.* 1. *D. de fideiuss.*

ILLAT. X.

De tutore qui debuit patri pupilli, nec soluit.

l. ita autem 5. §. debitor. D. de admin. tut.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt debitor patris qui tutelam filij administrauit, tutelæ iudicio teneatur etiã ob id quod patri debuit, *l. ita autem 5. §. debitor D. de admin. & peric. tutor.* Nempe quia cùm sicuti cęterorum pupilli bonorũ ita & actionum quas pupillus contra debitores suos habet dominus sit, potuit ille & debuit à seipso exigere, sicut & à cæteris debitoribus pupilli, sibiq; debet imputare si nõ fecerit id, quod præter eũ alius pupilli nomine facere nõ potuit. Nã generaliter quod aduersus aliũ præstare debuit, pupillo suo, id aduersus se quoque præstare debet: fortassis & plus. Aduersus alios. n. experiri sine actione nõ potuit, aduersus se potuit, inquit eleganter Vlp. in *l. quoties 9. §. & generaliter eod. tit.* Quod enim dici solet neminẽ posse agere sine actione *l. si pupilli* 6. *§. vlt.* D. *de nego. gest.* ad hũc casum nõ pertinet in quo nihil aliud exigimus à tutore nisi vt pupillo rationibus soluat, quod ei debet, vt verò soluat nulla actio necessaria est, si modò bonã fidẽ præstare velit cùm actiones nõ nisi contra perfidos cõparatæ sint eósque iuris gentiũ violatores *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de reg. iu. Theoph. in pr. tit. De act.* Quis verò & cui bonã fi-

l. quoties 9. §. & generaliter eod. tit. l. cùm amplius 84. §. is natura debet de reg. iur.

dem

dem præstare magis debet quàm tutor pupillo? Inde fit vt si sub vsuris grauioribus patri pupilli pecuniã debuit quàm sint pupillares, nihil sit quod ei imputetur, si soluerit. Etsi enim non fuit vtile pupillo eã pecuniã solui, quæ maiores vsuras pariebat quàm quas ratio pupillaris à tutore postmodum exactura sit, quidni tamen licere tutori debuit soluere, ne grauioribus illis vsuris se oneraret? At si nõ soluit cogẽdus est eas vsuras agnoscere quas à se exigere debuit *d.l. quoties 9. §. sed si sub vsuris.* Quid verò, si pupilli pater nõ debitorẽ suũ, sed eum pro quo fideiussit, tutorẽ dederit filio? Tutoris officio conueniet, vt cùm dies præstandæ pecuniæ venerit creditori debitum soluat *d.l. quoties §. si paterfamilias*, vbi ex hoc infertur, si cessante tutore pupillus suæ tutelæ factus soluerit ex causa fideiussoria, non solùm mandati, sed etiam tutelæ actione contra tutorẽ hoc nomine agi posse, propterea quòd ei sit imputandum cur pro se non soluerit. Sed si debitor in diem fuit iste tutor, quibusdam placuit distinguendum esse an is dies post tutelam finitam superuenerit, an verò durante adhuc tutela: Vt priore casu non veniat eares in tutelæ iudicium, posteriore verò in tutelæ iudicium omnimodo deuoluatur. Quæ distinctio apertam sanè hebet rationẽ: Cùm enim dies non nisi post finitam tutelam supetuenit, nemo dixerit imputandum esse tutori cur non soluerit eo tempore quo tutor adhuc erat, cùm is qui in diem debitor est totum tempus medium habeat liberum ad soluendũ *l. quod quis 50. de oblig. & action. l. qui hoc anno 42. D. de verb. oblig.* Ex eo igitur duntaxat tempore potest imputari cur non soluerit, ex quo soluere debuit. Atqui eo tẽpore iã finita erat tutela, Ergo tutelæ actione conueniri eo nomine non potest, cùm actio illa contra tutorem non ob alia competat, quàm ob ea quę tutor vel gessit, vel gerere debuit quasi tutor, aut saltem occasione tutelæ. E contrario si durante adhuc tutela dies venerit, quoniam ex eo tempore imputãdum est tutori cur non soluerit, fatendum est omnimodo ex hac causa obstringi eum iudicio tutelæ. Et tamen improbat hanc distinctionẽ Vlpianus distinguítq; ipse aliter, An scilicet tutor cœperit labi facultatibus, necne, vt si cœperit labi facultatibus, teneatur iudicio tutelæ, siue ante, siue post finitam tutelã dies obligationis venerit, si verò idoneus sit, nihil veniat in tutelę iudicium, nec si durante adhuc tutela venerit dies. Cuius distincticnis tota æquitas in eo consistit, quod cùm tutor soluendo est parum interest pupilli an tutelæ actionem aduersus tutorem habeat, an verò mandati. At cùm solũdo esse desiit, interest sanè propter priuilegium quod actio tutelæ habet, nõ etiã actio mandati inter actiones personales: itémque propter fideiussores qui solent accipi Rem pupilli saluam fore, ex causa scilicet tutelæ non mandati. Verùm non possum ego videre quænam vel iuris, vel æquitatis ratio hanc Vlpiani distinctionem tueatur. Quantumuis enim idoneus & soluendo sit tutor, non ideò tamen pupillo aufferenda est actio, quam suo iure habet contra tutoris fideiussores ob culpam quam in administranda tutela tutor admisit si ante finitam tutelam debuerit soluere proprio creditori, vt à fideiussione pupillum liberaret nec soluerit. Nostra enim valde interest plures habere debitores pluréſque actiones tum etiam cùm debitores omnes sunt soluendo *l. generaliter 28. C. de fideiuss.* Ex diuerso autem tum quoque cùm tutor facultatibus labi cœpit, non debet ei vsque adeò faueri, vt actionem tutelæ habere debeat ob culpam quæ à tutore admissa non sit nisi finita iam tutela. Ita enim fit, vt qui pupillo fauor indulgetur, vergat in dispendium

d.l. quoties §. sed si sub vsuris.

§. si paterfamilias d.l. quoties.

d. §. si paterfamilias.

cęterorum creditorum tutoris contra quos actio mandati ſola pupillo competens nullum,vel temporis,vel taciti pignoris priuilegiũ eſſet habitura : itémque in detrimentum fideiuſſorum tutelæ , contra quos nulla dari poſſet actio ex ea cauſa quæ induceret mandati non tutelæ actionem.Quod vtrumque tam apertum eſt, vt non poſſit fieri mihi probabile Vlpianum contrà reſpondiſſe. Quare niſi me fallo eſt etiam hic locus vnus ex iis quos Tribonianus corrupit,nec minùs inſulsè quàm audacter. Illa enim verba à quibus Triboniani notâ incipit, *Ego & hoc & ſuperius ita verum eſſe puto ſi facultatibus labi tutor cœpit.Caterum ſi idoneus tutor fuit,nihil venire in tutelæ iudicio* nullam interpretationem commodam admittunt,niſi quæ præcedentibus ex diametro repugnet,quantum ad priorem illum caſum quem initio diximus cùm dies ſoluendæ pecuniæ pręteriit priùs quàm tutela finiretur.Qui caſus proculdubio ſignificatur iis verbis *& ſuperius* Et tamen ſuperiore illo caſu dixerat Vlpianus officio tutoris conuenire,vt cùm dies ſoluendæ pecuniæ præterierit ſoluat creditori,ideóque nec dubitandum quin ex ea cauſa non ſolùm mandati, ſed etiã tutelę teneatur.Addita etiam ratione,quòd ei imputetur cur pro ſe non ſoluerit,nęc adhibita illa diſtinctione,An idoneus poſtea manſerit,an factus ſit nõ ſoluendo. Quis ergo credat Vlpianum tam citò nullâque cogente ratione à ſeipſo diſſenſiſſe?In poſteriore ſpecie facilìùs poſſet hoc admitti , quia Vlpianus non tam ſuam quàm aliorum ſententiã retuliſſe videbatur iis verbis *quibuſdam videtur*. Quamquam nec illud poſſum videre quænam ſit hæc poſterior ſpecies ad quam accommodari velit Vlpianus eam diſtinctionem, Vtrum ante an poſt finitam tutelam dies venerit,& in quo differat à priore. Nã ſi dicas quod ipſe verborum contextus coget te dicere poſteriorem ſpeciem eſſe de tutore qui fuerit debitor in diem , Replicabo nec de alio priorem ſpeciẽ fuiſſe,vt conuincunt verba illa,*vt cum dies pecuniæ præterierit*,Niſi dicas poſſe videri diem pecuniæ pręteriiſſe tum etiam cùm pecunia non in diem debita fuerat,ſed ſub condicione quæ fuerit impleta. Sed quamuis hoc verum ſit, quid tamẽ poteſt referre an debitum fuerit in diem certum an ſub condicione quod ad hoc vt tutori qui ceſſauit in ſolutione,vel plus, vel minùs imputetur, Immò ſi verum amamus,quid refert an purè tutor ab initio debuerit , an in diem qui durante tutela venerit, an ſub condicione quæ ante finitam tutelam extiterit? Aut ſi cùm tutor in diem certum debuit adhibenda eſt aliqua diſtinctio ſiue prior illa , Vtrum dies ante an poſt finitam tutelam venerit, ſiue poſterior , Vtrum tutor idoneus manſerit, an verò labi facultatibus cœperit, Quidni etiam diſtinctiones eaſdem adhibebimus cùm tutor debuit ſub condicione? Sanè quamuis admitterem verba *cùm dies pecuniæ præterierit* eũ caſum comprehendere quo debitum contractum fuiſſet ſub condicione quæ extitiſſet,numquam tamen fatèbor non etiam illum complecti quo tutor fuiſſet debitor in diem. Cùm ergo ſententia eſſet generalis & verbis generalibus concepta,nihil attinebat ſubiicere quaſi diuerſum quidpiam & de quo nihildum dictum eſſet,*Quòd ſi in diem debitor fuit iſte tutor*.Sed cùm vellet Tribonianus ſupra modum fauere tutori eiúſque fideiuſſoribus eo caſu quo non oportebat,quaſi nihil intereſſet pupilli , an tutelæ , an potiùs mandati iudicio ſuum conſequeretur à tutore qui ſoluendo eſſet,non animaduertit immò fieri pupillo iniuriam, cùm ex duobus actionibus quas ſuo iure contra tutorem habiturus erat altera ei auferetur, nec vlla contra tutoris fideiuſſores relinquitur, quantum-

Tribonianiſmus.

quantumuis debitor sit soluendo. Cæterùm ita sensisse Vlpianum & scripsisse vt quod iste tutor alioqui iudicio mandati debiturus fuerat in tutelę iudicium deuolueretur, ex eo apparet quod statim sequitur in versic. item si, *Item si temporali actione obligatus fuit tutor dicendum est locum esse tutelæ iudicio vt perpetua actio sit.* Etsi ad aliam speciem hic versiculus pertinet, in qua scilicet tutor fuerit debitor ipsius pupilli. Tota enim ferè hac lege id agit Vlpianus vt ostendat tutelę iudicio teneri tutorem qui non fecit durante tutela quod facere debuit, Præsertim verò si ipse pupilli debitor aut creditor fuit. Hodie nullus his quæstionibus locus relinquitur, nisi in persona matris & auiæ, quibus scilicet solis permissum est tutelam habere liberorum etiam quorum sint ipsæ debitrices vel creditrices, quod alij nulli licet *Nouell. 94. Vt sine prohibit. matr. debitr. & creditr.*

Nouell 94. Vt sine prohib. matr. debitr. & creditr.

ILLATIO XI.

De *tutore qui creditor fuit patris pupilli.*

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt sicuti potest tutor & debet soluere pupillo quod ei debet, ita & exigere quod sibi debetur si creditor fuit patris pupilli. Nam & sibi soluere potest si modò pecunia fuit vnde solueret, Ait Vlp. in *d. l. quoties 9. §. sicut autem*, Nempe quia cùm tutor sit dominus pecuniarum vt & cæterarum rerum pupillarium nihil vetat quominùs ex iis possit sibi soluere. Ipsa verò vtilitas pupilli exigit vt id facere debeat, ad hoc vt pupillo liberatio acquiratur. Finge enim debitam fuisse pecuniam tutori sub grauioribus vsuris, Releuandus ab iis erit pupillus, quia tutor eum potuit liberare sicut allis quoque soluere & potuisset & debuisset. Nec vtique necesse habet si cõueniatur per iudicem soluere, idcircóque si mala causa pupillaris est, sibi ipsi denunciare verum debet. Denique Imperator Antoninus cum patre suo rescripsit, nec honoraria aduocatis præstita pupillo imputare tutores posse si supernacaneam & temerariam litem instituissent, cùm conuenirentur à vero creditore vt subiicit Vlp. in *vers. nec vtique*, vbi rationem & optimam & elegantem reddit, quia tutores bonam fidem agnoscere non prohibentur, Immò iubentur, quia probus ac diligens paterfamilias quilibet idem faceret. Non tantùm autem sibi soluere tutor potest verùm etiam sibi creditam pecuniam scribere, séque mutua pecunia obligare, sibi mutuam datam proscribendo *§. non tantùm d. l. quoties.* Cùm enim ad mutuum contrahendum nihil aliud exigatur nisi vt per causam crediti pecunia ex mea fiat tua *l. 2. §. appellata D. de reb. cred.* tutor autem dominus sit pecuniæ pupillaris, consequens est vt Titius tutor Sempronij possit tanquam tutor & Sempronij nómine pecúniam credere sibi ipsi tanquam Titio, atque ita duplicem personam sustinere & mutuam dantis, & mutuam accipientis.

d. l. quoties 9. §. sicut autem D. de admin. tut.

d. §. sicut vers. nec vtique.

§. l. quoties §. non tantùm.

ILLATIO XII.

De *vno ex pluribus tutoribus volente agere in contutorem.*

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt cùm plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem nomine pupilli actio dari debeat *l. cùm plures 12. in princ. eod. tit.* quia cùm omnes sint æquè domini, nemo ex iis plus iuris habere potest quàm cæteri, quod tamen esset necesse vt aduersus alios agere posset. Itaque cùm tutores duo post factam rerum pupillarium venditionem pecuniâ inter se diuisissent, & post eam diuisionem alter eorum in exilium datus esset

l. cùm plures 12. in princ. eod tit. De admin. tut.

Digitized by Google

durante tutela, deinde actore constituto cõtutor eius partẽ pupillaris pecuniæ ab eo actore petere vellet. Modestinus respondit in *l. sine herede* 32. *§. vlt. eo. tit.* neque hoc etiam casu permittendum contutori vt tutelæ actionẽ exerceat. Idque est quod Vlp. ait in *l. actus sui* 19. *eod. tit.* actus sui rationem contutori vel concuratori rẽddere compellendum non esse contutorem aut concuratorem, sed nisi cum eo administrationem communicet, aut si non ex fide tutelam vel curam gerat suspectum eum postulari posse. Item quod Imperatores in *l. 2. C. eod.* aduersus adolescentis curatorem non posse collegas iudicium exercere quandiu communis administratio durat. Nã si administratio non duraret cõmunis, aliud esset nihilque prohiberet ei qui tutor maneret actionem dari contra eum qui tutor esse desiisset. Ideóque Modestinus in *d. l.* 32. *§. vlt.* respondit aduersus cõtutorem quamuis relegatum non posse iudicio exerceri, nẽpe quia relegatus non definit esse tutor, cùm neque libertatem amittat, neq; ciuitatem.

l. sine herede 32. *§. vlt. eod.*

l. actus sui 19. *eod.*

l. 2. C. eod.

d. l. 32. *§. vl. D. eod.*

ILLATIO XIII.

De tutore seruo pronunciato qui emerat ex pecunia pupilli.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod scribit Vlp. in *l. circa* 11. *eod. tit.* circa pupillum cuius tutor seruus erat pronunciatus rescriptum esse à Diuo Pio in iis rebus, quas ex pecunia pupilli seruus comparauerat, dominum nõ posse vti prærogatiua deductionis, hoc est non habere priuilegium vt si quid ei seruus debuit, in iis bonis præferatur, Quamuis dici soleat nullum priuilegiũ præponi patri vel domino posse cùm ex persona filij vel serui de peculio conueniuntur *l. ex facto* 52. *D. de pecul.* Nimirum, quia in eo quod seruus hic gessit tanquam tutor, non potest fieri vt habeatur pro seruo, cùm pro domino haberetur. Ergo hoc casu res cõparatæ ex pecunia pupilli erunt pupilli, saltẽ quoadusque plenissimam indemnitatem sit consecutus: Nam & extantem pecuniam vindicare pupillus posset, & consumptam condicere si mutuo data, non in prædiorum comparationem versa fuisset, quia ius alienandi pecuniam pupillarem non habuit, qui verus tutor non fuit, *d. l. ex facto vers. plane.*

l. circa 11. *eod. tit.*

l. ex facto 52. *D. de pecul.*

d. l. ex facto vers. plane.

ILLATIO XIV.

De comprobandis omnibus ijs quæ gesta sunt à tutore bona fide.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quæ bona fide à tutore gesta sunt rata haberi debeant etiam ex rescriptis Traiani & Hadriani acsi à pupillo ipso gesta essent aut tutor verus dominus fuisset *d. l. cùm plures* 12. *§.* 1. *D. eod.* vbi ex hoc infert Paulus, pupillum non posse vindicare rem quam legitimè tutor distraxerit. Nam & inutile esset pupillis, inquit, si administratio tutorum non seruaretur, nemine alioqui futuro qui vel ab iis emere vel aliter cum ipsis contrahere vellet. Itaque vel ipsa pupillorum vtilitas ius hoc extorsit, quamuis prima facie pupillorum vtilitatem impugnare videatur. Magnum enim esset pupillorum incommodum si nemo cum tutoribus contrahere vellet, nemo accedere ad emptionẽ rerũ pupillariũ nec si bona fide distraherẽtur *l. ait prætor* 7. *alias l. etsi sine §. quæsitũ D. de min.* vbi ob hãc causam Vlp. monet prætores qui quotidie restituunt pupillos in integrum aduersus venditionem rerum pupillariuin si fortè superueniat qui plus liceatur, vt circumspectè id faciant, non temerè

d. l. cùm plures 12. *§.* 1. *D. de adm. tutor.*

l. ait prætor 7. *alias l. etsi sine §. quæsitum D. de minor.*

merè nec paſſim. Quod & in cæteris minoribus obſeruandum eſſe monet Paulus in *l.quod ſi minor* 24.§.1.*eod. Alioqui*, inquit, *quodammodò eis commercio interdicetur*. Nec intereſt an tutor ſoluendo ſit necne: quia ſi bona fide res geſta ſit ſeruanda eſt etiamſi tutor ſoluendo non ſit. Si verò mala fide ſeruanda non eſt nec valet alienatio, vt maximè tutor ſit ſoluendo *d.l.cùm plures* §.1. Vnde enim diuinare poteſt is qui cum tutore contrahit bona fide an tutor ſoluendo ſit, an non? *l.4.§.illa etiam quæſtio* 23.D.*de doli mal.except.l.4.in fin.de euict.*

l.quòd ſi minor 24.§.1. eod.

l.4.§. illa etiam quæſtio D.de doli mal.exc. l.4 in fi. De euict.

ILLATIO XV.

De tutore qui poſt finem tutelæ perſeuerauit in officio per errorem.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutores qui poſt finem tutelæ per errorem in officio durantes rerum adminiſtrationem retinuerunt, nominum paternorum periculum quæ poſt pubertatem adoleſcentis idonea fuerunt, præſtare cogendi non ſint *l.tutores* 39.D.*de adminiſtr.tutor.* quia nimirum nec ſine actione agere potuerunt *l.ſi pupilli* 6.*§.vlt.de negot. geſt. l. ſi quid poſſeſſor* 31.*§.pen.D.de petit.hered.* nec habere actionem poſt pubertatem, cùm pubertate deſierint eſſe tutores & conſequenter domini rerum pupillarium. Dominum enim eſſe neceſſe eſt eum qui velit agere, cùm actio nihil aliud ſit quàm ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur. *l.nihil aliud* 51.D. *de oblig. & action.* Nec diſſimile eſt quod idem Papin. ſcribit in §.*tutores d.l.tutores*, pupillo conſtituto pubere ſi tutores litem appellationis inchoatam iuſſu Conſulum ob notitiam rei perfecerint, non ſubiici eos periculo culpæ ſi iudicatum perſecuti non fuerint, cùm neque perſequi potuerint qui ſcilicet tutores eſſe deſierunt.

l.tutores 39. D. de adm. tutor.

l.nihil aliud 51. de oblig. & action. d. l. tutores §. tutores.

ILLATIO XVI.

De nomine pupillari quod deſiit eſſe idoneum poſt mortem pupilli.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt cùm poſt mortem pupilli deſinit eſſe nomen idoneũ, tutor periculo eximatur *l.cum poſt mortem* 43.*in princ. eod.tit.* Cùm enim alia ratio non ſit propter quam periculum nominum pupillarium ad tutorem pertineat, niſi quia ſit ipſe quodammodo dominus, periculum autem ad dominum ſpectare ſoleat *l.quæ fortuitis* 6.*C.de pignor.act.* cõſequens eſt vt ſicut morte pupilli finitur tutela, ita & finiatur dominium illud quod in bonis pupilli tutor non niſi tanquam tutor habuit. Quæ etiam ratio eſt reſponſi Scæuolæ in *l.Titium* 47.§.*Lucius eod.tit. De admin. tutor.* vbi cùm proponeretur Lucium Titium pecuniam mutuam à tutore accepiſſe, ac rẽ hereditariam pignori ei dediſſe, deinde poſt triennium iam puberibus his quorum tutela adminiſtrata fuerat, fiſco adiudicata eſſe bona defuncti, quia mortẽ eius non eſſet vltus heres, reſpondit Scæuola id nomen nec à pupillo recuſari poſſe, nec ad tutorum onus pertinere, Non quia damnum ſubitò emergens in re pignorata non ſit tutori imputandum vt voluit Bart. (nec enim ſubitò emerſiſſe damnum videri poſſet quod poſt triennium emerſiſſet) ſed quia deſierat hic eſſe tutor cùm pupilli cœpiſſent eſſe puberes. Dices, ſi bona eſſet hæc ratio, perinde fore conſequens vt fundorum etiam pupillarium periculum ad tutorem tanquam ad dominum pertineret, quod tamen non ita eſt. Sed

l. cùm poſt mortem 43. in princ. eo. tit.

l.Titium 47 §. Lucius eod.tit.

respondeo aliam esse rationem fundorum, aliam actionum. Fundorum enim periculum ideò ad tutorem pertinere non potest, quia non est in tutoris potestate vt eos alienet ad hoc vt se periculo liberet, cùm non sit tutor dominique loco vt diminuat patrimonium pupilli sed vt augeat potiùs & ex bona fide administret *l. Lucius* 46. *§. vlt. de admin. tutor. l. tutor* 33. D. *de furt. l. qui fundum* 7. *§. si tutor D. pro empt.* At actiones impunè extinguere tutor potest dummodo ita extinguat vt pro actione pecuniam pupillo acquirat, quod tunc facit cùm accipit solutionem, quia id ex pupilli vtilitate est, cuius proculdubio interest pecuniam exactam in patrimonio habere potiùs quàm actionem ad eam exigendam *l. minor* 40. *in pr. D. de minor.* Itaque si durante tutela nomen debitoris factum sit minùs idoneum, probè imputari potest tutori cur id non exegerit, cùm potuerit exigere tanquam dominus, & consequenter ad eum spectare debeat periculum tanquam ad dominum.

l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tut. l. tutor 33. D. de furt. l. qui fundum 7. § si tutor D. pro empt. l. minor 40. in princip. D. de min.

ILLATIO XVII.

De tutore qui pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauit.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauit, nihil videatur fecisse contra constitutiones quæ prohibent tutori ne pecuniam pupillarem in suos vsus conuertat *l. Lucius* 46. *§. tutorem* D. *de admin. tut.* Nempe quia cùm tutor tanquam tutor sit dominus rerum pupillarium, nihil facit contra officii sui rationem si pecuniam pupillarem quamuis suo nomine fœneret, siquidem non eo minùs salua sunt pupillo nomina si modò sint integra & bene contracta *l. cùm quæritur* 16. *eod.* Nec eo minùs videtur tutor negotiũ pupillo gessisse quãuis suo nomine fœnerauerit, cùm hoc ipso quod pecuniam pupillarem fœnerauit, ostenderit se tutorio nomine agere, Quod verò sibi stipulatus est facere suo iure potuerit, tanquã qui dominus esset hoc ipso quod tutor esset. Sanè in vsus suos pecuniam pupillarẽ conuertisse dici non potest qui eam sibi fœnerauit, nec si animum sibi non pupillo gerendi negotij habuisset, quoniam qui fœnerat conuertit pecuniam in nomen, non in vsum aliquem, quandoquidem transfert eam in accipientẽ nec facit suam: Ideóque nihil potest videri facere contra constitutiones quæ prohibent ne tutor pupillarem pecuniam in suos vsus conuertat. Sed illud hîc obseruatione dignum est quod necessariæ fuerunt eæ constitutiones, non aliam scilicet ob causam, quàm quòd alioqui liceret impunè tutori id facere pro suo iure, quippe qui pecuniæ pupillaris perinde ac suæ dominus esse existimetur.

d. l. Lucius §. tutorem. D. de adm. tut.

l. cùm quæritur 16. eo.

ILLATIO XVIII.

De tutore qui putans se rectè à matre datum distraxit res pupillares.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt si à matre datus testamento tutor cùm putaret se tutorem esse distraxerit bona materna & paterna pupillorum, & decesserit non soluendo, pupillum nihilominùs eas res ab emptoribus vindicare posse dicendum sit *l. Titium* 47. *§. à matre D. eod. tit. de admin. tutor.* quia non possunt videri alienatæ à domino quæ fuerunt venditę à non tutore. E contrario pone verum tutorem rerum & animaliũm pupilli venditionem fecisse, sed quædã animalia emptoribus preciũ non soluentibus remisisse, & apud

l Titiũ 47. §. à matre eod. tit.

& apud se habuisse, eundémque rationibus pupilli precium accepto tulisse, ex his animalibus aliquot nata esse si pupillus postea pubes factus ea vindicare velit, non erit audiendus *l. tutor rerum* 56. *D. eod.* Nempe quia verum est fuisse animalia ista vendita à vero tutore proindéque à domino, atque ita translatũ dominiũ in emptores quibus non soluentibus licuit tutori animalia quamuis vẽdita retinere, & quidem sibi, cùm alioqui periculo ipsius futurum id fuisset, si emptores precium numquam soluissent, quia imputari tutori potuisset cur cũ talibus emptoribus contraxisset. Itaque ad hunc casum non pertinet quod dici solet tutorem lucrum facere ex tutela non debere *l. qui negotiationem* 58. *in fine principy eod.* facit enim non tanquam tutor sed tanquam is qui in iustorum emptorum locum fuerit substitutus.

l. tutor rerũ 56. eod.

l. qui negotiationem 58. in fine princip. eod.

ILLATIO XIX.

De necessitate autoritatis pupillo per tutorem præstandæ.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt pupillus nihil possit facere sine tutoris autoritate, non magis quã alius quilibet extraneus qui nihil omnino iuris in rebus pupillaribus haberet, Et è contrario, vt tutoris sit autoritatẽ præstare, id est dicere se probare id quod agitur. Hoc enim est autorẽ fieri *l. 3. & tot. tit.* D. *de autor. tut.* Nempe quia nemini permissum est vt inuito vel ignorante domino disponat, Cùm hoc ipsum sit esse dominum, liberam rei pro arbitrio tractandæ facultatem habere *l. an re mandata* 21. *C. mandat. l. in suis* 11. *D. de liber. & posthum.* Igitur cùm tutor quantum ad prouidentiam pupillarem intelligatur dominus rerum pupillarium non pupillus, consequens est, vt nihil pupillus ex bonis suis administrare possit sine tutore, possit verò tutor omnia etiam sine pupillo.

l. 3. de autor. tutor.

ILLATIO XX.

De eo qui emit à pupillo ex autoritate tutoris tutelam non gerentis.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt si à pupillo plures habente tutores aliquid emerim eo tutore autore qui tutelam non gerat, id est cui administratio tutelæ concessa non sit, non magis dominus fieri possim rei pupillaris, quàm si emissem eo tutore autore qui iam à tutela remotus fuisset *l. etsi pluribus* 4. D. *de autor. tutor.* quia nimirum non tutor quilibet pro domino habetur, sed is demum qui tutelam gerit vt diximus illat. 6.

l. etsi pluribus 4. D. de autor. tutor.

ILLATIO XXI.

De tutore volente rem pupillarem emere à pupillo.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, vt rem pupillarem emere tutor nõ magis possit à pupillo quàm suam propriam nec per se, nec per interposi tam personam. Vtroque enim casu fieret vt idem & venditoris & emptoris officio fungeretur *l. pupillus* 5. *§. item ipse tutor* D. *eod.* vbi tamen subiungit Vlp. si tutor hic habeat contutorem cuius autoritas sufficere possit, hoc est qui & tutelam ipse administret, & solus administrare non sit prohibitus posse emere à pupillo adhibita istius contutoris autoritate, dummodò bona fide, Alioqui si mala fide emptio facta est, licèt autoritas eius contutoris intercesserit, nullius momẽti erit emptio, ita vt nec debeat prodesse ad vsucapionẽ, Nisi pupillus ætatis suæ factus comprobauerit emptionem. Tunc enim contractus valebit.

l. pupillus 5. §. item ipse tutor. eod.

Digitized by Google

Nihil autem interest an tutor ipse per se emat an per interpositam personam, Nisi quod hoc casu apertius est eum mala fide rem gerere, qui alienam personam adhibet, vt callidiùs & obscuriùs sub administratione tutelæ pupillique vtilitate latenter sua commoda iuuet, quemadmodũ loquitur Thryphoninus in *l. non existimo* 54. *De adm. & peric. tut.* Quid ergo si palàm & publicè fiat vẽditio rei pupillaris, hoc est autoritate iudicis interueniente vt fieri passim solet, ipsique tutori multò consultius est, ne pupillus quandoque possit ei imputare multò pluris vendi rem potuisse si publicè distracta fuisset, An emere tutor poterit sicut alius quilibet posset? Vtiq; dũ ne quid cãllidè fiat, & mala fide, Adeò vt nec ei noceat si posteaquam emit palam dederit, nomen alterius pro suo, nõ per fraudem, sed simpliciter vt honestiores solent non pati nomina sua instrumentis publicis inscribi *§. sanè si ipse eiusd. leg.* Et ratio diuersitatis inter hunc casum & superiorem illa est, quod cùm palã & publicè autoritate iudicis quid venditur, iudex ipse vendere intelligitur eius nomine cuius res est, ob idque nihil prohibet, quominùs tutor sit emptor, qui hoc casu venditor non est. Sicut euenit tunc etiam cùm creditor pupilli distrahit, vt æquè possit tutor ab eo emere bona fide *§. sed etsi creditor eiusd. leg.* At cũ tutor vendit non potest emere, sicut nec ipse creditor cùm vendit iure creditoris emere pignus potest siue per se siue per interpositam personam *l. & qui sub imagine* 10. *C. de distr. pignor.* Sed etsi filius tutoris vel quæ alia persona iuri eius subiecta emerit, idem dicẽdum erit atque si ipse emisset *d. l. pupillus* 5. *in fin.* facilè enim fraudis consilium initum creditur inter personas domesticas & suspectas *l. data* 27. *C. de donat.*

l. non existimo 4. De admin. & perc. tutor.

§ sanè si ipse d. l. 5 de autor. tut.

§. sed etsi creditor eiusd. leg.

l. & qui sub imagine 10. C. de distr. pignor.

d. l. pupillus in fin.

ILLATIO XXII.

De tutore autoritatem præstante in rem suam.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, vt tutor in rem suam pupillo autor fieri nõ possit *l. 1. l. quod dicimus* 7. *D. de aut. & consens. tut.* nõ magis quàm cum seipso contrahere & agere de ea re cuius ipse sit dominus, Nimirum quoties per semet vel per subiectas personas acquireret sibi stipulationẽ. Itaque nec filio suo aut seruo contrahente cum pupillo poterit ille autor fieri, nec rursus si filius sit tutor poterit autor esse pupillo in rem patris non magis quàm in rem suam *d. l. quod dicimus* 7. *§. vlt.* quia sicut persona ita & res patris & filij vna eadémque esse creditur *l. in suis* 11. *De liber. & posth. l. vlt. C. de impub. & aliis subst.* iunct. *l. 1. vers. & cùm quidam D. de autor. tutor.* Potest tamen tutor autoritatem suam accõmodare pupillo adeũti hereditatem sui debitoris, licèt ita fiat vt pupillus debitor sui tutoris efficiatur. Quia ratio prima autoritatis ea est vt pupillus heres fiat: Per consequentias verò & vbi heres factus est contingit vt debitum subeat, quemadmodum subtiliter ratiocinatur Vlp. in *d. l. 1.* Attendendum autem est quod fit principaliter non quod per consequentias. *d. l. quod dicimus.*

l. 1. l. quod dicimus 7. eo. tit. De aut. tutor.

d. l. quod dicimus §. vl.

d. l. 1. vers. & cùm quidam eod.

ILLATIO XXIII.

De *autoritate statim & in ipso negotio vel incontinenti præstanda.*

VIcesimotertiò ex eodẽ Principio fit, vt tutor statim in ipso negotio præsẽs debeat autor fieri, hoc est vel tunc cũ negotiũ geritur, vel saltẽ incontinẽti postquàm perfectum negotiũ est, vt supra explicauimus post tẽpus verò aut per

per epiſtolam interpoſita eius autoritas nihil agat *l.obligari 9.§.fin.* D. *de aut. tut.* Nempe quia cùm negotiũ à pupillo geſtũ vires accipiat ex autoritate tutoris perinde acſi tutor ſolus id geſſiſſet, non poteſt fieri vt videatur tutor geſſiſſe negotium in quo gerendo non fuerit præſens. In cóq; minus iuris habet pupillus quàm alius quilibet diſponens etiam de re aliena. Sufficeret enim ſequi quandocunque domini ratihabitionem, vt cõtractus à non domino geſtus cõfirmaretur. Ratihabitio ſiquidem pertinet ad ea negotia quæ alius geſſit nomine ratum habentis. Atqui pupillus nihil geſſiſſe intelligitur, quia nullũ negotium gerere poteſt ſine tutore, & quicquid facit ſine tutoris autoritate non tã pro malè facto quàm pro non facto habetur, cùm ea ætas ignoret etiã illa quæ videt *l.in negotijs* 5. *De regul.iur.l.1.C.de falſ.monet.* Ergo quod pupillus ſine tutore geſſit ratum poſteà haberi à tutore non poteſt, ſed ex integro contractum iniri neceſſe eſt vel à tutore ſolo vel à pupillo ex tutoris autoritate.

l.obligari 9. §. tutor. eod.

l. in negotijs 5. de reg. iur.

ILLATIO XXIV.

De tutoris autoritate præſtita non exaudiente illo, qui contrahit cum pupillo.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, vt etiamſi tutoris autoritatem nõ exaudiat is qui cum pupillo contrahit, & tamen ſcriptis hoc adprobetur, nihilominùs rectè negotium geratur, Veluti ſi pupillo abſenti vendam aliquid aut locem per epiſtolam, & is tutoris autoritate conſentiat *d.l.obligari §.vltim.* quia vt conſenſus ex quo æſtimanda eſt venditio & locatio interueniſſe intelligatur, ſufficit vt eodem tempore & pupillus & tutor conſenſerint, ille emendo vel conducendo, hic autoritatem præſtando. Nec eo minùs tutor domini loco habetur quod autoritatem eius non exaudiat is qui contrahit cum pupillo. At vt valeat eius autoritas nihil aliud exigitur, niſi quod domini loco habeatur: Duntmodò illud etiam addas vt negotium, quod geritur intelligat. Neque enim multum intereſſet an abfuiſſet tutor cùm negotium contraheretur, an præſens ignoraſſet, quale eſſet quod contrahebatur *l.non multum* 14. *eod.tit.* Sicut & nulla differentia eſt an non interueniat tutoris autoritas, an perperam adhibeatur *l.2.eod.*

d.l. obligari 9. §. vlt. de autor. tutor.

l. non multum 14. l.2. eod.tit.

ILLATIO XXV.

De tutore cæco autoritatem præſtante.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit, vt etiamſi tutor cæcus factus ſit, autor tamen fieri poſſit. *l.etiamſi 16. D.eo.tit.de autor.tut.* Quamuis enim ex quo tempore cæcus factus eſt, deponere tutelam poſſit ſi velit *l.poſt ſuſceptã 40. D.de excuſat.tut.* tamen quouſque depoſuerit tutor manet, ac proinde dominus. Illa tamen dubitandi ratio erat, quod non videretur hic poſſe tutelam adminiſtrare: ſolus autem tutor ille domini loco habeatur, qui tutelam adminiſtrat. Sed pertinet hoc ad excludendam eorum autoritatem qui vel adminiſtrandi ius nullum habent, vel cùm haberent, adminiſtrare tamen numquam cœperunt, quos omnes ſupra diximus licèt reuera tutores ſint, tamen nec tutorum nec dominorum loco habendos eſſe quod ad præſtandam autoritatẽ. At is qui ſemel adminiſtrare cœpit, & vel minimum ex tutela attigit, licèt poſtea

l.etiamſi 16. eod.

l.poſt ſuſceptam 40. D. de excuſ. tutor.

itized by Google

ceſſet adminiſtrare, non eò minùs remanet verus tutor, dummodo ius adminiſtrationis retineat, quamuis inutile ob aliquod impedimentum facti quod ſuperuenerit. Pars tamen eſt adminiſtrationis eáque non minima præſtare autoritatem. Poteſt quidem patrimonium pupilli eſſe ita compoſitum vt nihil gerere neceſſe ſit in quo tutoris autoritas interponi debeat *l. qui tutor 28. de adm. tut.* Sed è contrario fieri nequit vt autoritas in aliquo vel minimo negotio interponatur quin hoc ipſo tutela adminiſtretur.

l. qui tutor 28 D. de admin. tut.

ILLATIO XXVI.

De *impubere cui tacenti autoritatem præſtat tutor.*

VIceſimoſextò ex eodem Principio fit, vt impuberes tutore autore obligentur etiamſi taceant, puta mutuam pecuniam accipiendo ſi modo tutoris autoritas interponatur. Et ſimiliter ſi nondebitam pecuniam acceperint, quamuis tacuerint, tamen interpoſita tutoris autoritas ſufficiet vt condictione teneantur *l. impuberes 13. D. de autor. tutor.* Quid enim neceſſe eſt loqui pupillum cùm tutor ipſe ſit dominus?

l impuberes 13. D. de aut. tutor.

ILLATIO XXVII.

De tutore actoris & rei præſtante autoritatem vtrique.

VIceſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſi & accipientis & edentis iudicium idem tutor ſit, vtrique autor fieri poſſit adeóque vna ſufficiat autoritas dummodò facta eo animo vt ad vtrumque pertineat *L. accipientis 15 eo. tit. De aut. tut.* quia cùm autoritas præſtetur à tutore tanquam à domino, ſicut vnus tantùm tutor eſt ita vnus tantùm dominus, & conſequenter vna tantùm autoritas ſufficere poteſt, licèt Marcianus referat Pomponium de hoc dubitaſſe. Ratio autem dubitandi erat, quia ſi duo iſti vellent dare vnum procuratorē duntaxat, non eſſet eis permittendum, quoniam res expediri non poteſt citra adiudicationes & condemnationes *l. licèt 42. §. ſi plures D. de procur.* vbi manifeſtum eſt pro *circa* legēdum, *citra*. Cur ergo tutorem vnum habere potuerūt, qui non poſſent habere vnum procuratorem? Sed diuerſitatis ratio eſt euidēs, quia tutor nihil niſi autoritatem præſtat, quam pluribus præſtari nihil impedit deinde iudicium ipſum reddi inter pupillos, & ex iis alij adiudicationem fieri, alium condemnari. At procurator ſaltem per conteſtationem fit dominus litis ita vt in ipſius non in conſtituentis perſonam concipienda ſit ſententia. Inde fit vt & actoris & rei procurator idem eſſe nullomodo poſſit.

L. accipientis 10. eod. tit.

l. licèt 42. §. ſi plures D. de procurat.

ILLATIO XXVIII.

De *non cogendo tutore vt autoritatem pupillo præſtet.*

VIceſimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillo autor fieri tutor nolit non debeat prætor eum cogere. *l. ſi tutor 17. eod. tit. De autor. tut.* Cùm enim ea ſola ratio ius ei tribuat præſtandæ autoritatis, quòd ſit dominus, aut ſaltem domini loco, an non fuerit iniquum cogi dominum id facere quod nolit? Et verò aut expedit pupillo autoritatem præſtari aut non expedit. Si nō expedit, iniquiſſimū ſit cogi tutorē id facere quod ab vtilitatibus pupilli alienū eſſe videat, & propter quod futurum ſit vt aliquando tutelæ iudicio teneatur. Sin expedit,

l. ſi tutor 17. eod. tit. De autor. tutor.

Digitized by Google

expedit,hoc vnum sufficere pipillo debet, quod tutorem suum iudicio tutelæ obligatum habet ad hanc iacturam sarciendam.Quo dilemmate Paulus vtitur in *d.l.si tutor.*

ILLATIO XXIX.

De non delegando tutore qui pupillo suo debeat,ipso autore.

VIcesimononò ex eodem Principio fit,vt quamuis pupillus debitorem suum tutore autore delegare possit, si tamen tutor ipse pupillo suo debeat,neque delegari tutor ipse possit,neque precurator aduersus eum dari tutore ipso autore,quia futurum esset,vt autoritate sua liberaretur *l. potest* 18.*l.vlt. eod.tit.* *De autor.tutor.* Iam autem suprà diximus tutorem pupillo autorem fieri in rem suam non posse,non magis quàm eiusdem rei dominum esse & non esse.Nam quatenus autoritatem præstat dominus esse intelligitur. Quatenus verò delegatur tanquam debitor pupilli,non potest videri dominus, sed potiùs creditoris sui quodammodo seruus. At vt in eodem negotio dominus & non dominus sit,vel esse intelligatur,fieri nequit,non magis quàm vt debitor & creditor.

l. potest 18. l. vlt. eod. tit.

ILLATIO XXX.

De tutore dando ad præstandam autoritatem in iis quæ sollennitatem iuris desiderant.

TRigesimò ex eodem Principio fit, vt licèt curator etiam impuberi tutorem fortasse iam habenti dari possit, vt diximus in præcedentibus, tamen ad ea quæ sollennitatem iuris desiderant explicanda, tutore opus sit ad præstandam autoritatem *l.curatorem* 19.D.*eod.* *De autor.tutor.* Nempe quoniã actus illi sollennes & legitimi cùm per procuratorẽ expediri non possint,exigunt necessariò interuentum personæ cuiusmodi est manumissio,aditio hereditatis & alij similes de quibus in *l.actus legitimi* 77.*De regul.iur.l. cum in vna* 17.*§.tutor D.de appellat.* Curator autem licèt domini loco sit quod ad bonorum administrationem pertinet,in eóque tutori simillimus,tamen in personã ipsam siue impuberis,siue minoris nullũ ius habet,tantũ abest,vt videri possit domin' pupilli,quomodo tutor quodãmodo est,qui pupillũ habet in potestate.Ideóq; mirũ nõ est quod scribit Modest.in *l.puberes* 101.*De ver.obli.* puberes sine curatoribus suis rectè obligari,cùm obligatio ex facto personæ proficiscatur.Nec est contrarium quod minor habens curatorem & pupillo & prodigo cui bonis interdictũ est æquiparetur *l.si curatorem* 3.C.*de in integr.restit.minor.* Id enim verè dicitur in iis tantùm quæ ad causam administrationis pertinent, vt puta si minor hic vendere aliquid velit ex iis bonis,etiam quorum alienatio alioquin ei permissa esset autore curatore.At vt se obliget ex stipulatu,vel quo alio modo qui ex bonorũ ipsius administratione non proficiscatur, extra causam administrationis est,ideóque non indiget in eam rem autoritate curatoris,vt puta si hereditatem quantumuis damnosam adire velit atque ita ex quasi contractu obligare se & creditoribus & legatariis *l.3.§.vl.cum l.seq.* D.*quib.ex cauſ.in poſſ.ea.l.si quis absente* 5.*§.heres quoque* D.*de oblig.& actions.* Nemo enim dixerit prohiberi minorem quominùs sibi delatam hereditatem adeat sine curatoris autoritate.Si verò bona sua velit vendere,vel locare,vel permutare,aut de iis alio quolibet modo contrahere,nõ potest nisi curatore autore,

l.curatorem 19.eod.

l.actus legitimi 77. De reg.iu l.cùm in vna 17.§. tutor. De appellat.

l. puberes 101. de ver. oblig.

l. si curatorem 3. C.de in integr. restit. minor.

Digitized by Google

quia hoc demũ casu verum est minorem, vel pro impubere, vel pro eo quem magistratus prodigum pronũciauerit habendum esse. Quę distinctio ab interpretibus nostris non obseruata magnam iis errandi occasionem prębuit in iis quæ tractari solent circa in integrum restitutionem minorũm habentium curatorem.

ILLATIO XXXI.

De autoritate præstita per tutorem qui non adsignauit instrumentum.

l. inter pupillos 20. D. de autor. tutor.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt contractus à pupillo initi valeant si tutoris autoritas interuenerit, licèt non adsignauerit instrumentũ *l. inter pupillos 20. eod. tit.* De *autor. tutor.* vbi cùm proponeretur factam paternę hereditatis diuisionem inter pupillos præsente tutore, sed non adsignante, respondit Scęuola non idcirco minùs diuisioni standum esse, quòd tutor nõ adsignasset. Nam nec subscriptio nec alia scriptura vlla necessaria est, vt valeat contractus, si modò constet ab eo initum esse qui fuerit dominus, alitérve habuerit ius contrahendi.

ILLATIO XXXII.

De potestate quam habet tutor abstinendi pupillum, vel immiscendi.

l. 1. §. qui sũt in potestate D. si quis omiss. caus. test. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert. l pen. D. de autor. tutor.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit, vt quamuis tutor non possit pupilli nomine adire hereditatem pupillo delatam, possit tamen pupillum solus abstinere aut immiscere, quia nullam iuris sollẽnitatem id desiderat, cùm pupillus siue se immiscеat, siue abstineat sit heres patris ipso iure *l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. test. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus D. de fideic. libert.* Itaque pertinet ea res ad nudã administrationẽ bonorum pupilli, cùm bona paterna si pupillus se non abstineat sint à tutore administrãda tanquã pupillaria, si verò se abstineat hoc ipso videantur quodammodo alienata. Quam ob causam non tantùm tutori hoc permittitur, sed etiam curatori, quẽ toties diximus nõ minùs iuris habere quàm tutorẽ in iis quæ circa bonorũ administrationẽ versantur *l. pen. D. eod. De autor. tut.* vbi tractãs Scęuola de pupillo qui descendente curatore condẽnatus fuerat ex contractu patris, ponit datum ei postea curatorẽ, qui abstinuerit ipsum à bonis patris & quidẽ citra restitutionẽ in integrũ iis solis verbis prolatis apud Cæsaris procuratorẽ *Abstineo pupillum.* vbi notandum est, datum pupillo curatorem non quasi tutor quo autore se immiscuerat eum abstinere non posset (poterat enim vt constat ex *l. ex contractu 44. D. de re iud.*) sed quia finita erat tutela pubertate, vt ex eo colligi potest, quòd quẽ lex prius dixerat pupillũ subinde vocat adolescentẽ, illis verbis *quæsitum est an secundum hæc acta adolescens à bonis patris abstẽtus sit.* Priuilegiũ enim pupillaris ętatis illud est inter cętera, vt pupillus qui se immiscuit etiã tutore autore, possit se postmodũ abstinere tutore autore, vel abstineri à tutore, vel post pubertatẽ seipsũ abstinere siue curatoris autoritate si nullũ habeat curatorẽ, aut si habeat, interueniẽte curatoris autoritate, aut etiã ab ipso curatore abstineri. Nec enim inutilis est in eã rẽ autoritas curatoris, sicut esset inutilis ad hereditatẽ adeundã. Non ob id solũ quòd abstentionis actus nõ sit sollẽnis, & legi-

l. ex contractu 44. D. de re iudic.

Cur sufficiat autoritas curatoris ad pupillũ abstinendum, nõ [illegible]

Digitized by

& legitimus ſicut aditionis,ſed etiã quia paterna bona quibus ſe pupillus immiſcet,vel à quibus abſtinet,cùm ſint ei iã ipſo iure acquiſita ſunt pupillaria,ideóque ad tutoris,vel curatoris adminiſtrationẽ pertinent,Quæ verò nũquam fuerunt acquiſita,ea nõ poſſunt videri pupillaria,ob idq; nec ratio vlla eſt cur in iis tutor,vel curator poſſit,aut debeat ſe interponere ſine pupillo,vel minore.Planè ſi ſuus heres iã pubes factus ſe immiſcuerit nõ habet beneficiũ abſtinẽdi citra auxilium reſtitutionis *l.neceſſariis* 57.D.*de acq.hered.*quoniã in ea ætate iam creditur intelligere quid agat licèt nõdũ ſatis iudicij & cõſilij habeat vt ea omnia præuidere poſſit, quæ deberet. Quod in pupillo diuerſum eſt qui quoniã cùm acquirit ſibi hereditarẽ,acquirendę eius cauſam nõ intelligit, nec tutore autore permittẽdus eſſet ſibi eã acquirere niſi hoc fauorabiliter ei præſtaretur *l.pupillus* 9.*eod.*Cęterùm hoc priuilegiũ quod pupillo concẽſſum eſſe diximus vt poſt immixtionẽ etiam tutore autore factam poſſit & abſtinere & abſtineri nõ vſque adeò finitur ipſius pubertate,vt prohibeatur eo tẽpore vti ſuo priuilegio, quia non tam illud tempus debet inſpici quo ſe vult abſtinere quàm quo ſe immiſcuit.Et hæc nimirum ratio eſt propter quam in ſpecie *d.l. pen.* D.*De aut.tut.*etiam curator abſtinet adoleſcentem,qui in pupillaribus annis immiſcuerat ſe tutore autore. Non eadem diſtinctio adhibetur ſi pupillus aut minor qui ſe abſtinuerat, ſubinde velit ſe immiſcere. Semper enim eum prætor audiet,dummodò res ſit integra, id eſt dum ne bona hereditaria iam vendita proponantur.Immò quod magis eſt ſi nõdum certus an velit abſtentionem reuocare,petat tempus ad deliberandum,debet ei à prætore indulgeri *l.ſi quis ſuus* 8. D.*de iur.deliber.*Nec minùs puberi quàm impuberi, adeóq; nõ minùs maiori vigintiquinque annis quàm minori,ſi iuris veteris formam ſpectes à Iuſtiniano relatam in *l.vlt.C.de repud.vel abſtin.hered.* Nempe quia vt ſolent noſtri dicere vnaquæque res de facili redit ad ſuam naturam *l.ſi vnus* 27.§ *pactus ne peteret in fin.D.de pact.*Cúmque ſuus heres poſt abſtentionem quoque nihilominùs heres remaneat, multò difficilius eſt, vt eum qui non tantùm ignorans & inuitus, ſed etiam ſponte per immixtionem heredis nomẽ & iura nactus fuit patiatur ſubinde abſtinere, quàm vt poſt abſtentionem patiatur eum ſe immiſcere,ſiquidem qui poſt abſtentionẽ vult ſe immiſcere, petit duntaxat vt à prætore habeatur pro tali qualis eſt,id eſt pro herede ,qualis re vera eſt *l.cùm quaſi* 30.§ *ſed etſi ſuus D.de fideic.libert.*Qui verò poſt immixtionem vult abſtinere,petit vt pro tali habeatur qualis re vera non eſt , id eſt pro non herede *l.ſi filius* 12.*D.de interrog.in iur.faciend.* Iuſtiniano tamen placuit corrigere hac parte ius vetus vt qui maior iam vigintiquinque annis ſe abſtinuit, nõ niſi intra triennium mutare conſilium poſſit & ſe immiſcere: Qui autem in minori ætate ſe abſtinuit,quoniam aduerſus eam abſtentionem reſtitui poteſt *tot.tit.*C.*ſi min.ab hered.ſe abſtin.*habet quadriẽnium illud quod Iuſtinianus vice veteris illius anni vtilis ſubſtituit ad petẽdam reſtitutionem, & poſt quadriennium rurſus triennium *l.vlt.*C.*de repud.vel abſtin.hered.* vbi tamen valde impropriè Iuſtin.tractans de ſuis heredibus vtitur verbis aditionis & abdicationis quæ extraneis tantùm conueniunt,pro ea quam Iureconſulti perpetuò vocant immixtionem & abſtentionem. Sanè in eo Iuſtinianus confirmauit ius vetus,quòd ſi poſt abſtentionem venditę ſint res hæreditariæ, non permittitur ei qui ſe abſtinuit vt ſe immiſceat , quoniam ſcilicet id fieri non poſſet citra iniuriam emptorum,& conſequenter prætoris cuius autorita-

l.neceſſariis 57.D.*de ac. hered.*

pupillus 9. *eod.*

d.l. pen. D. *de auter.tutor.*

l.ſi quis ſuus 8. D.*de iur. delib.*

l. vlt. C. *de repud. vel abſtin.here.*

l.cùm quaſi 30.§ *ſed etſi ſuus D. de fideic.libert. l.ſi filius* 12. D.*de interrog. in iur. fac.*

d.l. vlt. C. *de repud. vel abſtin. hered.*

te emptores decepti essent. Hoc ipso enim reperirentur bona vendita nullo iure ac citra voluntatem eius qui non potest nunc haberi pro herede, quin per totum tempus præteritum ex mortis die talis fuisse retrofingatur. Fuerunt quippe vendita tanquam bona debitoris defuncti sine herede, quę tamen si filius post eam venditionem se immisceret, bona heredis fuisse appareret, ac proinde eiusmodi quæ non nisi ab herede, aut saltem ex eius voluntate vendi potuissent. Nulla igitur ratio est cur post abstentionem quam secuta sit, vt sequi solet venditio bonorum (quid enim aliud facere possint creditores, vbi filius abstinuit qui non habuit substitutum, nisi vt petant mitti se in possessionem bonorum, eáque distrahi curent *l. paterfamilias* 28. *De reb. autor. iudic. possid.*) liceat suo heredi se immiscere, aut ius deliberandi à prætore impetrare *d. l. si quis suus* 8. *D. de iur. delib.* Quod postremũ etiam difficilius est, quia ius deliberandi non solo prętoris edicto conceditur, sed decreto opus est, & causæ cognitione per prætorem interponenda, quia tempus ad deliberandum edicti verbis nullum certum præstitutum est *l.* 1. 2. *&* 3. *eod. tit.* Prætor autem numquam patietur derogari venditionibus se autore factis. At ius se immiscendi, vel abstinendi ex solo prætoris edicto est, neque decretum vllum requirit.

d. l si quis suus 8. D. *de iur. delib.*

ILLATIO XXXIII.

De vtili actione regulariter non acquirenda pupillo per tutorem.

TRigesimotertio ex eodem Principio fit, vt nec per tutorẽ actio vtilis pupillo regulariter acquiratur, id est nisi ex certis causis, vt loquuntur Imppp. in *l. vlt. C. quand. ex facil. tutor.* Præposterum enim est, vt acquiratur nobis actio per eum in cuius potestate sumus & qui ipse sit dominus, cùm è contrario per seruos aut filiosfamilias dominis aut patribus acquiratur *tit. Per quas person. oblig. nob. acquir. l. placet* 79. *D. de acquir. hered.* Itaque si tutor nomine pupilli pignus dederit vel acceperit, pignoratitiam actionem soluto postea debito neq; exercebit, neque excipiet pupillus, sed tutor *l. solutum* 11. *§. penult.* D. *de pignor. act.* vbi alia etiam huius sententiæ ratio redditur quòd per liberam personam nihil præter possessionem acquiri nobis possit *l.* 1. *C. per quas person. nob. acq. l.* 1. *&* *l. per procuratorem* 8. *C. de aquir. poss.* Certi tamen casus sunt, in quibus vtilis actio ex contractu tutoris acquiri pupillo potest, Vtputa si tutor fuerit stipulatus ipsi pupillo solui. Hoc enim vtilitatis causa receptum est *l. eum qui* 5. *§. penult.* D. *de const. pecun.* ad vitandum scilicet illum circuitum actionum cedẽdarum, quem alioqui necesse esset induci, cùm non posset recusare tutor, quominùs actionem quam sibi ex propria stipulatione quæsiisset pupilli negotia gerens, pupillo præstaret, vt accidit & in alio quolibet aliena negotia administrante *l. possessio* 49. *§. vlt.* D. *de acquir. possess.* iunct. *l. dominus* 53. *D. de condict. indeb. l. in creditore* 38. *D. de evict. l. quod debetur* 51. *in fin.* D. *de pecul.* Alius casus est, si tutor pecuniam pupillarem crediderit eámque sibi reddi stipulatus sit, Nam & hoc casu actio vtilis pupillo acquiritur *l.* 2. *C. quand. ex fact. tut.* Itémque si tutor pupillarem fundum quamuis suo nomine locauerit *l. si hi qui* 4. *eod.* Nempe quia his casibus ex re pupilli proficiscitur obligatio, Atqui etiam per procuratorem acquiritur nobis actio si procurator ex re nostra dummodo non refragante mandato aliquid stipuletur vel aliter acquirat

l. vlt. C. quand. ex fact. tutor.

l solutum 11. *§. pen. D. de pignor. act.*

l. eum qui 5. *§. pen. D. de const. pecun.*

l. 2. *C. quan. ex fact. tut.*

l. si hi qui 4. *eod.*

d.l.2.C.per quas person.nob.acquir.l.quod procurator 68.*D.de procurat.* Quantò magis igitur per tutorem? Multò enim maior coniunctio est inter tutorem & pupillum, quàm inter dominum & procuratorem, longéque plus iuris habet tutor, vt possit acquirere pupillo, quàm procurator vt possit acquirere domino. Idque etiam est quod Vlpianus scribit in *l.2.D.quand.ex fact. tutor.* Si tutor vel curator pecunia eius cuius negotia administrat mutua data ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit, vtilem actionem dari ei cuius pecunia fuit, siue pupillus ille sit, siue adultus, ad rem vindicandam, vel ad mutuam pecuniam exigendam. Quibus verbis ostendit manifestè, neque tutorē à curatore in hoc differre, neque pupillum ab adulto, quia vt iam sæpius monuimus in iis, quæ ad causam administrationis pertinent, parum aut nihil distat curator à tutore. In quo errare vulgo nostros video, qui priuilegium hoc pupilli esse putant, vt rem ex nummis suis emptam ab alio quamuis proprio eruentis nomine, possit tamen quasi suam vindicare. Quam sententiam falsam esse ex eo quoque intelligimus quod pupilli priuilegiū est, vt hoc casu habeat tacitam hypothecam *l.idémque* 7.D.*qui potior.in pign.hab. l.3.in princip.* D.*de reb.eor.qui sub tutel.vel cur.sunt.* quod vtique constitui non potuisset si rei dominium ei acquireretur, cùm nemo in re propria ius pignoris habere possit *l.neque pignus* 45.*De regul.iur.* Fateor non idem priuilegium minori datum esse, vt ex eius nummis empta res sit ei obligata. Nam de pupillo duntaxat supradicti loci loquuntur. Sed tamen si curator minoris ille sit, qui ex eiusdem minoris pecunia quid emisse proponatur, dico non minùs iuris habere minorem quàm pupillum, vt electio ei danda sit vtrum malit in emptione sibi gestum esse negotium à curatore, an potiùs pecuniam in curatoris vsus conuersam ab eo cum legitimis vsuris recipere *d.l.3.C.arbitr.tutel.* Nam prout ipse elegerit, debet iudex qui de tutela, vel cura cognoscit partes suas exhibere vt ait *d.l.3.* atque ita nihil interest tutoris, aut curatoris an pupillus, vel adultus agat contra se tutelæ, vel curæ iudicio, an vtili rei vindicatione, tametsi sit soluendo, cùm necesse sit omnimodo præstari ab eo indemnitatem, possitque tutori & curatori obiici cur pupilli, vel minoris pecuniam contra constitutiones in suos vsus conuerterint *l.Lucius* 46.*§.tutorem D.de admin.tutor.* quod non similiter aliis obiici potest, quibus licèt posset imputari cur pecuniam pupillarem subripuissent, non æquè tamen cur ex ea fundum, aut quid aliud sibi proprio nomine comparassent, cùm id quod ex pecunia furtiua, vel aliena cōparatur nō magis furtiuum vel alienum sit, quàm furtiuus est nummus, qui ex rei furtiuę venditione redigitur *l.qui vas* 48.*§.vlt.D.de furt.l.qui aliena* 8.*C.si quis alter.vel sib.* Igitur extra hūc casum, id est si nec tutor, nec curator sit is qui ex pupilli, vel minoris pecunia rem aliquam comparat, aut si tutor quidem vel curator sit, sed pecuniam suam esse putet, aliquáve ratione adiuuetur ne possit dici pecuniam minoris sui aduersus constitutiones in suos vsus fœnerasse, nō erit dāda pupillo vel minori vtilis rei emptæ vindicatio nec si soluendo nō sit ille qui in causam emptionis pecuniam istam conuertit. Sed etsi tutor, vel curator cui emptionis tempore potuit imputari cur pecuniam in suos vsus conuerterit, eam rem alij vendiderit ementi bona fide, non facilè puto permittendum pupillo, vel minori, vt vindicare rem possit, nec vt quam electionem esset habiturus contra tutorem, vel curatorem possidentem, eandem exerceat contra bonæ fidei emptorem, cui nihil potest imputari, & quem negari non potest

l. 2. C. per quas person. nob. acquir. l. quod procurator 68. D. de procur. l.2. D. quād. ex fact. tut.

l. idémque 7. D. qui potior. in pign. hab. l. 3. in princ. D. de reb. eor. qui sub tutel.

l.3.C. arbit. tutel.

l. Lucius 46. §. tutorē D. de admin. tutor.

l. qui vas 48. §. vlt. D. de furt. l. qui aliena 8. C. si quis alter. vel sib.

à vero domino emisse:quandoquidem, si tutor vel curator qui sibi emit non esset factus verus dominus, danda esset pupillo, vel minori directa rei vindicatio,quam tamen apertissimè Vlpian.denegat, cùm vtilem tantùm concedit. Tunc ergo duntaxat audiendus erit pupillus aut minor cùm probabit tutorem suum vel curatorem soluendo non esse,nec aliter se indemnem præstari posse quàm si eam habeat vtilem rei vindicationem: Præsertim cùm eligere priùs debeat vtrum in rem agere malit,an in personam, nec proinde possit videri alienam rem comparasse qui ante factam electionem bona fide à tutore, vel curatore comparauit: Vt taceam electionem illam pupillo minorive indulgeri cùm tutelæ, vel curæ actionem instituit, *dicta lege 3.C. arbitr.tutel.* ex quo potest capi coniectura electionem hanc aduersus tutorem, vel curatorem duntaxat dari contra quos ea actio potest instituí,non etiam contra extraneum eundémque bonæ fidei emptorem qui cum pupillo vel adulto neque contraxit,neque quasi contraxit,sed cum tutore,vel curatore tanquam proprio nomine rem suam agente. Quod à nobis non satis benè explicatum est *lib.5.Coniect.cap.9.*

d.l.1.C. arbitr.tutel.

ILLATIO XXXIV.

De constituendo actore periculo curatoris in quibusdam casibus.

TRigesimoquartò ex hoc Principio petenda est ratio dubitandi ad id quod dici solet decreto prætoris constitui plerumque actorem periculo tutoris quoties aut diffusa negotia sunt,& per diuersas fortè prouincias dispersa,aut dignitas,vel ætas,aut tutoris valetudo id postulat.Sed & multò magis si nondum fari pupillus possit aut absens sit,vt procuratorẽ constituere nequeat (Tunc enim necessariò actor constituendus est, nec magna causæ cognitio in eo versatur an facere prætor debeat quód facere necesse est)*l.decreto 24.in principio.*D.*de admin.tutor.l.tutor.6.D.quand.ex fact.tut.*Nam si verũ est,vt est,quod Principium nostrum habet,Tutorem qui tutelam gerit domini loco habendũ esse quantũ ad prouidentiã pupillarẽ,quid necesse est interponi hac in re decretum prætoris? Aut cur non potest tutor autoritate propria constituere actorẽ,vel procuratorẽ periculo suo?Quandoquidẽ & qui ab eo constituitur interposito decreto prætoris periculo ipsius tutoris est quippe qui à tutore non à prętore eligatur.Sed ratio interponendi decreti illa est,quia nõ fuit permittẽdũ tutori vt pro arbitrio suo actorẽ daret,ne tum quidẽ cùm iusta dandi causa esset,quia nõ in id dãtur tutores vt per aliũ tutelã administrent,sed vt per seipsos,cùm eorũ nõ modò fides,sed etiã industria & diligentia, siue à testatore, siue à magistratu electa sit,Pręsertim cũ actor nõ dicatur ille qui alieno nomine & tãquã procurator aliquid agit,sed qui proprio quodã suo iure tẽ tractat, quod actoris personã & nomen gerat quasi subsidiarius tutor aut curator.Proximè namque ad tutoris & curatoris officium accedit officium actoris, licèt reuera,neque tutor sit,neque curator,quem & tutelæ adiutorem vocat Põponius in *l.solet 13.§.1. D.de tutel.iunct.§.vlt.infr.de cur.l.neque tutores 11.C.de procurat.*vbi tamẽ additur posse etiã tutores & curatores post litẽ cõtestatã cõstituere procuratorẽ,sicut possunt cęteri omnes qui alieno nomine litẽ cõtestati sunt, tanquã qui per cõtestationẽ domini sint effecti.Vt intelligamus tutores & curatores quãuis dominorũ vice sint iã inde ab eo tẽpore quo nõdũ litẽ cõtestati

l.decreto 24. D.de admi. tutor.l.tutor 6.D.quand. ex fact. tut.

l.solet 13.§.1. D.de tutel. §.vlt. infr. de curat.l. neque tutores 11. C. de procurat.

teſtati ſunt, magis tamen dominos fieri per conteſtationē, quippe qui ſoli domini ſint litis, quę per eorū conteſtationē fuerit cōſtituta, & cuius numquam potuit dominus eſſe pupillus, vel minor qui numquam ipſe cōteſtatus eſt cùm nec lis fuerit ante conteſtationē *l. ſed etſi lege* 25. *§. ſi ante* D. *de pet. her. l. amplius* 15. *D. rat. rem haber.* At extra cauſam cōteſtationis pupillus, minórq; dominus eſt bonorum ſuorū, tutor verò vel curator domini vice & quodāmodo dominus. Mirum igitur non eſt minus iuris habere tutorē, vel curatorē ante conteſtationem, quo tempore non eſt ſolus dominus purè & abſolutè bonorū pupillarium, quàm poſt conteſtationē, quo tempore nullum alium litis dominū aut condominum agnoſcit. Quod autem diximus parum diſtare actorē à tutore, ex illo etiam intelligimus, quod ſcribit Papin. in *d. l. tutor.* 6. *D. quan. ex fact. tut.* Si tutor decreto prætoris interpoſito reliquerit in ciuitate actorem ſecundum quem poſtea ſententia dicta ſit, iudicati actionem transferri ad pupillū, non minùs quàm ſi tutor obtinuiſſet. Iā enim ſuprà diximus illat. 9. & pupillo & in pupillum dandam eſſe iudicati actionem ex ea ſententia quę lata ſit pro pupillo, vel contra pupillum, in perſona tutoris. Quò etiam pertinet quod idem Papin. reſpondit in *l poſt mortem* 5. *eod tit quand. ex fact. tutor.* poſt mortem furioſi non dari in curatorem qui negotia geſſit iudicati actionē, non magis quàm in tutores, ſcilicet poſt finitam tutelam, vt bona ſit comparatio tutorum & curatorum furioſi. Dices, Ex eo potiùs eſſe inferendū, Durante igitur tutela vel curatione poſſe agi ex iudicato tā in tutores quàm in curatores furioſi. Fateor ſed tanquam contra tutores & curatores, non autem proprio ipſorum nomine, ſi modò nullam ex conſenſu poſt depoſitum officium nouationem factam & in curatorem, vel tutorē obligationem tranſlatam eſſe conſtabit, vt ſequitur apud Papinianum, & bene, nec quicquam cauſæ eſt cur aliquam verborum traiectionem hic obſeruemus, quam commentus eſt Iacob. Cuiac. *lib.* 20. *obſer. cap.* 39.

Plus iuris habet tutor, vel curator poſt litis conteſtationem, quàm ante.

d. l. tutor 6. D quan. ex fact. tutor.

l. poſt mortē 5. eod. tit.

ILLATIO XXXV.

De *eo qui pro tutore negotia gerens vendidit rem pupillarem.*

TRigeſimoquintò ex eodem Principio fit, vt ſi is qui pro tutore negotia gerebat cùm verè tutor non eſſet rem pupilli vendiderit nec ea vſucapta ſit (etſi enim res pupillaris vſucapi regulariter non poteſt *l. bonæ fidei* 48. *D. de acquir. rer. domin. l. ſi communem* 10. *quemadm. ſeruit. amitt.* eo tamen caſu quo verus tutor rem pupillarem vendendo alienaret, ſi vendat is qui tutor non eſt bonæ fidei emptori, transfert in eum ſaltem vſucapiendi conditionem) pupillus habeat ius eam vindicandi tanquam ſuam, tametſi cautum ei ſit, exiſtente ſoluendo eo qui quaſi tutor vendidit, aut idoneis ab eo datis fideiuſſoribus: Non enim eadem huius quæ tutoris eſt pupilli rerum adminiſtratio inquit Celſus in *l. 2. D. de eo qui pro tutor. vel curat. negot. ger.* id eſt quia non habet hic dominium rerum pupillarium quod habet tutor, vt res pupilli alienare poſſit. Placet autem valde quod Baldus notat, ei legi locum eſſe, etiamſi decreto prætoris interueniente facta ſit venditio. Nec enim decreti autoritas illa eſt quæ transfert dominium rei pupillaris, ſed traditio ab eo facta qui habuerit ius transferendi, quia nec aliud facit prętor cùm decretum ſuum interponit, niſi vt vendere poſſit is qui alioquin habuit ius vendendi. Nihilne igitur proderit interueniſſe decretum? Nihil prorſus, quod

l. bonæ fidei 48. de acq. rer. domin. l. ſi communē 10. quēadm. ſeruit. amitt.

l. 2. D. de eo qui pro tut. vel curat.

Digitized by Google

ad dominij translationem attinet. Sed proderit tamen quod ad præstandam emptori causam vsucapiendi, siquidem fieri non potest vt bonæ fidei emptor non sit, qui prætore autore comparauit *l. iustè possidet* 11. *D. de acquir. poss. l. qui autore* 137. *De regul. iur.*

l. iustè possidet 11. D. de acq. poss. l. qui autore 137. de reg. iur.

ILLATIO XXXVI.

De prohibita per orationem Seueri alienatione rerum minoris.

TRigesimosextò ex eodem Principio fit, vt necessaria fuerit oratio Seueri & autoritas senatusconsulti quod ad eam factum est De rebus eorũ qui sub tutela, vel cura sunt sine decreto non alienandis, ad impediendũ ne tutor posset pro arbitrio res pupilli alienare, necsi animũ spoliandi pupilli nõ haberet, sed iusta & necessaria vẽditionis aut alterius alienationis causa subesset. Visa enim digna res est quã prætor suæ cognitioni reseruare deberet, nõ passim arbitrio tutoris permittere quantumuis idonei aut fideiussores idoneos habẽtis, quòd intersit pupilli res ipsius quas à patre aliisve maioribus suis aut alienas acceperit ei saluas & integras conseruari; potiùs quàm pati damnum, & agere posteà, vt indemnitatem consequatur *l. 1. & tot. tit. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt l. 1. & tot. tit. C. de prad. minor.* De quo dicemus in sequentibus suo loco.

l. 1. & tot. ti. De reb. eor. qui sub tutel. & De prad. minor. C.

ILLATIO XXXVII.

De seruo pupilli herede instituto.

TRigesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt herede instituto seruo pupilli possit & debeat tutor ipse non pupillus ei iubere vt adeat *l. si per epistolam* 50. D. *de acquir. hered.* quia non nisi præcedente domini iussu & voluntate adire potest *l. qui seruum* 47. *eod.* Ideóque moriente post iussum & ante aditionem hereditatis tutore non potest seruus adire tanquam mortuo domino, vt in iisdem legibus scriptum est.

l. si per epistolam 50. l. qui seruũ 47. D de ac. hered.

PRINCIPIVM VII.

De diligentia per tutores in rebus pupillaribus adhibenda.

A Tutoribus & curatoribus pupillorum & adultorum eadem diligentia adhibenda est circa rerum pupillarium vel minorum administrationem quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet *l. à tutoribus* 33. *in princip. D. de admin. tutor.* Ratio huius Principij pendet ex Principio præcedẽte. Nempe quòd tutor qui tutelam gerit domini loco haberi debeat quantum ad prouidentiam pupillarem. Sic enim id accipiendum est, vt non tãtùm domini, verùm etiam diligentis domini loco haberi debeat, Eandem igitur diligentiam præstare debet non quam ipse rebus suis prestare solitus sit, sed quam diligentissimus quilibet paterfamilias rebus suis præstaret, Ita tamẽ ne quam aduersus alium iniuriam cõminiscatur, quod facere plerique solent, qui putãt diligentem patremfamilias esse neminem posse, qui non sit etiam rapax. Id enim significant verba illa *ex bona fide* cùm alioqui certum sit neminẽ sibi bonam fidẽ præstare debere, sed alij. Facit *l. patronus* 8. *cum seq. D. hoc tit. De tutel.*

l. à tutoribus 33. in prin. D. de admin. tut.

l. patronus 8. cum seq. D. de tutel.

ILL.

Digitized by Google

ILLATIO I.

De pupillo benè defendendo.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt generaliter quotieſcumque non fit nomine pupilli quod quiuis idoneus paterfamilias faceret,nõvideatur defendi,nec bene tutela adminiſtrari,ſiue iudicium,ſiue ſolutionem, ſiue ſtipulationem detrectet *l.generaliter* 10.D.*eod.*Præcipuum enim tutoris officium eſt ne pupillum indefenſum relinquat *l.tutoris* 30.*eod.l.ſancimus* 28.*C.eod.*

l. generaliter 10. D. de admin. tut. l. tutoris 30. eod. l. ſancimus 28. C. eod.

ILLATIO II.

De comparandis prædijs ex pecunia pupilli ocioſa.

SEcundò ex eodem Principio fit,vt ſi in patrimonio pupilli ſit aliqua pecunia ocioſa debeat tutor curare vt in comparationem prædiorum deponatur ad augendum patrimonium pupilli, quoniam id faceret diligens quilibet paterfamilias ad proprium patrimonium augendum.*l.3.§.ceteri D. eo.*Nimirũ ſi ea ſumma corradi & colligi ex tutela poſſit ex qua comparari ager queat. Si enim tam exigua ſit tutela vt ex nummo refecto prædium puero cõparari non poſſit,depoſitio ceſſat.Quęnam ergo quantitas depoſitionis faciendæ neceſſitatem inducet?Et cùm cauſa depoſitionis exprimatur,nimirum vt prædia pupillis comparentur manifeſtum eſt ad minimas ſummas id non pertinere,quibus generaliter præfiniri certus modus non poteſt,ſed per ſingulos caſus cauſa cognita id examinari debet,vt Vlpian.tractat in *l.ita autem* 5.D. *eod.* vbi tamen ſubiungitur,ſi duo ſint tutores quorum vnus ſolus adminiſtret, qui ex aliqua cauſa ſuſpectus eſſe incipiat,poſſe & debere contutorem honorarium poſtulare vt deponatur etiam ea ſumma quæ ſit minor , quàm vt ſufficere queat comparationi prædiorum:Ne alioqui ſubeat periculum malæ adminiſtrationis ſi ſuſpectus contutor eam pecuniam malè profundat.

L.3 §.ceteri D.eod.de admin. tut.

l.ita autem 5.eod.

ILLATIO III.

De admonendo pubere vt ſibi petat curatorem.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt ſi tutor pupillum ſuum puberem factum non admonuerit vt ſibi petat curatorem,tutelæ iudicio teneatur hoc nomine,quamuis ea culpa non niſi poſt pubertatem admittatur,tutela verò pubertate finiatur:Hoc enim officio tutelæ connexum eſt, quia pendet ex bona fide quam pupillo ſuo præſtare tutor debet,cùm videat eum quamuis puberẽ factum non eo magis tamen eſſe capacem rei ſuæ bene per ſe gerendæ *l.vl.*D. *de cond.& dem.*Nec ſuæ aut perfectæ aut legitimæ ætatis ideò quiſquam eſſe creditur ante completum viceſimumquintum annum *l.vlt.* C. *de his qui ven. ætat.impetr.*Et ob hanc cauſam bene ſacris conſtitutionibus prouiſum eſt vt tutor iubeatur monere pupillum ſuum factum puberem vt ſibi petat curatorẽ *d.l.ita autẽ 5.§.ſi tutor.* D.*de adm.tut.* Ante quas conſtitutiones aliud proculdubio iuris erat,quia licèt iam tunc haberet locũ ea ipſa ratio & æquitas quæ dedit cauſam conſtitutionibus,non tamen poterat imputari tutori cur finita iam tutela non feciſſet id quod vt faceret nondum iuſſus erat. Poſt conſtitutiones in culpa eſt tutor,qui non facit quod facere iubetur, cáquę culpa etiam tutelæ

l. vlt. D. de condic. & demonſtr. l. vlt C. de his qui ven. ætat. impet. d.l. ita autem § ſi tut. D. de adm. tutor.

Digitized by Google

iudicio vindicatur,quoniam hodie officium hoc admonitionis huiusmodi officio tutelæ connexum est.Solet autem tutelæ actio etiam ad ea pertinere quæ post pubertatem geruntur,si quid habeant connexum cum tutelæ administratione *l.tutor* 11.*C.arbitr.tut.*id est non solùm si tale sit sine quo tutelæ administratio expediri non posset vt explicat Vlp.in *l.si tutor* 13. *D. de tutel. & ration. distrah.*Sed & si tempore connexa sit administratio, id est si tutor etiam post pubertatem ita perseuerauerit in tutela,vt nullo vnquam vel minimo tempore intermiserit administrationem,(quo casu administratio ipsa connexa est,licèt non sit rei cõnexæ,) Et tutor solo tutelæ iudicio tenetur vt rationẽ admini strationis reddat:qui posterior casus magis conuenit verbis *d.l. tutor.* Id enim est quod dicimus,Officium tutorum non nisi curatoribus cõstitutis finem accipere *d.l.à tutoribus* 37.§.1.D.*de admin.tutor.*Cæterùm si post pubertatem ali quo tempore licèt breuissimo tutor intermiserit administrationem, deinde cœperit gerere,sine vlla dubitatione tam tutelæ quàm negotiorum gestorum cum eo agendum est *l.si post pubertatem* 14.*de tutel.& ration.distr.*in cõque stat priuilegium connexitatis causæ,quod quamuis tempus administrationis non sit connexum, si tamen causa sit connexa intermissio temporis non impedit quominùs tutelæ iudicium ad hoc quoque porrigatur, in quo potentior est connexitas causæ quàm temporis ad prorogandum vltra pubertatem officiũ tutelæ.Sicque intelligendus est supradictus Vlpiani locus alioqui nihil interesset an tempore an causa connexum esset negotium,quod tutor gessisset post pubertatem.Sic & in actione negotiorum gestorum euenit vt ob connexitatem porrigatur interdum ad ea negotia ad quæ alioqui non porrigeretur, vt si quis cùm adhuc in seruitute esset aliena negotia gesserit, & postea manumissus eadẽ negotia gerere perseuerauerit.Etsi enim ex eo quod in seruitute gessit post manumissionem conueniri non potest,tanquam alius & nouus homo effectus,si tamen ratio eius quod in seruitute gestum est separari non possit ab eo quod in libertate gestum fuit,constat id quoque quod in seruitute gestum est venire in negotiorum gestorum actionem *l.eum actum* 17.D.*de negot.gest.l. si cognati* 21.*C.eod.*

l.tutor 11.C. *arbitr.tut. l.si tutor* 13. *D de tutel. & rat.distr.*

d.l.à tutoribus 31.§.1. *D. de adm. tutor.*

l.si post pubertatem 14.*De tut. & rat.distr.*

d l. si tutor 15.*D.de tut. & ration. distr.*

l. eum actũ 17.*D.de negot. gest. l.si cognati* 21. *C.eod.*

ILLATIO IV.

De *cœpta lite per curatores etiam post vicesimumquintum annum peragenda.*

QVartò ex eodem Principio fit, vt post completum vicesimumquintum annum ætatis si nondum rationes redditæ sint,nec instrumenta ad causã pertinentia fidei ac verecundiæ curatorum conueniat vt consilio suo cœptam litem perficiant *d.l.ita autem* 5.*§.post completum*. Etsi enim curatores post eã ætatem esse desinunt sicut & tutores post pubertatem, non esset tamen ex bona fide litem eam deserere quæ ipsorum consilio cœpta esset aut susceptа.Qui etiam sensus est *l.vnic.C.vt caus.post puber.adf.tut.*vbi scriptum est tutores,qui nondum administrationem ad curatores transtulerunt,defensioni causarũ pupillarium adsistere oportere.Nec enim diligens paterfamilias crederetur qui bonam litem cum prudentis alicuius consilio institutam desereret moriq; pateretur,aut aliter eam vitio suo perderet.*l.si fundo* 53.§.1.*l.si ideo* 55.D. *de euict. l.Stichum aut Pamphilum* 95.§.*pen.*D.*de solut.*Ergo, si vel tutores vel curatores cessauerint in faciendis his quæ cõstituta sunt,id est quæ ab iis fieri debere cõstitu-

d.l.ita autẽ 5.§.post completum D. de adm.tut. l.vnic.C.vt caus.post puber.adf.tut. l.si fundo 53. §.1. *l.si ideo* 55. *D. de euict. l. Stichum* 95.§. *pen.de solut.*

stitutum est, iudicio tutelæ vel curæ tenebuntur, si modò nondum actum sit ea actione. Sed si actum iam esset, quia consumpta reperiretur actio hoc ipso quod in iudicium deducta esset, cùm per litis contestationem ac multò magis per sententiam fiat nouatio non tantùm actionis, sed etiam contractus *l. delegare* 11. §. 1. D. *de nouat. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* recurrendum esset ad actionem negotiorum gestorum si tamen huius rei ratio reddita non esset. Eáque sententia est *d. § post completum in fin.* Cui non obstat immò conuenit quod scriptum est in *l. tutor* 27. D. *de appell.* Si tutor in negotio pupilli prouocauerit, vel curator in negotio adulti, heredem eius ita demum appellationem persequi debere, si nondum reddiderit rationes. Post redditas enim rationes, inquit lex, nec ipse tutor nec curator appellationis merita probare cogitur. Nam & ob hoc ipsum addidimus cum Vlpiano *si nondum rationes reddita sint nec instrumenta ad causam pertinentia*, quia redditis rationibus & instrumentis nulla subesset causa propter quam tutor vel curator etiam à se cœptam litem persequi deberet, sed vel ad curatoris officium id pertineret si poneremus cœptam litẽ à tutore, vel iuuenis ipse litem persequi cogeretur, si poneres cœptam à curatore *l. negotiorum* 24. *§. 1. eod. tit. De appellat.* in cuius tamen fine legendum est; *ipsummet litem ad se pertinentem exequi debere.* Nõ redditis autem rationibus, vel ponimus iam actum esse tutelæ aut negotiorum gestorum, vel nondum esse actum: si actum fuit consumpta iã est ea actio neque amplius exerceri potest vt iam diximus, quia tutelæ sæpius agi non potest cùm vna tantũ sit actio, nec ideò tamen consumitur officium tutoris vel curatoris quin teneri debeat, si quid præterminerit eorum, quę post finitam tutelam curámve facere debuit. Itaque tenebitur actione negotiorũ gestorum quæ sicuti necessaria est, ita sufficit. Si verò nondum actum sit tutelæ vel curæ nomine nihil est necesse recurrere ad actionem negotiorum gestorum, cùm ipsa tutelæ actio superstit quæ in eam rem non tantùm accommodata sed etiam comparata est.

l. delegare 11. §. 1. *D. de nouat. l. vlt. C. de vsur. rei indic.*

l. tutor 27. D. *de appel.*

l. negotiorũ 24. §. 1. *eod. tit. De app.*

ILLATIO V.

De tutoribus rationem exigere prohibitis à patre.

QVintò ex eodem Principio fit, vt si testator qui liberis suis tutores dedit eos ἀνυπευθύνους esse præceperit, id est rationẽ aliquam ab iis exigi prohibuerit, non eo minùs condemnari debeant, si bonam fidem in administratione non præstiterint, nec eo nomine quicquam ex causa fideicommissi præstare debere *d. l. ita autem §. Julianus alias l. quidam eod. De adm. & peric. tutor.* vbi ratio perelegans redditur, quia nemo ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Est enim ius tutelæ ex legibus & consequenter ex iure publico cùm leges sint iuris publici, legibus verò inductæ sunt tutelæ propter publicam vtilitatem, ad quam pertinet vt pupillorum commodis prospiciatur dato iis tutore, qui eorum res ac negotia diligenter & ex bona fide administret: cui legum proposito nihil tam contrarium est quàm vt liceat tutori etiam ex voluntate testatoris malè versari & dolo malo in re pupilli, Quam ob causam generaliter placuit dolum futurum nulla pactione remitti posse, quasi futura esset ea pactio contra bonos mores quæ scilicet ad delinquendum inuitaret *lege si vnus 27. §. illud nulla D. de pact. l. in commodato 17. in principio, D. commod. l. 1. §. illud non probabis D. depos. l. contractus 23. De regulis iuris.* Idco

d. l. ita autem § Iulianus alias l. quidam eodem D. de adm. tut.

autem loquimur de dolo futuro, quia dolus præteritus remitti proculdubio potest, quamuis non facilè remissus esse intelligatur, nec si remissionis & liberationis verba generalia proponãtur *l.si quis rationes 9.l. Aurelio 20.§. Cæsus D. de liber.legat.l.cùm tale 72.§.Titius versic.quid ergo D.de cond.& dem.* Nullane igitur ratio supererit faciendi, vt tutor qui malè tutelam administrauit, nullum ex ea damnum sentire possit ? Immò illa si damnum quodcumque ex tutela quis senserit ei legetur vel per fideicommissum relinquatur *d.§.Iulianus in fin.* Etsi enim ei qui rationem reddere vetitus est liberatio eius quod ex tutela percepit aut dolo malo contraxit relicta non intelligitur, *l.qui plures 41.eod.tit.* sed tantùm à scrupulosa inquisitione *l.si seruus vetitus 109.de legat.1.* plenius tamẽ est legatum damni quodcumque ex tutela, id est per occasionem tutelæ quis senserit, cùm negari non possit, quin iis verbis illud quoque damnum cõtineatur, quod doli præteriti ratione in condẽnationem tutelæ venire debuit. Nec in eo quicquam fit contra bonos mores, non ob id solùm quod legati effectus ad præteritum duntaxat non ad futurum dolum pertinet, præteritus autem dolus remitti, vt diximus, potest, Sed etiam, quia nulla hîc doli mentio fit, nec nisi vi ipsa contineatur hoc fideicommisso, ne dolus præstetur, quemadmodum si cum depositario cõuenerit ne depositi teneatur, valet pactio, licèt effectu ipso nihil aliud sit paciscì ne agatur depositi quàm ne agatur de dolo *d.l.si vnus 27.§.illud nulla De pact.* Nimirum hic euenit quod & aliàs plerunque, vt non expressa non nocent quæ expressa nocerent *l.seruo 47.l nonnunquam 52. De cond.dict.& demonstr.l.expressa 195.De regul.iur.*

d.§. Iulianus in fin.

l.qui plures 41.eod.tit.

l. si seruus vetitus 109. de legat.1.

l.si vnus 27. §. illud nulla de pact.

ILLATIO VI.

De tutore quem pater iusserit gerere tutelam filij ex consilio matris.

SExtò ex eodem Principio fit, vt quamuis pater tutelam filiorum ex cõsilio matris geri mandauerit, eóque nomine tutores liberauerit, hoc est prohibuerit ne quid ex tutelæ causa exigi ab iis posset ob id solùm quòd matris consilium secuti essent si quid fortè damni ex eo pupilli sensissent, nõ ideò minùs integrum sit officium tutorum, vt pro arbitrio possint facere in re pupillorum omnia quæ alioqui diligentissimus quilibet paterfamilias facere deberet. Cùm implicet contradictionem vt quis & tutor sit, & ea facere non debeat, quæ diligentissimus quisque in re sua facturus esset *d.l.ita autẽ 5.§.Papinianus.* Id enim est quod ibi Vlp. ex Papiniano scribit, neque liberationẽ tutoris, neque voluntatem patris, neque matris intercessionem, officium tutoris infringere. Sanè viris bonis conueniet vt salubre matris consiliũ admittant, vt quãtum fieri potest, salua iuris autoritate saluóque tutorum officio voluntati patris pareatur, quemadmodum subiicitur in eadem lege. An ergo impunè licebit tutoribus patris præceptum negligere si fortè aliud sit consilium matris, quàm quod diligentis patrisfamilias prouidentia suggerat exequendum? Licebit vtique perinde acsi pater caueret ne quid ex bonis suis distraheretur, vel ne mancipia néve vestes, aut domus, aut aliæ res periculo subiectæ venderentur, Quidni liceat eis contemnere hanc patris voluntatem, cui non aliter parêre possent quàm si tutorum officium quod sanctum iis & integrum semper esse debet, infringerent. *§.vsque adeò eiusd.leg.*

d.l.ita autẽ 5.§.Papinianus.

§. vsque adeò eiusd. leg.

ILLATIO VII.

De tutore qui repertorium non fecit rerum pupillarium.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui repertorium non fecit quod vulgo inuentarium appellatur dolo feciſſe videatur. *l. tutor qui repertorium 7. eod. tit.* Niſi fortè aliqua neceſſaria & iuſtiſſima cauſa allegari poſſit propter quam id factum non ſit. Nec enim diligens quiſquam paterfamilias rerum ſuarum adminiſtrationem ab alio ſuſcipi pateretur, niſi confecto priùs earum inuentario exactiſſimo, ex quo ſciri quandoque poſſet, quid cu iſve rei rationem reddere adminiſtrator deberet. Qua de cauſa nec aliud admittendum eſt in cæteris adminiſtratoribus dummodo bonorum adminiſtratores ſint non vnius aut alterius rei puta litis alicuius, Niſi ponas ad eam litem pertinere multa inſtrumenta, quorum traditio facienda ſit procuratori ad litem tractandam. Hoc enim caſu inuentarium eorum omnium fieri neceſſariò debet vt ſciatur quid & quantum finita lite reſtitui oporteat. Si quis igitur dolo inuentarium non fecerit in ea conditione eſt vt teneri debeat in id quod intereſt pupilli, quod per iuſiurandum in litem æſtimatur *l. vlt. C. de in lit. iur.* qua etiam pœna tenetur tutor qui fecit quidem inuentarium, ſed qui factum non profert aut inſtrumenta aliáve in eo inuentario deſcripta, eo tempore quo reddendæ ſunt rationes. Quid enim prodeſt factum eſſe quantumuis bona fide inuentarium ſi non etiam ex bona fide & exhibitio ipſius fiat & reſtitutio eorum quæ inuentario continentur. *l. pen. eod. tit.* vbi tamen monet Imp. alio iure cenſeri tutorẽ, alio heredem eius. In tutore enim hoc obtinere, quod dicimus. In herede verò tutoris aliud eſſe vt non aliter contra eum in litem iurari poſſit, quàm ſi ea quæ in hereditate reperit dolo malo non exhibeat, niſi ponas cũ defuncto tutore fuiſſe iam litem conteſtatam. Is enim effectus conteſtationis eſt, vt actionem quæ & qualis contra defunctum competit, tranſmittat in heredem. *l. 1. C. de hered. tut.* Eſt autem ea vis & poteſtas confecti inuentarij, vt ſi tutor inuentario publicè confecto res pupilli vel adulti inſcripſerit, & ipſe per huiuſmodi ſcripturam confeſſus fuerit ampliorem quantitatẽ ſubſtantiæ, non aliud inſpiciendum ſit, niſi hoc quod inſcripſerit, & ſecundum vires eiuſdem ſcripturæ patrimonium pupilli vel adulti exigatur, vt loquitur Iuſtin. in *l. vlt. C. arbitr. tutel.* vbi rationem addit, quòd non ſic homo ſimplex immò ſtultus inueniatur vt in publico inuentario ſcribi cõtra ſe aliquid patiatur. Sed & ſubiicit ibidem Iuſtinianus, illud omnimodo eſſe obſeruandum, vt non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere vel vllam ſibi commu nionem ad eas vindicare, niſi priùs inuentario publicè facto ſecundum morẽ ſolitum res ei tradantur: quod & ab Impp. Arcadio & Honorio conſtitutum iam fuerat in *l. tutores 24. C. de adm. & peric. tutor.* & in furioſi etiam curatore ab eodem Iuſtiniano poſtea inductum in *l. de creationibus 27. C. de epiſcop. audient. & l. vlt. §. & inuentario C. de curat. furioſ.* Exceptio tamen ſubiungitur in *d. l. vlt. §. illo proculdubio, Niſi teſtatores qui ſubſtantiam tranſmittunt ſpecialiter inuentarium conſcribi vetuerint.* Fieri enim facilè poteſt vt prudens pater aliqua ex cauſa putet non tantùm ſua intereſſe, ſed etiam filii ſui impuberis ne ſecreta patrimonij pandantur & ſuſpectum æs alienum *l. vltim. C. de alim. pupill. præſt. l. 2. verſic. quid enim tam durum C. quand. & quib. quart. pars lib. 10.*

l. tutor qui repertorium 7. eod. tit.

L. vlt. C. de in lit. iur.

l. pen. eo. tit.

l. 1. C. de hered. tutor.

l. vlt. C. arbitr. tutel.

l. tutores 24. C. de adm. tut. l. de creationibus 27. C. de epiſc. audient l. vlt. §. & inuentario C. de curat. furioſ. & §. illo proculdubio eiuſd. loc.

Digitized by

l. vlt. C. de adim pupill. præt. tit. 34. quo casu nemo dixerit imputandum esse tutori cur non fecerit inuentarium contra testatoris voluntatem. Nec est contrarium quod proxima illatione dicebamus, non cogi nec debere tutorem parêre voluntati patris in iis quæ pupilli vtilitatem læderent, Cùm hoc ipsum ex pupilli vtilitate esse possit, vt diximus. Si tamen appareret testatorẽ prohibuisse vt fieri adsolet confectionem inuentarii potiùs vt tutori quàm vt ipsi pupillo prospiceret, ad officium iudicis adeóque ipsius tutoris pertinebit vt inuentarium nihilominùs fiat, quod & Bart. tradidit ad *l. nemo potest* 55. *de legat.* 1. Et generaliter ita obseruandum est, vt quoties in alterius quàm ipsius testatoris eorúmve qui ab ipso lucratiuam causam habent fauorem inuentarium confici lex vult, non possit à testatore prohiberi, ne alioqui maior videatur esse potestas voluntatis testatoris, quàm legis contra id quod scriptum est in *dict. l. nemo potest* 55. *de legat.* 1. Itaque si testator prohibuerit ab herede confici inuentarium, quod hodie fieri solet sollenniter ex beneficio *leg. vltim. Codic. de iur. deliber.* poterit ea prohibitio heredi prodesse, vt licèt inuentarium non fecerit, tamen vltra vires hereditarias non teneatur legatariis & fideicommissariis, quorum condicionem deteriorem facere proculdubio testator potuit, quibus & nihil dare potuisset, si voluisset. At non proderit heredi aduersus defuncti creditores quibus vtique non magis nocere potuit testator quàm facere citra solutionem vt nihil iis deberet, quam interpretum nostrorum communem esse opinionem refert probátque Iulius Clar. in §. *testamentum quæst.* 66. Habent enim creditores fundatam intentionem contra heredem vt eum teneant obligatum in solidum, & suprà etiam quàm sit in viribus hereditariis. Nec à testatore habet heres beneficium vt de suo nihil præstare teneatur, sed à lege, quæ porrò non aliter ei beneficium hoc datum voluit quàm si inuentarium faceret: Vt proinde testator qui heredi suo prohibet ne inuentarium faciat, nihil aliud vi ipsa cauere videatur, nisi vti ne legis Iustinianeæ beneficium implorare possit, sed eo iure vetere cogatur vti, quod olim commune erat omnium heredum, vt defuncti creditoribus in solidum, legatarijs verò & fideicommissarijs non nisi ad dodrantem vsque tenerentur. Nam & post Iustiniani constitutionem si quando heres teneatur creditoribus in solidum, puta non confecto inuentario, non fit hoc in pœnam neglecti noui beneficij sed ex iure communi, cui vt locus possit esse, sufficit nouum beneficium quod implorari potuit non fuisse imploratum. Vt verò teneatur legatariis & fideicommissarijs in solidum, nec Falcidiam vllam deducere possit, fieri nequit iure communi, ex quo permissa est Falcidiæ retentio, idcóque necessario adscribendum est pœnæ quam ei voluit Iustinianus irrogatam, ob id solùm, quòd nouæ legis beneficium neglexerit. Porrò nullam ex hac causa pœnam meretur heres qui non faciendo inuentarium paruit sui testatoris voluntati: Non ergo prætextu constitutionis Iustinianeæ prohiberi debet heres qui inuentarium non fecit, quominùs vtatur iure communi & Falcidiam deducat ex legatis ac fideicommissis: Sicut è contrario, prætextu voluntatis testatoris, qui inuentarium fieri prohibuit, non debet recusare, quominùs creditoribus defuncti in solidum teneatur ex iure communi, cùm neque Iustiniani beneficium implorauerit, neque sollennitatibus iis satisfecerit, quibus tamen omnino satisfaciendum erat, vt beneficium illud implorare posset, sollenni scilicet inuentario rit è recteque conscripto. Quid igitur de illo dicemus cui testator bonorum suorum

l. nemo potest 55. *de leg.* 1.

l. vlt. C. de iur. delib.

De illo cui

omnium

omnium vſumfructum ſiue legati, ſiue fideicommiſſi iure reliquerit? Hunc enim conſtat cauere ante omnia debere ſe boni viri arbitrio fruiturum, finitoque vſufructu omnia ex bona fide reſtituturum *l.1. & tot. tit. D. vſufr. quem. caueat.* obidque & in neceſſarium antecedens inuentarium ab eo fieri oportere. Quomodo enim ſciri aliter poſſet, quid & quantum reſtituere fructuarius deberet? At fructuarius qui vſumfructum habet iure legati vel fideicommiſſi conſtitutum non fuit creditor defuncti, ſed ab eo cauſam habet lucratiuam, itémque heres cuius tanquam proprietarij gratia conſtitutum hoc eſt vt & cauere, & inuentarium facere fructuarius debeat. Conſequens ergo ſuperioribus videtur vt in ipſius vſufructuarij fauorem & in heredis præiudicium liceat teſtatori confectionem inuentarij prohibere. Contrà tamen illud vrget, quod non poteſt prohibere teſtator ne per fructuarium heredi caueatur eum arbitrio viri boni vſurum *l. 1. Cod. vſufruct.* Nec igitur prohibere poterit ne inuentarium fiat, tanquam quod faciendum ſit vt diximus in neceſſarium antecedens. Vtrumque eadem ratione, quam & noſtri interpretes adferre ſolent, ne alioqui detur fructuario materia & occaſio delinquendi, id eſt alienis rebus malè vtendi. Non tam enim ad priuatam vtilitatem eius cui caueri debet, quàm ad publicam reſpiciunt leges quæ permittunt remitti ſatiſdationem legibus conſtitutam *l.2.iunct. l. ſcire debetis 7. Cod. vt in poſſeſſ. legat.* qui poſtremus locus fortaſſe ſolus eſt in toto iure quo probari bene poſſit hanc de fruendo boni viri arbitrio ſatiſdationem teſtamento remitti non poſſe. Nam quod ſcriptum eſt in *dict. l. 1. Cod. de vſufr.* quam adducere in hanc rem interpretes ſolent, non ad huiuſmodi cautionem pertinet, ſed vt ipſa legis verba demonſtrant ad eam cautionem quæ præſtari ex Senatuſconſulto debet quoties vel rerum mobilium vel etiam nominum vſusfructus legatus fuit *l.3. D. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* quod in ea ſpecie euenerat, in qua & omnium bonorum vſusfructus legatus proponebatur, & in bonis fuiſſe nomina debitorum quæ vſufructuarius exigere volebat. Huius verò cautionis præſtandæ multò maior neceſſitas ſubeſt quàm illius de vtendo fruendo arbitrio boni viri, longéque difficilius fieri poteſt vt remittatur, cùm nominum vſusfructus vt & aliarum rerum quæ vſu cõſumuntur nullus conſtitui poſſit niſi cautionis huius remedium adhibeatur *d.l.3.* vt proinde dici poſſit talis vſusfructus ſubſtantiam in hac cautione conſiſtere, ſiquidè fieri nequit vt vſusfructus vllus ſit quin ius ſit vtendi fruendi alienis rebus ſalua earũ ſubſtãtia, *l.1. D. de vſufr.* nec rurſus vt ſalua rei ſubſtantia quis vtatur iis rebus quæ vſu ipſo conſumuntur, in quo numero eſſe nomina debitorũ certiſſimũ eſt. Quis enim nominis vſusfructus eſſe poteſt niſi liceat fructuario pecuniam exigere à debitore, non quidẽ vtili aliqua actione quæ ceſſionariis omnibus poſt reſcriptum D. Pij competere proprio nomine ſolet *l. ſi cum emptore 16. D. de pact. l. 5. 7. & 8. Cod. de hered. vel action. vendit.* ſed directa quam habet tanquam procurator proprietarij hoc ipſo quod fructuarius eſt. Atquin agi ex nomine & exigi pecunia non poteſt, quin nomen ipſum extinguatur liberato iure ipſo debitore. Cautio igitur omnino neceſſaria eſt priuſquàm fructuarius agere poſſit contra debitores ſicut & neceſſarium eſt vt antè omnia ſit fructuarius. Adeò vt nec aliud dicendum ſit, etiamſi heres ipſe idémque proprietarius nedum teſtator remiſerit ei cautionem, quia, vt dixi, ex hac cautione conſiſtit ſubſtantia tota vſusfructus, qui aliter non magis poteſtate

teſtator bonorum ſuorum omnia vſumfructum reliquit.

l.1. C. de vſufr.

l.2. l ſcire debetis 7. C. vt in poſſ. legat.

l.3 D. de vſuf. ear. rer. quæ vſu conſum.

l.1 eod. tit.

l. ſi cũ emptore 16. D. de pact.

Digitized by Google

De usufructu indebito per Senatusconsultum in rebus mobilibus. l. 2. De usuf. ear. rer. quæ usu cōsum.

& fictione iuris constitui posset, quàm per rerum naturam aliquis esse. Nam nec Senatusconsulto factum est aut fieri potuit vt istarum rerum quæ vsu consumuntur vsusfructus aliquis verè ac propriè esset (neque enim ratio naturalis autoritate Senatus commutari potuit) sed remedio introducto cœpit quasi vsusfructus haberi: vt eleganter tractat Iureconsl. in *l. 2. ill. tit. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* In eóque manifestior est differentia huius cautionis, & illius quæ à fructuario præstanda etiā est de vtendo fruendo arbitrio boni viri. Illa enim etsi à testatore non potest remitti inuito herede cuius scilicet solius fauore & commodo præstanda est, consentiente tamen herede & iuri suo renunciante re nitti proculdubio potest *l. pactum* 46. D. *de pact. l. penult. C. eod. l. potest heres* 71. D. *ad leg. Falcid.* Hæc verò remitti non potest nec si heres velit. At neque debitores à quibus debitum exigere vult fructuarius possent eum repellere hac exceptione quod non satisfecisset adhuc de vtendo fruendo arbitrio boni viri, quandoquidem nihil ipsorum interesset, remissa præsertim satisdatione per testatorem siue heres voluntatem sui testatoris vltrò approbasset, siue cautionem quam exigere ante traditum vsumfructum pro suo iure poterat nōdū exegisset, quia fructuario vt vtiliter & efficaciter possit agere, sufficit vt habeat rite constitutum vsumfructum ab eo qui ius habuit constituendi tradēdique, nec quicquam interest debitorum qui liberabuntur vtique ipso iure soluentes fructuario cui heres sine satisdatione tradidit vsumfructum perinde acsi soluerent alii cuilibet heredis procuratori. Et quamuis non liberarentur ipso iure tamen essent adiuuandi exceptione doli contra heredem postea petentem id, cuius iam antè ab iis etiam inuitis exigendi potestatem fecisset fructuario, tradito ei vsufructu quamuis citra satisdationem. *arg. d. l. si cum emptore* 16. D. *de pact. l. si conuenerit* 18. *D. de pignor. act. l. si pecunia* 77. *De legat.* 1. Nec enim fructuarius vt faciat fructus suos cogitur cauere proprietario nisi id desideranti *l. si cuius* 13. *in princip. D. de vsufr.* At vt possit se dicere fructuarium earum rerū quæ vsu consumuntur, ac proinde nominum, cogitur cauere heredi non tantū desideranti sed etiam inuito. Et verò credibile est in specie *d. l. 1. C. de vsufr.* fuisse remissam vsufructuario satisdandi necessitatem non tantùm à testatore, sed etiam ab herede secuto voluntatem testatoris, nec cò magis tamē permittitur ei agere contra hereditarios debitores, tanquam qui eorum intuitu nullum dici possit habere vsumfructum. Ergo vt ad propositam dubitationem redeamus, concludendum est inuentarij conficiendi necessitatem non magis remitti posse fructuario à testatore, quàm satisdationem de vtendo fruendo arbitrio boni viri & de restituendo, cùm fieri nequeat restitutio arbitrio boni viri post finitum vsumfructum, nec sciri an durāte vsufructu benè vsusfructus sit fructuarius & vt virum bonum decuit, nisi ex inuentario appareat quid & quantum fructuario traditum sit ex causa vsusfructus. Si tamen ipse quoque heres hanc satisdationem remiserit siue expressa conuentione, siue tacito consensu, hoc ipso quod numquam sibi caueri desiderauit, nec vsusfructus constituti tempore nec postea, secutus scilicet bonam fidem fructuarij, consequens erit vt inuentarij quoque conficiendi necessitatem possit remittere, quamuis non ob id solùm videri debeat remisisse, quòd remiserit cautionem. Nihil enim vetat & inuentarium fieri & satisdationem remitti. Immò tantò magis necessarius est vsus inuentarij, quanto minùs aliunde proprietario cautum est, vt hac saltem veluti cautiuncula ipsi consulatur. At si in bonis quorum

d. l. si cum emptore l. si conuenerit 18 D. de pignor. act. l. si pecunia 77. de legat. 1. l. si cuius 13. in princ. D. de vsufr.

Distinctio adhibenda cùm quæritur An remitti possit confectio inuentarij.

vsusfructus

vſusfructus legatus ălitérve conſtitutus eſt, ſint nomina & aliæ res quæ vſu cõſumantur, non eſt in poteſtate heredis facere ne inuentarium fieri debeat, non magis quàm ne cautio eo nomine præſtãda ſit, quæ ſcilicet ſine inuẽtario præſtari nullomodo poteſt, mihíque videtur adhibenda hæc diſtinctio, quam fortaſſis ante me adhibuit nemo. Et hæc de faciendis inuentariis dixiſſe ſufficiat per occaſionem inuentarij quod à tutore fieri oportet, Niſi quod generaliter monitum volumus, eandem inuentarij faciendi neceſſitatem iis omnibus incũbere, non ſolùm qui res alienas tranctant tanquam adminiſtratores, cuiuſmodi ſunt curatores, ſiue minorum, ſiue ad lites, hoſpitalarij, & alij, ſed etiam qui communes, puta ſocij. Immò quod magis eſt, etiam qui res proprias, ſi tamen quãdoque futurum ſit, vt eas alteri reſtituere teneatur, vt euenit in herede, qui ſub condicione, vel in diẽ alteri hereditatẽ reſtituere rogatus eſt. Omnibus enim fideicommiſſis bonam fidem ineſſe conſtat *l. Titius* 54. *D. ad SC. Trebel.* Quomodo autem ex bona fide poſſet vnquam videri hereditatẽ reſtituiſſe is, qui rerum hereditariarum inuentariũ nullum feciſſet? Nimirũ petente fideicõmiſſario. Si enim ipſe nõ petat, ſicuti heres ipſum vltrò adire eíque fideicõmiſſum offerre non cogitur, ita neque ſatiſdationem præſtare *l.1. l. cùm Artemidoram 4. & tot. tit. C. vt in poſſ. legat. & tit.* D. *vt legat. nomin. caueat.* quã & teſtator ipſe remittere potuiſſet ſi voluiſſet adeóque indicio quocũq; voluntatis *d. l. ſcire debetis, d. l. 2. & paſſ. eo. l. aut a* 77. *§. vl. D. de cond. & demonſt.* Vnde illud quoq; paullatim factũ eſt, vt in deſuetudinẽ abierit ius illud ſatiſdationis præſtãdæ ab herede grauato, ſiue in diẽ, ſiue ſub cõdicione. Nec enim hodie heredes ſatiſdant, quaſi ſuperuacua ſit cautio, præſertim poſtquã ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. 1. C. comm. de legat.* Placuit legatariis & fideicõmiſſariis omnibus dandã eſſe actionem non tantùm perſonalẽ & ex teſtamento, vt olim, ſed etiã vindicationẽ & hypothecariã: quę olim minimè dabatur, & quæ tamen nõ minùs vtilitatis habet quàm præſtatio fideiuſſoris *l. ſi mandatu* 5. *§. vlt. D. mandat. l. 4. §. addici* D. *de fideic. liberi.* immò tantò plus quantò plus cautionis eſſe ſolet in rem quàm in perſonã *l. plus cautionis* 25. *De regul. iur.* Porrò generale eſt vt ſuperuacua cautione nemo vnquam onerari debeat *l. 1. §. vlt. l. hæc ſtipulatio* 14. *§. 1. D. vt legat. ſeu fideic. nom. caueat.* Neque tamen conſequens ſit vt hodie non teneatur heres inuentarium facere fideicommiſſario poſtulante. Nam quæ ratio facit ſuperuacuam ſatiſdationem quod aliũde ſatis ſupérque cautum ſit fideicommiſſario per tacitam illam hypothecam à Iuſtiniano inductam, eadem non tollit neceſſitatem cõficiendi inuentarij, ſine quo futura ſit multò minùs vtilis hypothecaria, quippe quæ dari non poſſit niſi pro eo quod probetur eſſe in fideicommiſſo, in quo tamen quid & quantum ſit reſtitutionis tempore & tunc cùm agitur hypothecaria nõ niſi facto inuentario ſciri exactè poteſt. Superioribus verò conſequẽs eſt tutorem nihil ante inuentariũ factũ gerere debere, niſi id quod dilationem expectare non poſſit nec modicam *d. l. tutor qui repertorium*, quod & conſtitutum eſt ab Arcadio & Honorio in *l. tutores* 24. *C. eod. tit.* De *admin. & peric. tutor.* Ergo ſi quid geſſerit pupillus ante confectum inuentarium id ipſo iure nullius momenti erit, tanquam geſtũ ab eo qui nullam habuit gerendi poteſtatem. Sicut & ſi quid geſtum eſſet à tutore, vel curatore ante præſtitam ſatiſdationem quam præſtare debuiſſet *l. vlt.* C. *de tutor. vel curat. qui ſatis non ded.* Hodie tamen inuentarium quidẽ ſtatim fit, ſed non eo minùs valent quæ interim tutor, vel curator geſſit, dummodò nihil dolo

De neceſſitate conficiẽdi inuentarij quibus incumbat.

l. Titius 54. ad Trebell.

l. 1. l. cùm Artemidoram 4. C. vt in poſſ. legat.

l. 1. C. commun. de legat.

d. l. tutor qui repertorium l. tutores 24. C. eod.

l. vlt. C de tutor. vel curat. qui ſat. non ded.

Digitized by Google

malo fiat in fraudem pupilli, cui per inuentarium postea ritè factum præstitámque satisdationem bene cautum esse appareat.

ILLATIO VIII.

De tutore qui cessauit in distractione rerum quæ tempore pereunt.

l. lex quæ tutores 22. C. de adm. tut. d. l. tutor qui 7. §. 1. D. eo. l. Aristo 5. §. si maior l. ait prætor 7. §. vlt. D. de iur. delib. l. inter 48. D. de admin. tuto. l. si diu 8. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. ſi quis filio 6. §. quid tamen D. de inoff. rupt.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt si tutor cessauerit in distractione earum rerũ quę tẽpore pereũt suum periculũ faciat *l. lex quæ tutores* 22. C. *de admin. & peric. tutor.* Debuit enim officio suo fungi confestim, ait Vlp. in *d. l. tutor. §. 1.* quia & diligens quilibet paterfamilias in rebus suis idem faceret: Qua ratione iis etiam quibus alioqui alienatio omnis interdicta est, permittitur tamen istarum rerum alienatio vt in *l. Aristo* 5. *§. si maior l. ait prætor* 7. *§. vlt.* D. *de iur. delib. l. inter* 48. *D. de admin. & peric. tuto. l. si diu* 8. D. *quib ex cauſ. in poſſ. eat.* Quid ergo si hic tutor qui cessauit in huiusmodi rerum distractione contutores expectabat, vel differentes, vel etiam volentes se excusare? Negat Vlp. ei facilè ignoscendum esse, quia debuit partibus fungi nõ ex aliena, siue culpa, siue negligentia suæ colorem quærere: Non vt debuerit vti præcipiti festinatione, sed vt nec moratoria cunctatione. Saltem tam citò, vt periculum pręuenire, suáque diligentia anteuertere debuerit, vt & in specie *l. si quis filio* 6. *§. quid tamen. D. de inoff. rupt.*

ILLATIO IX.

De tutore qui per sordes aut gratiam comparauit prædia non idonea.

d. l. tutor 7. §. competet D. de admin. tutor.

NOnò ex eodem Principio fit, vt competat aduersus tutores tutelę actio, si malè contraxerint, hoc est, si prædia comparauerint non idonea per sordes aut per gratiam *d. l. tutor §. competet.* Nec enim ad aliud cõparata est tutelæ actio, nisi vt si quid vel negligenter, vel improbè tutor fecerit id pupillo pręstare damnúmque omne ei sarcire compellatur, Si tamen nec sordidè, nec gratiosè tutores quid fecerint, sed non bonam condicionem elegerint, rectiùs dicetur solam latam negligentiam pręstare illos hac parte debere *d. §. competet.* Nam & diligenti cuiuis patrifamilias idẽ accidere facilè potest, vt erret in non bona condicione eligenda. Planè cùm magna negligentia probatur, non potest videri tutor culpa vacare, quoniam magna negligentia & lata, nihil aliud nisi culpa est, sicut & magna culpa dolus est *l. magna* 226. De *verb. signifi. l. quod Nerua* 32. *D. depoſit.*

l. magna 226. de ver. sign. l. quod Nerua 32. D. depoſit.

ILLATIO X.

De tutore qui neglexit comparare prædia ex pecunia in eam rem depoſita.

d. l. tutor 7. §. si poſt depoſitionẽ D. de admin tutor. l. chirographus 57. eod. tit.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si tutores pecuniã quidem deposuerint ad prædia comparanda, sed tamen post eam depositionem factã prædia comparare neglexerint, ex eo tempore incipiant in vsuras conueniri. Quamquam enim à prætore compellendi sunt, vt comparent, tamen si cessent nõ eo minùs ad vsuras plectendi sunt tarditatis gratia *d. l. tutor §. si poſt depoſitionẽ.* Nõ enim potest tutor esse in mora quin sit in culpa, Nec rursus in culpa quin hoc ipso sit obligatus iudicio tutelæ *d. §. competet l. chirographus* 57. *D. eod. ti. de admin. tutor.*

Digitized by Google

nisi tutor.& consequenter ad vsuras , Vsuræ enim non nisi propter moram infligi solent *l.cùm quidàm 7.§.si pupillo* D.*de vsur.*Planè si tutores probent per eos non stetisse quominùs prædia compararent,vel quia non repererint satis idonea, vel quia non satis pecuniarum in deposito esset , nihil erit quod eis imputetur propter quod ad vsuras debeant conueniri *d.§.si post in fin.* Nam & hoc posteriore casu liberarentur tutores à necessitate pecuniarum deponẽdarum *l.ista autem* 5.*eod.tit.*Sic dicimus,si tutor pupillarem pecuniã credere nõ potuerit,quia non erat cui crederet,pupillo eam vacare non tutori , hoc est eius vsuras à tutore nullas deberi *l.cùm plures* 12.§.*vltim.eod.* Non tamen audiendus est tutor si dicat ideò cessasse illum in comparandis prædiis pupillo quòd idonea prędia non inueniret si arguatur eodem tempore sibi prędia idonea comparasse.Exemplo eius quod dicimus,nec audiendum eum esse qui dicit ideò cessasse pecuniam pupillarem quòd idonea nomina non inueniret si arguatur eo tempore pecuniam suam bene collocasse *l.tutor* 13.§.1.*eod.tit.*Nec rursus commodatarium apud quem res commodatæ incendio,vel ruina perierunt si cùm posset res commodatas saluas facere suas prætulerit *l.si vt certo* 5.§. *quod verò senectute D.commod.*

d.§. si post depositionẽ in fin.
d.l.ista autẽ 5. in princ. eod.tit.
l.cùmplures 12.§.vlt.eo.
l.tutor 13.§. 1.eod.
l 5.§. quod verò senectuti D.commod.

ILLATIO XI.

De præstandis per tutorem vsuris eius pecuniæ quam in vsus suos vertit.

VNdecimò ex eodem Principio fit , vt pecuniæ quam in vsus suos tutor vertit legitimas vsuras præstare debeat *d.l.tutor qui repertorium 7.§.pecunia.* Non enim aliter fieri potest vt videatur tutor diligenter versatus circa res pupillares,quin potiùs perfidè & contra constitutiones quę hoc ipsum districtè prohibent,ne cui tutori liceat in suos vsus vertere pecuniam pupillarem *l.Lucius* 46.§.*tutorem eod.* Sed hoc ita demum obtinet vt legitimas vsuras præstare tutor debeat si euidenter doceatur pecuniam in vsus suos conuertisse. Cur enim præsumamus contra tutorem quod perfidè versari voluerit in re pupilli & facere aduersus constitutiones ? Non erit itaque bona consecutio si dicatur tutor in vsus suos pecuniam pupillarem conuertisse ob id solùm quod eam nec fœnerauerit , nec deposuerit , & ita Diuum Seuerum decreuisse refert Vlpian.in *dicto §.pecuniæ.* At quid si debitor patris pupilli fuit, nec sibi tanquam tutori soluit ? Neque hic in vsus suos pecuniam vertisse videbitur. Igitur non maiores vsuras pupillo præstabit quàm quas eius patri promiserat vt subiicit Vlpian. in §. *vertisse.* Quid si tutor pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauerit ? Non videtur in suos vsus eam vertisse, idcóque nec contra constitutiones feciisse *dicta lege Lucius §. tutorem* , quia vtilem hoc casu actionem pupillus habet ex contractu tutoris *l. 2.D. quand. ex fact. tutor.* Cogetur ergo tutor præstare vsuras quas perceperit quantæcunque illæ sint , sed ita demum si suscipiat pupillus periculum cæterorum nominum à tutore contractorum *dicta lege tutor* 7. §. *si tutor.*Etsi enim posset quis existimare bona integra pupillo salua esse,deperdita verò & malè contracta ad tutorem pertinere , tamen verius & æquius est, posse tutorem eam condicionem adolescenti deferre , vt id quod gessisset tutor in contrahendis nominibus,aut in totum agnosceret, aut à toto recede-

d.l.tutor qui repertorium §.pecunia.
l.Lucius 46. §. tutorem eod.
d.§.pecuniæ
§. vertisse eiusd.leg.
d.l. Lucius §. tutorem l.2.D.quan. ex fact.tut.
d.l. tutor 7. §.si tutor D. de admin. tutor.

ret, ita vt perinde esset acsi tutor sibi negotium gessisset. Nam & idem e-
l.cùm quari tur 16. eod. ueniret si pupilli nomine tutor credidisset *l. cùm quæritur 16. eod. tut.* quia non idcirco pupillus cogeretur agnoscere periculum nominum quæ tutor malè contraxisset. Nec sanè aliter, aut meliùs possit tutor probare se bonam fidem in rebus pupillaribus præstitisse, eandémque diligentiam quam in suis propriis, quàm si hanc condicionem deferat adolescenti. Quænam ve-
Vsuræ legitimæ quænã sint. rò sint hæ vsuræ legitimæ video etiamnum ab interpretibus dubitari. Sunt enim ex recentioribus plerique qui vsuras besses, vel semisses intelligant, Quod ego probare non possum. Legitimæ enim dicuntur, quantas lex permittit, id est quæ ad legitimum vsque modum ascendunt, quem si excederent, legitimæ iam non essent. Eæ verò sunt centesimæ quibus maiores aliæ & grauiores nullæ nostris legibus constitutæ sunt. Atque ita rectè Accursius quoque noster interpretatur. Opponuntur enim legitimæ vsuræ pupillaribus, quæ scilicèt minores esse solent, quales nimirum in ea prouincia & regione in qua tutor degit, frequentantur, siue quincunces illæ sint, siue
d.l. tutor 7. §. quæ autẽ sint l.1.C. de vsur. pupill. l.3.C. arbitr. tutel. trientes aut etiam leuiores *dicta lege tutor 7.§. quæ autem sint.* iunct. *l.1.C. de vsur. pupillar. l.3.C. arbitr. tutel.* Tunc itaque irrogantur tutori vsuræ legitimæ cũm grauiore pœna & odio dignus videtur, quod contingit in casibus de quibus in *dicto §. quæ autem*, Primus ille est de quo iam diximus si tutor pecuniam pupillarem in suos vsus conuerterit, quoniam in hoc facit non tantùm contra bonam fidem, sed etiam aduersus constitutiones. Secundus est, Si negauerit apud se vllam esse pecuniam pupillarem siue ad alendum pupillum ipsum, siue ad alia negotia expedienda, ita vt ex ea denegatione imposita sit necessitas mutuam pecuniam sub vsuris legitimis accipiendi. Cur non enim hoc casu in legitimas quoque tutor condemnabitur, cùm legitimæ absint pupillo? Tertius est, Etiamsi nulla pecunia mutua sit accepta sub vsuris legitimis. Perinde enim quicquid penes eum tunc fuisse constiterit, eius grauissimas vsuras pendere debebit in pœnam videlicet mendacij quod vix est, vt longè distet à dolo malo. Quartus est si moram fecerit tutor in pecuniis deponendis ad prædiorum comparationem, & prætor ei vel per solam comminationem legitimas vsuras irrogauerit, Nec enim dubitare iudex debebit qui postea in tutelæ actione datus erit, quin prætoris decretum sequatur. Solebant verò prætores cùm pecunias deponi iubebant comminari, vt si non fieret depositio, vel quantò tardiùs fieret legitimæ vsuræ præstarentur *d.l.tutor §. si deponi.* Id si factum non esset, videtur Vlp. innuere non fuisse moris, vt ex hac causa condemnaretur tutor ad legitimas vsuras, Quamquam non video cur faueri ei debuerit, qui & boni tutoris officium, & prætoris humanioris sine comminatione iubentis præceptum neglexisset. Idque ab Vlpiano prætermissum esse in *dicto §. si deponi*, mirarer ego, nisi viderem, quicquid scriptum est ab illis verbis primis *d. §. si deponi vsque ad §. vsuræ.* Triboniani esse non Vlpiani, Nihil enim nisi distinctiones & subdistinctiones sunt, Triboniano familiariores quàm Vlpiano, & præterea quas partim mãcas, partim stolidis & insulsis repetitionibus fœdatas esse negari nõ potest. Quod nãque primo loco dicitur, si deponi oportet pecunias ad prædiorũ cõparationem, siquidẽ hoc factũ est vsuras non currere, an nõ prorsus ridiculũ est, Aut an nõ esset ridiculus qui de eo dubitaret? Et rursus cur dicimus vsuras non currere quomodo loqui solent Iureconsulti pro eo quod est sisti cursum

d.l. tutor 1. §. si deponi D. de admi. tutor.

Triboniani mus in Vlpiano.

vsurarum

vſurarum vt in *l.lite cõteſtata* 35.D.*de vſur.* ſi debitæ nũquam fuerunt? Sequitur *ſin verò factum non eſt, ſiquidem nec præceptum eſt, vt deponantur pupillares præſtabuntur.* Nec hoc quoque dubitationem vllam habet, quia nõ alias quàm pupillares vſuras debere tutor poteſt iis caſibus quibus expreſſim cautum non eſt, vt debeat maiores. Subiicitur *ſi præceptum eſt & neglectum de modo vſurarũ videndum eſt.* Hæc verò poſtrema verba ſunt ſuperflua. De quo enim alio hîc agebatur niſi de modo vſurarum? Videamus tamen quem modum ſtaturus ſit Tribonianus. *Et ſolent*, inquit, *prætores comminari, vt ſi non fiat depoſitio, vel quantò tardiùs fiat, legitimæ vſuræ præſtentur. Si igitur comminatio interceſſit, iudex qui quandoque cognoſcet, decretum prætoris ſequetur.* Quodnam verò decretum? Sola enim comminatio non habet vim decreti ſicut nec legis *tot.tit.C. comm.epiſt.programm.vim rei iudic.non haber.* At quid ſi prætor decreuerit quidem vt prædia cõpararentur, ſed prætermiſerit comminationem, aut ſub comminatione vſurarum ſimpliciter nulla legitimarum facta mẽtione? Hic caſus à Triboniano prætermiſſus eſt, qui tamen erat dubitabilior, ideóque minùs debuerat prætermitti. Et in hoc fatendum eſt mancam eſſe diſtinctionem. In id tamen videtur procliuior eſſe Tribonianus vt putet hoc caſu legitimas vſuras nõ deberi, ſed tantùm pupillares, Alioqui fruſtra diſtingueret an cõminatio legitimarum vſurarum præceſſiſſet necne ſi omni caſu legitimæ vſuræ deberentur: Facítque pro hac ſententia quod modò dicebamus pupillares tantùm vſuras deberi quoties de legitimis exſoluendis nihil cautum reperitur. Contra tamen pro pupillo, vt legitimas vſuras in hac quoque ſpecie conſequi debeat, illud vrget quòd ſi prætores ſolent idipſum æquum putare, ob ídque cõminationẽ legitimarũ vſurarũ adiicere, quidni etiã iudex ipſe qui de tutelæ actione cognoſcit quíq; omnia ex bona fide & æquitate ſtatuere debet, idẽ arbitrabitur? Nec.n.putandum eſt ideò ęquũ eſſe legitimas vſuras præſtari cùm præceſſit cõminatio, quòd ea præceſſerit, ſed è cõtrario ſolere prætores ideò talem facere comminationem quòd æquum ſit non modò negligentem, ſed etiã contumacem tutorem hanc veluti pœnam ſubire, An nõ verò æquè contumax ille eſt qui iuſſus pecuniam deponere non paruit, quãuis nulla interuenerit legitimarum vſurarum comminatione? Itaque putarem ego ſi Triboniani iudicio meum poſſem opponere, ad vſuras legitimas tutorem hunc condemnari debere. Subiungitur, *Idem ſolent facere prætores circa eos tutores, qui negant habere ad alendos pupillos penes ſe aliquid, vt quicquid conſtituerit penes eos eſſe eius grauiſſimæ vſuræ pendatur. Et hoc perſequi iudicem oportere palam eſt, cum & alia pœne adiectione.* Hic verò Triboniani manum agnoſco apertiùs in iſta verborum intricatione & improprietate, præſertim in verbo *perſequi*, quo ille vſus eſt pro *ſequi*, vel *exequi*. Sed & inſcitiam ſimul in illis verbis *cum & alia pœne adiectione.* Quam enim aliam pœnam maiorem poſſet iudex, aut deberet ſtatuere cõtra tutorem, qui pecuniam pupillarem quam penes ſe habuiſſet habere tamen negaſſet, niſi vt eius pecuniæ legitimas & grauiſſimas vſuras præſtare teneatur? Nã ſi nec valet pœnæ conuentio inter priuatos quoties ſubeſſe poteſt ſuſpicio quòd adiecta ſit pœna in fraudem legitimarum vſurarum *l.pecunia 9.in princip.& §.1.D.de vſur.* quantò minùs licebit iudici excedere modum legitimum quem ab aliis excedi prohiberet? Sed & obſeruãdum eſt valde impropriè dixiſſe Tribonianum *cum & alia pœne adiectione* pro eo quod dicere voluit *cum alterius pœnæ adiectione* quomodo Vlp. haud

l.lite cõteſtata 35. D. de vſur.

tit.C. comminat.epiſt. progrã.vim rei iudic. nõ haber.

l.pecunia 9. in princ. & §.1.D.de vſur.

dubiè locutus fuiſſet. At neque video in quo tam graue ſit delictum tutoris negantis penes ſe pecuniam eſſe quæ reuera ſit, cùm facilè fieri queat, vt id neget ſine dolo malo, putétque vel parem ſe habere rationem cũ pupillo, vel etiã ſibi à pupillo deberi, non ſe pupilli debitorẽ eſſe. Quod ſi ponas dolo malo tutoris factam eam denegationem, fateor perfidum eſſe tutorem & dignũ quem ex hac cauſa prætor tanquam ſuſpectum remoueat, cum nota etiã infamiæ. Sed cùm agamus de iudice qui de tutela iã finita cognoſcit inter tutorem & pupillum, an non ſatis magna tutoris pœna eſt quod nõ modò ad legitimas vſuras condemnatur, ſed etiam ex cauſa tutelæ, quæ famoſa eſt & infamiam irrogat condemnato *l.1. D. de his qui not. infam.* Sequitur *reſiduarum autem ſummarum pupillares vſuras pendi oportet.* Quænam verò ſunt reſiduæ illæ ſummæ? Opinor eæ, quę ſuperſunt prædiis iam comparatis. Nam quandiu prędia comparata non ſunt, quicquid pecuniarum eſt deponi debet, tantóque diligentiùs quantò maior pecuniæ quantitas eſt, cùm ea ſola ratio poſſit excuſare tutorem à depoſitionis neceſſitate, Si minor ſumma ſit quàm vt ſufficere queat comparationi prædiorum *d. l. ita autem 5. eod. tit.* Atqui eum caſum tractamus, quo nulla prędia comparata ſint, ideóque tutorem hunc ad legitimas vſuras condemnamus. Item illum quo tutor habuerit penes ſe aliquid pecuniæ pupillaris, & tamen negauerit ſe habere. Nihil igitur eſt quod de reſiduis pecuniis tractari poſſit, Niſi fortè voluit Tribonianus dicere aliarum ſummarum, quæ ſcilicet deponi nõ debuerint, & quas tutor penes ſe eſſe nõ negauerit, pupillares tantùm vſuras deberi, Neque verò dubito quin ita vir bonus ſenſerit, Sed quis vnquam ita locutus fuit, vt reſiduas ſummas diceret pro aliis quæ propriè reſiduæ nec ſint, nec eſſe vnquam poſſint? Debuerat ſaltem ſcribere *reliquarum* qua dictione quamuis etiam paullò minùs propriè omnes eas ſummas de quibus locutus non fuiſſet comprehendiſſet. At nihil putauit intereſſe an *reſiduarum* ſcriberet an *reliquarum*, quia & quod ex aliqua quantitate reſiduum eſt reliquum eſſe ſolemus dicere. Quaſi verò perinde recipiendum ſit, vt quicquid reliquum dici poteſt, idem & reſiduum dicatur. Sed pergamus ad reliqua quæ ſunt etiam ineptiora. *Quæ autẽ ſint pupillares vſuræ videndum eſt.* Inculcanda nimirum fuit tam ſæpe formula illa *videndum eſt*, vt intelligeremus quàm placeat illa Triboniano. Ipſa autem quæſtio prorſus ocioſa eſt. Non enim pupillares vſuras dicimus quaſi quæ pupillorum fauore certam formam habeant à cæteris differentem, ſed tantùm ad differentiam, vt iam monuimus legitimarum quæ pupillo certis caſibus præſtandæ ſunt, acſi ſolitas, & conſuetudinarias vſuras diceremus: Vnde eſt quod & in ipſo *titul. C. de vſur. pupillar.* ſi tollas quod de vſuris legitimis ſcriptum eſt in *l. 1.* cæteræ omnes leges quæ de pupillaribus vſuris intelligendæ ſunt, de vſuris ſimpliciter loquuntur, vt & *l. 1. §. vltim. D. de vſur.* Videamus tamen quid ad quæſtionem tam arduam Tribonianus reſpondeat. Ille verò nihil minùs quàm id curat vt reſpondeat: Sed tanquam eſſet immemor eorum omnium quæ proximè dixerat de forma vſurarum in quas condemnari tutor pupillo deberet, eadem ipſa repetit his verbis, *Et apparet hanc eſſe formam vſurarum vt eius quidem pecuniæ quam quis in vſus ſuos conuertit legitimam vſuram præſtet.* Ergo, inquam, non pupillarem. Quid ergo attinebat hoc monere, cùm de eo tantùm propoſita eſſet quæſtio, Quænam eſſent vſuræ pupillares: Vſuram verò legitimam in numero ſingulari

d. l. ita autẽ 5. in princ. de admin. tut.

tit. C. de vſur. pupill.

Digitized by Google

gulari dicere Iureconſultos vix reperias, ſed ſemper vſuras in plurali. Addit Tribonianus, *ſed etſi negauit apud ſe eſſe pecuniam & prætor pronunciauit contra eum, legitimas ſoluere debebit.* In quibus verbis mirum illud adeóque falſum eſt quod ponit prætorem hunc tutorem pronunciaſſe. Nec enim Vlpiani temporibus poterat prætor pronunciare, vt neque cognoſcere an mẽdax fuiſſet tutor, qui nullas ſe pupillares pecunias habere dixiſſet, quod nec ſciri poterat niſi rationibus tutelę benè & ad amuſſim examinatis, quã in rem neceſſarium erat dari iudicem qui de facto illo totáque tutelę admin.ſtratione cognoſceret, vt probatur non ex eo ſolùm quod de iudice tutelę ſcriptum eſt in §. *prox. præced.* ſed etiam ex innumeris aliis iuris locis, in quibus de iudice in dicióque tutelæ tractant Iureconſulti. Prętoris autem illud duntaxat erat, vt comminationem interponeret de præſtãdis legitimis vſuris eius pecuniæ, quę penes tutorem tunc temporis fuiſſe quandoque conſtare poſſet. Non diſſimile eſt quod ſequitur, *vel ſi moram depoſitioni fecit, & prætor irrogauit ei legitimas.* Nã neq; hoc caſu prętor irrogat vſuras legitimas aut alias, quod nõ poſſet fieri niſi per condẽnationẽ, ſed tantùm comminatur. Cęterùm cùm hi duo caſus iã fuerint eodẽ ſenſu expreſſi in §. prędecedenti, non poteſt dici quid neceſſe fuerit eoſdem repetere in hoc §. prędertim cùm nihil habeant cõmune cum propoſita illa quęſtione, quęnam ſint vſuræ pupillares. Idémq; dicendũ eſt de alio caſu qui ſequitur in illis verbis. *ſed etſi dum negat aliquã quãtitatẽ penes ſe eſſe pupillus ad onera ſua expedienda, impoſuit neceſſitatẽ mutuam pecuniã legitimis vſuris accipiendi, tenebitur in legitimis.* Nã & hic q oque caſus iam tractatus fuerat in §. prędecedenti, multóque minùs impropriè quàm ſupradictis verbis, quę prę ferunt pupillum ipſum & ſua negotia expedire, & mutuam pecuniam ſub legitimis vſuris perquirere, & accipere, quorum vtrumque falſum eſt. Ambo enim hæc, & diligentia & facto tutoris quamuis perfidi expedienda ſunt non pupilli, qui ſine tutore nihil agere poteſt. Planè quod ſequitur *ſi à debitoribus legitimas vſuras exegit*, nouum caſum continet, de quo nihildum fuerat dictum, & in quo manifeſta eſt æquitas condemnandi tutoris in legitimas vſuras, quas ipſe pupilli nomine exegerit. Sed habet tamen hoc etiam incepti, quòd non pertinet ad propoſitam illam quæſtionem, quænam ſint vſuræ pupillares: quam tandem ſic concludit Tribonianus, vt nos quoque eam concludamus. *Ex cæteris cauſis ſecundum morem prouinciæ præſtabit vſuras aut quincunces, aut trientes, aut ſi quæ aliæ leniores in prouincia frequentantur.* Concludamus igitur Triboniani eſſe iſta omnia, nec melius poſſe definiri vſuras pupillares quàm per negationem, vt pupillares ſint, quæcumque non ſunt legitimæ. Dummodò addamus ſi tamen ſint conſuetudinariæ. Legitimæ verò quæ maximæ *l. qui ſine* 38. *D. de negot. geſt.* id eſt vt ſupra explicauimus, centeſimæ.

De tutelæ adminiſtratione cognoſcebat olim iudex à prætore datus, non prætor.

Vſuræ pupillares quæ ſint.

l. qui ſine 38. *D. de negot. geſt.*

ILLATIO XII.

De tempore ex quo tutor incipit debere vſuras pecuniæ pupillaris.

DVodecimò ex eodem Principio ſit, vt vſuræ à tutoribus non ſtatim exigantur, ſed interiecto duorum menſium tempore ad exigendas & collocandas pecunias *dicta lege tutor qui repertorium* 7. §. *vſuræ* D. *de admin. & peric. tutor.* Hoc enim temporis ſpatium & laxamentum viſum eſt neceſſarium

l. tutor qui repertorium 7. §. *vſuræ D. de admi. tutor.*

esse etiam diligẽtissimo cuilibet patrifamilias, siue quòd per debitorum moram plerumque fiat ne tam citò pecunia debita possit exigi, siue quòd non tã facilè idonea nomina reperiantur, quę pupilli nomine contrahi possint, Cùm diligenter cauendum sit ne vsurarum maiorum dulcedine, quę ab inope offerantur, malum nomen contrahatur, aut è contrario dum locupletissimus debitor quęritur, maiorum vsurarum lucrum, quod tutò captari posset, pupillo eripiatur *l. ait prator* 10. *§ si quid in fraudem D. qua in fraud. credit.* Quam ob causam primo tutelæ anno, non duo tantùm, sed sex menses tutori dantur & ad exigendos debitores, & ad pecunias collocandas *l. si tutor* 15. *D. de admin. & peric. tutor.* Sic enim lex illa conciliandа est cum *d. §. vsurę*, vt bene Cuiac. tractat *lib. 5. Obser. cap. 12. ex Nouell. Iustiniani 72. vt hi qui oblig. se haber. perhib. cap. 6. §. quoniam autem in fin.* vbi tamen Iustinianus corrigens hac parte ius vetus, constituit vt non imponatur necessitas tutori pecuniam pupillarem fœnerandi, sed eam duntaxat custodire teneatur. Vnde sumpta est *Auth. nouissimè C. de admin. tutor.* Obseruandum autem est quod addit Vlp. in *d. §. vsura*, hoc spatium seu laxamentum temporis quod tutoribus tribui solet, & in iudicio tutelæ seruari, non debere tribui tutoribus, aut curatoribus illis qui nummos impuberum, vel adolescentium in vsus suos conuerterunt. Isti enim nullo tempore indigent ad exigendas pecunias, quas sibi ipsi tãquam tutoribus soluere debuerunt, neque rursus ad eas collocandas, quas illi in suos vsus conuerterint. Alius etiam casus excipiendus est, si constet tutorem potuisse citius & pecuniã exigere & eandem collocare. Non enim erit impunita negligẽtia totius illius temporis quo tutor facere id quod potuit, & debuit, neglexit. Vt *in specie l. qui negotiationem* 58. *§. pupillo eod. tit.* vbi cùm pater proponeretur pupillo herede instituto filiam exheredasse, eique duo millia nummorum aureorum legasse, eosdémque tutores vtrisque dedisse, & quęreretur an ex eo die quo illa duo millia potuerunt tutores à substantia hereditatis exigere & in nomina collocare, id facere neglexissent vsurarũ nomine pupillæ tenerentur iudicio tutelæ, Respondet Scæuola teneri. Fuit namque in horum potestate, vt & à seipsis exigerent statim tanquam à tutoribus pupilli, & iidem soluerent sibi ipsis, tanquam tutoribus pupillæ. Neque in eam rem tempus vllum fuit necessarium, quod eis lex accommodare solet, vt diligentiæ spatium tribuat, non etiam vt negligentiæ prætextum quærat. Illud planè requiritur, vt potuerint pecuniam istam in nomina collocare, de quo facilè constare poterit, si fortè arguantur eodem tempore proprias pecunias bene collocasse, vt diximus illat. 10. ex *l. tutor* 13. *§. 1. eod. tit.*

l. ait prator 10. § si quid in fraudem D. qua in fraud. cred. & si tutor 15. D. de admi. & peric. tutor. Nouell. 72. vt hi qui oblig se hab. perhib. c. 6. §. quoniam autem. Auth. nouissimè C. de admin. tut. d. §. vsura. l. qui negotiationẽ 58. §. pupillo D. eod. tit.

l. tutor 13. §. 1. eod.

ILLAT. XIII.

De tutore qui exactas pupillaris pecunia vsuras suis vsibus retinuit.

Decimotertiò ex eodem Principio sit, vt si vsuras exactas tutor, vel curator vsibus suis retinuerint earum quoque vsuras agnoscere illos oporteat *d. l. tutor qui repertorium 7. §. si vsuras eod. tit.* Nam & hoc ad diligentis patrisfamilias curam officiúmque pertinet, vt exactas vsuras in sortem redigat, vt nouas vsuras parere possint, quas parere numquam possunt quandiu vsuræ manent *l. vlt. C. de vsur.* ideóque parui refert an tutor, vel curator sortem pupilla-

d. l. tutor qui repertorium 7. §. si vsuras eod. tit. l. vlt. C. de vsur.

pillarem in vſus ſuos conuerterit aduerſus conſtitutiones,an verò vſuras quas in ſortem redigere potuit & debuit, ſi officio ſuo bene fungi voluiſſet. Quò pertinet ſpecies tractata per Scæuolam in *d.l.qui negotiationem* 58. *§.*1.*eod. tit.* Ex duobus inquit,tutoribus pupilli altero defuncto,adhuc impubere pupillo, qui ſupererat conſecutus eſt ex perſona pupilli ſui iudice accepto,quantum ex tutela ad tutorem defunctum peruenerat,cum vſuris. Quæſitum eſt, iudicio tutelæ,quo experitur pubes factus vtrum eius tantùm portionis quæ ab initio ex tutelæ ratione peruenerat ad defunctum contutorem vſuræ veniant, an etiã eius ſummæ quæ vſuris extortis pupillo aucta, poſt mortem eius ad ſuperſtitem æquè tranſlata ſit cum ſorte,aut transferri debuit. Reſpondet Scæuola ſi eam pecuniam in ſe,id eſt in vſus ſuos vertiſſet, omnium pecuniarum hoc eſt vſurarum quoque vſuras præſtandas. Quod ita proculdubio accipiendum eſt,vt legitimas & maximas vſuras præſtet. Aliter atque ſi pecuniam pupilli à contutoribus ſuis mutuam accepiſſet,cóque nomine cauiſſet & certas vſuras promiſiſſet,quas & alij debitores pupillo penderent. Is enim vſuris maximis non eſſet ſubiiciendus,quia hic ſibi non conſumpſit pecunias quarum nomine cauit contutori,nec clam nec quaſi ſua pecunia licenter abutitur:Et niſi his vſuris à contutore mutua ei data fuiſſet aliunde accepiſſet,inquit Tryph. in *l.non exiſtimo* 54. *D.eod.* vbi addit multùm referre palam aperteque debitorem ſe vt extraneum & quemlibet faceret pupillo an ſub adminiſtratione tutelæ pupillique vtilitate latenter ſua commoda pupilli pecunia iuuaret. Minor enim aut potiùs nulla doli præſumptio eſt contra eum qui palam aliquid facit,ne tum quidem,cùm delinquit *l.*5 *§.ſanè ſi ipſe* D.*de autor. & conſ. tutor. l. cùm ipſe* 5.*C.de contr.empt.l.vltim.D.de rit.nupt.* At ſi pecunia in ſpecie Scæuolæ manſiſſet in rationibus pupilli,præſtare tutor deberet quod bona fide percepiſſet, aut percipere potuiſſet, ſi fœnori dare cùm potuiſſet neglexiſſet (hic enim apud Scæuolam legendum eſt *ſi* pro *ſed*, cùm id quod ab alio debitore nomine vſurarum cum ſorte datur ei qui accepit totum ſortis vice fungatur, vel fungi debeat.

d.l.qui negotiationem 58.§.1.D.de adm. tutor.

l.non exiſtimo 54.eo.tit.

l.5.§.ſanè ſi ipſe D.de aut.& conſ.tutor l. cùm ipſe 5. C. de contr. empt. l. vlt. D. de rit. nupt. Emendatur Scaeuola.

ILLATIO XIV.

De tutore condemnato pro contutore.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit,vt ſi tutor pro contutore condemnetur,puta quòd ſuſpectum eum facere ſuperſederit etiam in vſuras condemnandus ſit *d.l.tutor qui* 7.*§.penult.* Haberet enim hoc commodum pupillus ſi tutor talem diligentiam in re pupillari aduerſus cõtutorem adhibuiſſet, qualem diligens paterfamilias ſuis rebus proculdubio adhiberet. Nec enim pateretur adminiſtrari eas ab illo,cuius fidẽ vel induſtriam ſuſpectam haberet. Quantas verò vſuras huius pecuniæ præſtare cogetur? Eas demum,quas etiam ſuæ adminiſtrationis præſtare cogitur,quæ quales ſint diximus vndecima illatione. Planè ſi nihil poſſit imputari contutori qui tutelæ iudicio conuenitur, numquam ex contutoris perſona ad vſuras condemnandus eſt,id eſt ad vſuras eius pecuniæ quam contutor ipſe debet *l.*2.*C.de vſur.pupillar.* qui locus etiam probat nihil aliud eſſe quod tutori hac in re poſſit imputari niſi ſi ceſſauerit an contutore ſuſpecto faciendo.

d.l.tutor qui 7.§.pen. de adm. tutor.

l.2.C.de vſur.pupill.

ILLATIO XV.

De vsuris præstandis etiam post finitam tutelam in diem vsque tutelæ restitutæ.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit,vt etiam post finitum officium tutelæ siue pubertate,siue morte pupilli, vsuras nihilominùs debeat tutor in eum vsque diem quo tutelam restituit *d.l.tutor qui §.vltim.* quia cùm vsuræ propter moram non soluentium infligantur *l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo de vsur.* mora verò duret quousque solutum sit, apparet sufficere moram semel contractam esse vt vsuræ perpetuò debeantur *l.Titia Seio* 87. *§. vsuras de leg.* 2.Nam & diligens paterfamilias quilibet in suis rebus ita statueret vt si quam in pecunia sibi debita moram passus esset eius pecuniæ vsuras in diem vsque solutionis præstari sibi vellet:Itaque adeò verum est vt etiamsi morte ipsius tutoris vel curatoris finita sit tutela vel cura, non eo minùs tamen ipsius heres easdem vsuras debiturus sit quas tutor ipse vel curator si viueret,deberet,cùm defuncti mora moræque effectus transeat in heredem *d.l.tutor qui* 7.*§.pecuniæ* vbi scriptum est pecuniæ etiam quæ in arca fuit,heredes quoque curatoris tandiu præstare vsuras,quandiu non interpellauerint vt loco defuncti nouus curator constituatur : quamuis defunctus curator hoc casu in mora fuisse non proponeretur.Obligatio namque illa tutoris & curatoris vt in rebus pupilli vel adulti diligentiam talem adhibeat qualem in rebus suis adhiberet, transit etiam ad ipsius heredem quamuis nec tutela nec cura transeat, quousque id egerit vt se exoneret alio tutore vel curatore substituto. Multò magis admittendum est,quod Paulus respondit in *l.Lucius* 46.*§.quæsitum eod.tit.* eius pecuniæ qua tutor vsus est post finitam quoque tutelam & administrationem in diem vsque accepti iudicij easdem vsuras præstare cũ debere:& eas ipsas quæ in tutelæ iudicio computantur.Plus enim quàm moram fecisse videri tutor debet,qui etiam deliquit conuertendo in vsus suos pecuniam pupillarem aduersus constitutiones.

d.l.tutorqui repertorium 7.§. vlt.De admin. tut. l. Titia Seio 87.§.vsuras de legat.2.

d.l. tutor §. pecuniæ.

l.Lucius 46. §. quæsitum eod tit.

ILLATIO XVI.

De expectando interdum die in quem debeatur pecunia credita per tutorem.

DEcimosextò ex eodem Principio fit,vt si tutelæ agat is cuius tutela administrata est,nonnunquam dicendum sit expectandam diem in quam credita pecunia debeatur,Scilicet si tutor pecunias crediderit pupilli nomine,quarum exigendarum dies nondum venerit,sed hoc ita demum si potuit& debuit tutor credere. Nam si non debuit fortassis egeno minúsve idoneo debitori, aut cùm pupilli interesset,vt ea pecunia potiùs in comparationem prædiorũ, aut in æris alieni sub grauioribus vsuris debiti exsolutionem conuerteretur, nihil causæ est cur non statim condemnari tutor debeat,qui non fecerit quod alius quilibet diligens paterfamilias in re sua facere debuisset *l.si tutelæ* 8. *eod. tit.*De *admin.tutor*.Extra hunc casum expectandum est vt venerit tempus exactionis,Ne alioqui noceat tutori,quod officium suum impleuerit ea faciendo in re pupillari quæ diligentis patrisfamilias more in re sua fecisset.

l.si tutelæ 8. eod.tit. De admin. tut.

ILL.

ILLATIO XVII.

De tutore ſtipulante in fœnerandâ pecunia pupillari.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit,vt quoties tutor pecuniam pupillarem dat fœnori,quamuis interponendæ ſtipulationis ordo ille eſſe debeat,vt primùm pupillus ipſe ſi fari poſſit ſtipuletur,vel quod idem eſt,ſeruus pupilli,ſi verò neque pupillus eius ætatis erit vt ſtipulari poſſit,neque ſeruum habebit,tunc ipſe tutor quíve in eius poteſtate eſt,nomine pupilli ſtipulari debeat,ità vt actio vtilis pupillo ex eiuſmodi ſtipulatione comperat, Si tamen abſens ſit pupillus, tutorem ipſum oporteat ſuo nomine ſtipulari *l. quoties 9. in princip. eod. tit.* De *admin. tutor.* Quid enim aliud dici fierive poſſit, vt videatur tutor eam diligentiam in rebus pupilli adhibere quam in ſuis adhiberet? Nónne proprio nomine ſtipularetur potiùs quàm vt pecuniam relinqueret ocioſam? Indéque nimirum eſt quod tutor qui pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerauit,non ideirco eam in ſuos vſus videtur conuertiſſe *l. Lucius 46. §. tutorem eod.* cùm id fecerit quòd pro pupilli ſui vtilitate facere non ſolùm ſemper poteſt,ſed etiam vel inuitus aliquando cogitur niſi malit ſeipſum vſuris onerare. Cur verò etiam hoc caſu quo pupillus abſens eſt,nõ dicimus tutorem nomine pupilli debere ſtipulari ſicut & cùm pupillus fari non poteſt? Nẽpe quia eſſet id magis alienũ à ratione iuris vt ſtipulatio quæ inter abſentes cõtrahi nequit non tantũ à tutore fieri poſſet,verùm etiam nomine pupilli abſentis. Cùm pupillus præſens eſt licèt ſtipulari nequeat quia fari non poteſt, non magis quàm ſi abſens eſſet,minùs tamen receditur à iuris regula, quia & in cæteris perſonis id euenit vt cùm procuratori præſentis aliquid promittitur vtilis actio ex ſtipulatu domino acquiratur *l. ſi procuratori 79. D. de verb. oblig.* Quidni ergo vtilem actionem habebit pupillus ex ſtipulatione tutoris ſui,qui pluſquàm procurator eſt? Sed vt procuratori abſentis actio vtilis ex procuratoris ſtipulatione acquiratur inauditum eſt extra caſum interpoſitæ ſtipulationis iudicatum ſolui,ſiue à procuratore ipſo interpoſita ſit,ſiue contra procuratorem *l. in cauſa 27. §. vlt. cum l. ſeq. D. de procurat.* de cuius ſententia & emẽdatione ſcripſimus in Rationalibus. Nullo igitur caſu poteſt actio directa quæri pupillo ex ſtipulatione tutoris ſiue pupilli ipſius nomine ſtipuletur,ſiue ipſi pupillo. Quos duos caſus tãquã diuerſos notat Bart. nec malè,quãuis eunde habeant effectum. Tutori enim ſemper licuit ſtipulari nomine pupilli: at ſtipulari pupillo nominatim vt poſſet non niſi vtilitatis cauſa receptũ eſt,vt & actori ciuitatis ſtipulari municipibus permiſſum eſt,itémque curatori furioſi vel adoleſcentis ſtipulari furioſo vel adoleſcenti *l. eum qui 5. §. ſi actori D. de conſtit. pec.* quia multò difficilius fuit,vt his caſibus permitteretur valere ſtipulationẽ quę in alterius perſonam nominatim collata eſſet. Cęterũ ſiue tutor ſtipuletur pupilli nomine ſibi ipſi,ſiue pupillo,non magis actio directa poteſt quæri pupillo,quàm ſi proprio ſuo nomine tutor ſtipularetur. Quid ergo? Vtilis tantũ ea actio futura eſt vt in hac l. ſcribit Vlp. ex Iuliano, & in *l. 2. D. quand. ex fact. tut.* Ideóque prudentius facit tutor qui hoc agit quantum poteſt vt actio directa pupillo acquiratur, quia ſemper certius eſt & tutius habere actionẽ directam quàm vtilem, cùm de vtili quæ ipſo iure non cõpetit dubitari probabiliùs poſſit an danda ſit, Quamuis ex quo data eſt eiuſdem vtilitatis ſit cuius & directa eundémque habeat effectum *l. actio 47. D. de negot. geſt.* Hîc obſeruãdũ

l. quoties 9. in princ. eod. tit.

d. l. Lucius 46. §. tut. ff eod.

l. ſi procuratori 79. D. de verb. oblig.

l. in cauſa 27. §. vlt. cũ l. ſeq. D. de procurat. Stipulari pupillo nominatim & ſtipulari nomine pupilli differunt.

l. eum qui 5. §. ſi actori D. de conſtit. pecun.

l. 2. D. quand. ex fact. tut.

l. actio 47. D. de negot. geſt.

Vulgata lectio emendata.

est verba illa *nequaquam ambigendum est*, à quibus inchoat Bart. §. sequentem ad huius principij finem pertinere, quod & lectio Florentina docet, & quod §. sequens sine iis verbis suam habet perfectámque sententiam.

ILLATIO XVIII.

De periculo tutoris simpliciter dati, etiam circa id quod postea accessit patrimonio pupilli.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt qui simpliciter datus fuit pupillo tutor vel curator si quid postea augmenti accesserit, non eo minus periculum augmenti præstare teneatur, quod specialis ad augmentum datus sit curator. Nec enim specialis hæc datio facit quin ipsa etiã augmenta pertineãt ad curam priorum ad quos scilicet omnis vtilitas pupillorum debet pertinere *d. l. quoties 9. §. vlt.* quia cùm dati sint personæ non rebus ipsis nisi in consequentiam personæ, fieri nequit vt non debeat tutor in toto patrimonio administrando præstare officium diligentis patrisfamilias, nõ magis quàm vt quod superuenit patrimonium ipsum pupillum non sequatur, cuius est, siue igitur ad augmẽtum datus sit specialis curator, communicatur periculum ipsius cum prioribus, siue datus non sit, tenentur administrationis necessitate ij qui antea dati fuerunt. At non similiter possit quis è contrario dicere, eum qui ad augmentum datus sit, administrare bona pristina compellendum *d. l. quoties §. constat.* quia non sicut patrimonium superueniens sequitur caput pupilli quod est in potestate tutorum præcedentium, ita dici potest patrimonium præcedens sequi augmentum quod superuenit. Augmenti namque est sequi, non immutare naturam sui principalis *l. inter 26. §. cùm inter D. de pact. dotal. l. etiamsi 8. C. de iur. dot.* Certè si curator hic ad augmentum datus supersederit suspectum facere priorem tutorem vel satis ab eo exigere, tenebitur vt scriptum est in *d. §. constat*, quia cùm huius augmenti periculum ad priores quoque tutores pertineat, vt diximus, qui porrò pristinorum bonorum periculo quod ab initio susceperunt multò magis tenentur, non potest fieri vt curator specialiter ad augmentum datus benè officio suo functus videri debeat si à prioribus satisdationem non exegerit eósve suspectos non fecerit, cùm posset ac deberet, perinde acsi esset ipse contutor eorum in cæteris bonis quemadmodum sunt illi contutores ipsius in augmento. Vt enim suspectos quis facere alios possit, sufficit quòd sit contutor quódque aliquam habeat cum cæteris periculi societatem. Adeò vt etiam is qui à tutela tanquam suspectus remotus est, alitérve tutor esse desiit, non eo minùs possit suspectos alios facere quos aliquando habuit contutores. *l. 3. in princip. D. de suspect. tutor. l. etiam 14. D. de admin. tutor.*

d. l. quoties §. vlt.

§. constat d. l. quoties.

l. inter 26. §. cùm inter D. de pact. dotal. l. etiãsi 8. C. de iur. dot.

l. 3. in princ. D. de susp. tut. l. etiam 14. D. de adm. tutor.

ILLATIO XIX.

De tutore erogante ex bonis pupilli quod erogaturus non esset ex suis.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt non debeat licere tutori respectu prætextúque existimationis pupilli erogare ex bonis ipsius quod ex suis non fuisset honestissimè erogaturus *l. cùm plures 12. §. 1. eod. tit.* De *admin. tutor.* Id est, Excepto eo casu quo id quod pupilli nomine tutor erogauit tale sit vt non nisi valde inhonestè turpissiméque facturus fuerit si tantundem ex suis in re pro-

l. cùm plures. 12. §. 1. eod. tit.

se propria non erogasset. Hoc enim ipsum est diligentis patrisfamilias officiũ præstare. In alienis rebus ita se gerere quomodo in suis se gereret diligenter, & ad honestum vsque modum. Semper enim & in omnibus honestus modus seruandus est *l. ex damni* 40. *in princip. D. de damn. infect.* præcipuè verò in tractandis alienis *l. si constante* 24. *§. si maritus D. solut. matr.*

ILLATIO XX.

De ijs quæ facere tutor potest in re pupillari ex honesta liberalitate.

VIcesimò ex eodem Principio fit, quod Paulus subiungit in *d. l. cùm plures* 12. *§. cùm tutor eod. tit.* De *admin. & peric. tutor.* ad tutoris officium pertinere vt imprimis mercedes præceptoribus non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonij, & pro natalium dignitate constituat, cùm vt eleganter Paulus ait, non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur. Sed & alimenta seruis, libertisque nonnunquam etiam exteris si hoc pupillo expediet præstabit, sollennia etiam munera parentibus cognatisque mittet, Nempe quoniam & diligens & honestus quilibet paterfamilias in re sua idẽ facere deberet, sed non dabit tutor dotem sorori, inquit Paulus, si ea ex alio patre nata sit, etiamsi aliter nubere non potuerit. Nam etsi honestè tamen non nisi ex liberalitate id fit cùm sororem ex alio patre natam dotare frater non cogatur vllo casu, id est nec si aliter nubere non possit. Hoc enim addendum est ad differentiam sororis consanguineæ, id est ex eodem patre natæ, quam dotare frater cogitur vno illo casu quo non possit illa honestè aliter nubere, sicut & de matre scriptum est in *l. neque mater* 14. C. *de iur. dot.* in illis verbis *nisi ex manu & probabili causa.* Pertinet enim ea res ad onus, & officium paternum vt non nisi ex paternis bonis dos filiæ constituatur quoties & quandiu possunt illa sufficere *l. capite* 19. *D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss.* Atqui quod per tutorem fit ex liberalitate licèt etiam honestè fiat non tamen seruandum est nisi arbitrio pupilli postquàm is pubes factus erit, quia non in hoc tutores dantur vt ex bonis pupillorum liberalitatem exerceant, sed vt eorum res bone ac vtiliter administrent. Pupilli ergo voluntas hoc casu requirenda & spectanda est si tamen matri fortè aut sorori pupilli tutor ea quæ ad victum necessaria sunt præstiterit, cùm semet ipsa sustinere non posset, ratum id habendum est, Nec enim eadem causa est eius quod in eam rem impenditur, & eius quod muneris legatorúmve in debitorum nomine erogatur, inquit Caius in *l. tutor* 13. *§. vlt.* D. *de administr. tutor.* iunct. *l.* 4. *D. vbi pupill. educ. deb.* Alimentorum præbendorum necessitas oneribus menstruis atque annuis verecundiam quoque pulsantibus adstringitur *l. pecunia* 8. *D. de alim. & cibar. legat.* At nuptiale munus matri pupilli mittere necesse non est *l.* 1. *§. sed si mummis* 5. D. *de tut. & ration. distr.* vbi facetè Vlpianus ait non esse perquàm necessariam huiusmodi munerationem, pro ea re scilicet quæ pupillo nec honorifica valde nec vtilis videri possit. Neque tamen sufficit valde egentem fuisse matrem aut sororem pupilli, vt non possit imputari tutori, quod alimenta ei præstiterit, sed illud præterea concurrere oportet vt filius in facultatibus positus sit; id est vt largas habeat facultates, quemadmodum in eiusdem legis §. præcedente

d. l. cùm plures 12. §. cùm tutor.

l. neque mater 14 C. de iur. dot.

l. capite 19. D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss.

l. tutor 13. §. vltim. D. de adm. tut. l. 4. D. vbi pupill. educ. deb.

l. pecunia 8. de alim. & cibar. legat. l. 1. §. sed si mummis D. de tutel. & ration. distr.

Vlpianus ſcribit. Nam nec patrem inopem aliàs filius alere cogitur, quàm ſi ſit ipſe in facultatibus *l. ſi quis* 5 §. *ſi impubes* D. *de agnoſc. & alend. liber. l. 2. 3. & 4. C. eod.* An autem hac etiam parte id eſt cùm de ea mentis agitur ſeparanda ſit ſoror conſanguinea ab vterina, quemadmodum ſeparandam eſſe diximus cùm tractatur de dote, dubitationis eſt. Sunt enim qui putent perinde ſeparandam, quoniam parum differat cauſa dotis à cauſa alimentorum, Siue quòd dici ſoleat dotem ſuccedere loco alimentorum, ſiue quòd dotis cauſa non minùs fauorabilis videri debeat, cùm etiam ad fauorem publicum ſpectet, & ad communem reipublicæ vtilitatem: ſicut & exhibitio alimentorum ſine quibus moreretur is qui alunde habere alimenta non poſſet *l. necare* 4. D *de agnoſc. liber.* Ego tamen contrà puto, Non ſolùm quòd ſupradicti iuris loci de ſorore pupilli indiſtinctè loquantur: Verùm etiam quia tantò fauorabilior videri debet cauſa alimentorum quàm dotis, quantò minùs eſt pupillo damnoſa & onerosa, tum quòd alimenta per partes præſtari ſoleant, id eſt per ſingulos vel dies vel menſes, cuiuſmodi præſtatio ſicut magna habet incommoda ex parte eius cui fit *l. 3. D. famil. erciſc.* ita è contrario magna commoda ex parte illius à quo fit, Tum etiam quod ea pecuniæ quantitas quæ à tutore in alimenta ſororis pupilli erogatur, numquam tanta ſit quanta dotis eſſe deberet. Dotem namque tantam eſſe neceſſe eſt quantam velit is qui cum minore dote vxorem ducturus non fuit: Alimenta verò quæ à tutore erogantur tanta ſunt & pro tanto tempore quanta & pro quanto tempore vult tutor, tandémque vel tutore ipſo inuito finem accipiunt cùm *tutela finitur, id* eſt pupilli pubertate. Nec quod dotis cauſa æquè fauorabilis ſit ad rem facit, cùm in hac quæſtione illud potiùs inſpiciendum ſit, quid pupillo magis minúſve damnoſum videri debeat vt faciliùs concedatur id demum quòd ei minùs damnoſum inueniatur. Et quod dici ſolet, ab interpretibus noſtris (nulla enim lex eſt quæ dicat) dotem ſuccedere loco alimentorum, non eò pertinet vt eadem in omnibus dotis & alimentorum ratio conſtituenda ſit, ſed eò potius vt qui dotem dedit etiamſi ex iis perſonis ſit, quæ alioquin præſtare alimenta cogerentur, exinde tamen ad ea præſtanda vrgeri non poſſit, quando nec aliam ob cauſam dotes dantur, quàm vt habeat maritus vnde vxorem communéſque liberos alat *l. pro oneribus* 20. *C. de iur. dot. l. ſi is qui* 56. §. 1. & 2. *D. eod.* Ad hanc tamen ſententiam noſtram confirmandam nil facit quod Iulianus tractat in *dicta lege* 4. D. *vbi pupill. educ. deb.* Non ob id ſolùm quod eo loco Iulianus de ſorore pupilli ſimpliciter loquitur, quo nomine etſi vtraque ſoror tam quæ vterina quàm quæ conſanguinea ſit continetur, in dubio tamen eam potiùs ſignificari credendum eſt, quæ ſit vtrimque coniuncta, vt, quod iactare noſtri ſolent, verba omnia in potentiore ſignificatu accipiantur, Sed etiam quia illius legis ſpecies & reſponſum ſpecialem aliquam rationem habere videtur, petendam ex veriſimili patris voluntate potiùs quàm ex ſolo fauore alimentorum. Eo ſiquidem loco proponebatur pater filium impuberem heredem inſtituiſſe, & filiæ dotis nomine cùm in familia nupſiſſet ducenta legauiſſe, nec quicquam præterea, & tutorem vtrique Sempronium dediſſe: In qua ſpecie dubitari non poterat, quin cogitaſſet pater de alimentis filiæ præſtandis in id vſque tempus quo dotem legatúmve habere poſſet. Vnde enim alimenta eam habere interim vellet niſi ex hereditate?

l. ſi quis 5. §. *ſi impubes D. de agnoſc. & alend. liber. l. 2. 3. & 4. C. eod.*

l. necare 4. *D eod.*

Differentia dotis & alimentorum.

Dotem ſuccedere loco alimentorū.

d. l. 4. D. vbi pupill. educ. deb.

tate? Aut quomodo aliquando in familia nubere vt legatum consequeretur, si non haberet interim vnde viueret? Aut denique quomodo eam viuere sine alimentis? Rursum quid attinebat ei tutorem dare si alimenta ipsi à tutore præstari nolebat pater? Nam cùm & personæ & bonorum administratio tutori competat, & quidem personæ principaliter *l. quia personæ* 14. D. *de testam.tutel.* rerum verò omnium per consequentiam *dict.l.cùm plures* 12. *§.cùm tutor* D.*de administr. tutor.* neque persona administrari potest sine alimentis, neque bona, quæ adhuc nulla sint, Ob eámque causam benè Iulianus respondet, etiam si nihil de hoc magistratus decreuisset, huic tamen filiæ ex pupilli facultatibus à tutore alimenta præstari debuisse.

ILLATIO XXI.

De æstimando per tutorem modo seruorum qui sunt circa pupilli personam.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, quod Caius scribit in *l. tutor* 13. *in princip.eod.tit. De admin. tutor.* tutorem secundum dignitatem facultatésque pupilli debere æstimare modum seruorum qui circa pupillum futuri sint. Nempe quoniam prudens & diligens paterfamilias quilibet, in familia sua constituenda idipsum faceret, modúmque & numerum seruorum suorum ex sua dignitate suisque facultatibus æstimaret, sicut & in cæteris omnibus fieri solet siue de sumptibus funeris agamus *l. si quis sepulchrum* 12. *§. sumptibus funeris* D.*de relig.& sumptib.funer.* siue de dotis constitutione *l. quaro* 60. *l. cùm post* 69. *§. gener* D.*de iur.dot.*

l. tutor 13. *in princ.* D. *de adm. tutor.*

l. si quis sepulchrum 12. *§. sumptus funeris.* *De relig.& sumpt. fun.* *l. quaro* 60. *l. cùm post* 69. *§. gener* D. *de iur. dot.*

ILLATIO XXII.

De tutore qui collegam suum non fecit suspectum.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit, quod Paulus ait in *l. etiam* 14. *eod.titul.* De *administr.& peric.tutor.* Etiam contutoris factum imputari collegæ si potuit & debuit suspectum facere, Adeóque interdum etsi debuit ab eo satis petere. Nec enim prudens quisquam & diligens paterfamilias res suas ab eo administrari pateretur, cuius siue fidem, siue industriam suspectam haberet, præsertim si non haberet sibi cautum idonea satisdatione. Eadémque ratio facit, vt tutor qui contutoris idoneum heredem conuenire pupilli nomine cùm posset, noluit, damni vicarius substituatur *l. tutores* 39. *§. antepen. eod. tit.* vbi Papinianus hunc ait esse similem ei qui non idoneum tutelæ tempore suspectum facere superscdit. Vtrique enim potest imputari negligentia quæ non caderet in patremfamilias diligentem *l.* 2. *in fin. D. de magistr. conuen.* Planè si contutor idoneus subitò lapsus sit facultatibus nihil est quod ei possit imputari collegæ qui eum suspectum non fecit, quia nec facere potuit *d. l. etiam.*

l. etiam 14. D. *de adm. tutor.*

l. tutores 38. *§. antepen. eod.*

l. 2. in fin. D. de magistr. conuen.

Digitized by Google

ILLATIO XXIII.

De eo qui tutor datus perperam se excusauit aut iniustè appellauit.

VIcesimotertiò ex eodem Principio fit,vt tutor vel curator cuius iniusta appellatio pronunciata erit,cuiúsve excusatio recepta non sit obligatus intelligatur non ex tempore pronunciationis,sed ex quo die accedere debuit ad administrationem *l.tutor vel curator* 20.*eod tit. De admin.& peric.tutor.* Diligens enim & prudens paterfamilias numquam id facturus fuisset, cùm non leuis culpa sit contra iuris autoritatem mandatum tutelæ officium detrectare inquit,Papinianus in *d.l.tutores* 39.*§.tutor datus eod.* quo loco idem iuris constituit in herede tutoris creati,qui aduersus creationem ipsam prouocauerat, vt scilicet si post tutoris mortem victus sit in causa appellationis, præteriti quoque temporis periculum præstet, tanquam succedaneus culpæ & negligentiæ defuncti cuius personam hereditario iure repræsentat.

l. tutor vel curator 20. *D. de adm. tutor.*

l.tutores 39. *§. tutor datus eod.*

ILLATIO XXIV.

De actore constituendo interdum periculo tutoris.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit,vt periculo tutoris & decreto prętoris actor constitui soleat quotiescumque aut diffusa negotia sunt aut dignitas vel ætas aut valetudo tutoris id postulat *l.decreto* 24.*eod. tit. De adm. & peric.tutor.* Nimirum quoniam idem in re sua faceret diligens paterfamilias quisquis ex supradictis causis vel ex alia qualibet rebus suis superesse non posset. Nam & inde procuratorum & actorum vsus fluxit teste Vlpiano in *l.* 1. *§. vsus D.de procurat.* licèt eo loco de procuratoribus tantùm loquatur, quippe quorum vsus faciat ne actorum vsus necessarius videri possit. Procurator enim ab eo ipso constituitur cuius procurator fit, Actor autem ab alio quàm ab eo cuius actor est & plerumque à magistratu sed ipsius nomine.Frustrà verò quis se interponat ad faciendum nomine alterius idipsum quod alter ille per se commodiùs facere possit, idcóque Paulus in *d.l.decreto* subiicit *si tamen nondum fari pupillus potest,vt procuratorem facere possit,aut absens sit, tunc actor necessariò constituendus est,* vt intelligamus non esse tractandum de actore in eo casu quo pupillus fari possit,quoniam tunc potest ipse constituere procuratorem vt & cætera omnia facere tutore ipso autore citra decretum & interuentum prætoris.Cur enim à prætore peteretur id quod sine prætore tutor facere possit? *arg.l.imperatores* 31.*De reb.autor.iud.possid.*

l.decreto 24. *eod.*

l.1. §. vsus D.de proc.

ILLATIO XXV.

De tutore qui pupillum indefensum reliquit.

VIcesimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutoris præcipuum officium esse dicatur ne pupillum indefensum relinquat *l.tutoris* 30.*De admin. tutor.* quia nec prudens quisquam & diligens paterfamilias seipsum indefensum relinquit. In eámque rem notabilis est Iustiniani constitutio in *l. vltim. Codic. eod.* vbi tutoribus vel curatoribus pupillos aut adultos suos non

l.tutoris 30. *D. de adm. tutor.*

l.vlt.C.eod.

Digitized by G

non defendentibus hanc pœnam imponit vt non solùm remoueantur tanquã suspecti & quod est consequens cum iactura existimationis, sed etiam ex substantia sua omne detrimentum quod pupilli, vel adulti ex defensionis recusatione sustinent resarcire cogantur. Hoc etiam addito vt ad curam matris & aliarum personarum quarum officio incumbit, vt tutores, vel curatores petãt, pertineat etiam curare & exequi, vt per datos tutores, vel curatores, pupilli adultíve rectè defendantur, aut vt alij tutores, vel curatores ordinentur. Sed & constituit ibidem Iustinianus vt inter cætera capita iurisiurandi à tutoribus, vel curatoribus præstandi, hoc specialiter exprimatur de præstanda defensione, Hactenus tamen vt tutor vel curator defensionem promittens non cogatur satisdare de rato aut de soluendo iudicato: sed tantùm iudicio sisti, in eámque causam obligare possit bona pupilli vel adulti etiam sine decreto.

ILLATIO XXVI.

De damno quod accidit pupillo ob cautiones soluti vectigalis non inuentas.

VIcesimosextò ex eodem Principio fit quod Modestinus respondit in *l. si. ne herede* 32. §. 1. D. *eod.* Damnum si quod accidit eo quod cautiones soluti vectigalis inuentæ non sint, ad tutorem cuius admissa culpa nulla proponitur, minimè pertinere. Nec enim alius quilibet paterfamilias quantumuis diligens in rebus suis huic damno & incommodo mederi posset. Inculpatum igitur tutorem indemnem quoque manere æquum est quem damno affici iniquum esset. Quò etiam pertinet quod Hermogenianus scribit in *l. si res pupillaris* 50. *eod. tus.* Si incursu latronum res pupillaris pereat, vel argentarius cui tutor pecuniam dedit, cùm fuisset celeberrimus solidum reddere non possit nihil eo nomine tutorem præstare cogendum esse, Scilicet si in eo loco res pupillares erant quem diligens quilibet paterfamilias tutum credere potuisset, nec aliud quicquam sit quod tutori possit imputari. Fortuitos enim casus aduersus quos caueri & prouideri non potuit tutoribus vel curatoribus imputari non oportet *l. tutoribus* 4. C. *de peric. tutor.* Cæterùm si res pupillares quas in horreo reconditas habere, aut etiam venundare tutor debuit, in hospitio ipsius tutoris vi ignis absumptæ sint, culpam seu segnitiem tutoris ad ipsius damnum non ad pupilli dispendium spectare conuenit *l. si res* 3. *eod.* Licèt enim ponas casum incendij fortuitum fuisse nec tutoris culpam in eo vllam interuenisse, præcessit tamen culpa in eo quod casui fortuito expositæ manserunt res pupillares quas tutor in tuto collocare debuerat. Id enim alius quilibet diligens paterfamilias in re sua facturus esset.

l. si ne herede 32. §. 1. D. *eod.*

l. si res pupillaris 50. *eod. tus.*

l. tutoribus 4. C. *de peric. tutor.*

l. si res 3. *eod.*

ILLATIO XXVII.

De reddendis per tutorem fructibus qui ex fundo pupillari percipi potuerunt.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, quod idem Modestinus respondit in *d. l. sine herede* §. *Modestinus* 2. tutorẽ eorum redituum nomine ra-

d. l. sine herede 32. §. *Modestinus* D. *de admin. tut.*

Digitized by Google

tionem pupillo reddere debere qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. Bonus enim & diligens quiuis paterfamilias omnes fructus percepiſſet quotquot bona fide & honeſtè percipi potuerunt. Nam nec aliud eſt dicere, Fructus honeſtè percipi potuiſſe, quàm ſi quis pluribus verbis diceret, Potuiſſe percipi à prudente ac diligente patrefamilias.

ILLATIO XXVIII.

De tutore qui minus percepit à ſeruo pupillari quàm percipi bona fide ex fundo potuit.

d.l.ſine here de verſ. itē reſpondit.

VIceſimooctauò ex eodem Priucipio ſit, quod ſequitur apud Modeſtinum in *dicta lege ſine here de verſic. item reſpondit*, Si minus à ſeruo tutor percepit quàm bona fide ex fundo percipipotuit, quantum ex ſerui peculio ſeruari poſſit, eidem tutori proficere debere, & computari in eam quantitatem, in quam tutor pupillæ ſuæ ſit obſtrictus, Scilicet, inquit Modeſtinus, ſi non perdituro ſeruo adminiſtrationem tutor credidit. Nam quemadmodum prudens & diligens paterfamilias numquam crediturus eſſet pecuniam perdituro, Ita huic tutori eſſet imputandum cur adminiſtrationem tali ſeruo commiſiſſet, ideóque pupillo magis quàm ei prodeſſe deberet, quod ex ſerui peculio ſeruari poſſet. Semper enim poteſt imputari ei, qui contrahit cum perdituro *l. quod ſi minor* 24. §. *reſtitutio D. de minor.* Et ſub hac eadémque exceptione accipiendum eſt quod Papinianus ſcribit in *l. tutores* 39. §. *vltim. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* quod adoleſcens retinuit aut retinere potuit de peculio ſerui actoris quem manumiſit poſt cœptam ab eo adminiſtrationem in ratione poſtea reddenda curatori per iudicem accepto fieri oportere. Id enim non aliter verum eſt quàm ſi non perdituro ſeruo adminiſtratio commiſſa eſſe proponatur.

l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio D. de minor. l. tutores 39. §. vlt. D. de admin. tut.

ILLATIO XXIX.

De tutore qui malam loci conſuetudinem ſecutus ſoluit pro alio quod pupillus non debuit.

d.l.ſine here de §. Lucius.

VIceſimononò ex eodem Principio ſit, quod ſcriptum eſt in *ead. l. ſine here de §. Lucius*, vbi tractat Modeſtinus de eo qui cùm eſſet coheres & curator ſororis ſuæ & ex ea ciuitate in qua vſitatum erat ipſos dominos prædiorum non conductores onera annonarum, & contributionum temporalium ſuſtinere, morem hunc & conſuetudinem ſemper obſeruatam ſecutus, & ipſe pro communi ac indiuidua hereditate annonas præſtitit. Et quærit Modeſtinus, An in rationibus dandis & reddendis opponi poſſit curatori quòd non rectè pro parte ſororis tales impenſas fecerit. Reſponde autem id demum curatorem adultæ reputare poſſe ex cauſa de qua quæritur, quod ipſa ſi rem ſuam adminiſtraret erogare compelleretur, Id eſt non poſſe in propoſita ſpecie huiuſmodi expenſas ſorori reputari, quia nimirum quoties de rationibus reddendis tractatur, non tam quid tutor in re ſua fecerit inſpiciendum eſt, quàm quid prudens & diligens paterfamilias fuerit facturus. Vtique autem prudens paterfamilias non ſoluiſſet de ſuo annonas, quarum onus ex ratione iuris pertinet ad poſſeſſorem fructus percipientem

tem *l.in summa* 6.*C.de pign.* adeò vt nec valeat conuentio facta in contrarium, quantum ad ius fisci *l.inter debitorem* 42.*D.de pact.l.vlt.& tot.ti.C.sine censu vel reliq.* Nec tutorem hunc mouere debuit, aut factum ipsius excusare contraria consuetudo, cuius scilicet magna quidem vis & autoritas est, sed numquam tanta, vt vel rationem vincere possit vel legem *l.2.C.quæ sit long.consuet.*

l.in summa 6.C.de pign.

l.2.C.quæsit long. consuet.

ILLATIO XXX.

De *habenda ratione sumptuum à tutore in tutelam ipsam factorum.*

TRigesimò ex eodem Principio fit, quod Principalibus constitutionibus declaratur, Sumptuum qui bona fide in tutelam fiunt rationem haberi solere, at non etiam eorum qui in ipsos tutores fiunt, Nisi ab eo magistratu qui tutorem dedit certum salarium ei constitutum est, inquit Callistratus in *l.à tutoribus* 33.*§.vlt.D.de admin.& peric.tutor.* Ratio est, quia non potest quisquã paterfamilias quãtumuis diligẽs res suas bene tractare quin faciat in eam rem sumptus necessarios, sine quibus inanis esset ac sine effectu diligẽtia. Satis igitur est præstari à tutore diligentiã, nec illud ab eo præterea exigẽdum est, vt de suo præstet sumptus quos in tutelam ipsam bona fide facere cogatur: quia neq; bona fides hoc patitur vt ex officii sui necessitate damnum vllum pecuniariũ subire sit ei necesse. Planè nec diligentiæ suæ præcium exigere potest, nisi quod ab initio fuerit ipsi constitutum. Idque principalibus illis constitutionibus quas Callistratus refert bene cautum & prouisum fuit.

l. à tutoribus 33.§.vlt. D.de admi. & peric.tutor.

ILLATIO XXXI.

De periculo nominum minus idoneorum quæ tutor posterior à priore susceptit.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit, vt siue tutor, siue curator nomina quę iustè putat non esse idonea à priore tutore, vel curatore suscipere quidem cogatur, sed non tamẽ eorum exactionem periculo suo facere, quemadmodum Papinianus scribit in *l.tutor* 35.*D.eod.tit.De admin.& per.tutor.* Aliud enim longè est Diligentiam, aliud verò Periculum præstare. Diligentiam enim omnimodo præstare tutor cogitur, Periculum verò non nisi quod ab ipsius culpa & negligẽtia causam habeat. Porrò qui nominibus susceptis à priore tutore, vel curatore, nomina simpliciter & vltrò agnouit non coactus, is periculum in se transfert *l.qui nominibus* 44.*eod.tit.* Ita vt de eo nomine non possit prior tutor, vel curator conueniri *l.si probatum* 19.*D.de tutel.& ration.distr.* Benè igitur & prudenter tutor facit, qui nomina quæ non putat idonea suscipere recusat, vt appareat non nisi inuitum eum suscepisse, ne periculo se obstringat. Sed hoc ita si iustam habeat causam putandi non esse idonea. Alioqui sinon subsit iusta causa id existimandi, nihil proderit tuotori vel curatori posteriori quod nomina suscipere detrectet, vt periculo se eximat, quod re vera nullum sit nisi cui futura ipsius negligentia causam sit datura. Tutoribus namque, vel curatoribus succurrendum hactenus est, ne ex officio suo damnum sentiant non vt negligentiæ, aut etiam perfidiæ suæ colorem quærant.

l.tutor 35.eo. tit.

l.qui nominibus 44. eod.tit.

l.si probatũ 19.D.de tutel. & rat. distr.

ILLAT. XXXI.

De curatore à patre inutiliter dato, qui se per errorem immiscuit administrationi.

TRigesimosecundò ex eodem Principio fit, vt curator à patre testamento inutiliter datus si per errorem impuberis negotiis se immiscuerit postea tutoribus aliis à prætore datis, periculum futuri tẽporis si postea nihil ille gesserit præstare non cogatur *l. tutores 39. §. 1. D. eod. tit. De adminstr. & perie. tutor.* Diligentiam enim istam, quam paterfamilias in rebus suis ex bona fide præstare debet ab eo demum exigimus qui verè tutor aut curator est, non etiam ab eo qui per errorem putauit se talem cùm non esset *l. impuberi 40. eod.* Quamquam non vsque adeò sibi blandiri hic debet, vt putet nullam prorsus à se præstandam diligentiam. Debet enim curare vt verus & idoneus tutor à prætore constituatur, Ne fortè si rem cœptam deseruerit fraudis, vel culpæ causa condemnetur, vt subiicit Papin. in *§. seq. d. l. tutores.* Non enim bona erit comparatio si quis dicat eum qui se negotiis impuberis se immiscuit, secundum patris voluntatem cùm non iure tutor datus esset, similem esse illi, qui vltrò negotium alienum gessit, cùm satis abundéque sufficiat, vel in vna specie per amici laborem domino consuli, vt ait Papinianus. Quod ipsum Imperatores tractãt in *l. tutori 20. C. de negot. gest.* Eodem pertinet quod idem Papinianus respondet in *§. curatores testamento 9. d. l. tutores*, Si curatores vel tutores testamento inutiliter dati, neque decreto prætoris confirmati negotia gesserint, Vice mutua periculum præstare cogendos, Non vti ne habeant beneficium diuisionis quod haberent etiamsi tutores verè fuissent, vel curatores, si modò tempore litis contestatæ fuerint soluendo, sed vt ex persona eorum qui soluendo non sunt ceteri onerentur, quomodo etiã in veris tutoribus & curatoribus contingeret. Cùm officium sponte, inquit Papin. citra iuris adminiculum iniuerint, & qui fuit idoneus decretum prætoris tutores vel curatores constituentis implorare debuerit, vt à se periculum arceret, Ex eo si quidẽ tempore delineret teneri, & solus ille teneretur, qui decreto prætoris legitimè tutor constitutus esset si modò solus ille administrasset. Quòd si adhuc in administratione perseuerasset is qui decretum imploraſſet, nihilominùs duntaxat eatenus teneretur, quatenus administrasset, nec veri tutoris periculum præstare teneretur is qui reuera tutor ipse non esset, cùm mutui periculi præstandi ratio in eos cadere nequeat, qui diuerso administrationis officio funguntur. Planè si omnes decreto prætoris tutores, vel curatores cõstituti essent, alia ratio eos mutuo periculo adstringeret, Illa videlicet, quod imputari posset idoneo cur collegam minùs idoneum & negligentem suspectum non fecisset. At si omnes tutelæ reddendæ tempore soluendo reperirentur, nihil esset quod de mutuo periculo tractari posset, nec si ex ea causa fuisset cautum, siue fideiussoribus, siue pignoribus quicquam id prodesset *§. curatores adolescentis 5. d. l. tutores.*

l. tutores 39. § 1. De admin. tutor. l. impuberi 40 eod.

d. l. tutores §. 2.

l. tutori 20. C. de negot. gest.

d. l. tutores §. curatores testamento. 9.

dd. tutores §. curatores adolescentis, d. l. tutores 39. in princ. de admin. tutor.

ILLATIO XXXII.

De tutore pupilli fideicommissarij qui non coegit heredem institutum adire.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus tractat in *§. heres institutus d. l. tutores 39. D. de admin. tutor.* Heres institutus qui

Digitized by Google

qui non habebat substitutum,& rogatus erat hereditatem restituere fideicommissario pupillo,priusquàm hereditatem adiret, vita decessit, cùm hereditas in Italia esset,scriptus autem heres in prouincia decessisset,Ait Papinianus tutores prouincialium rerum culpæ nomine condemnandos esse, si causam testamenti non ignorantes, vtilitatem impuberis deseruerunt, id est si scientes fideicommissum pupillo relictum,heredem adire non coegerũt cùm possent cogere ex Pegasiano. Alius enim quilibet diligens patersamilias ita fecisset, ex autoritate senatusconsulti,cui tum quoque locus est,cùm aliqua ratio vrgere videtur pro herede si periculum sit,vt semper est ne fideicommissum intercidat mortuo interim herede,vt in *l.ille à quo* 13.§.1.*l.ita tamen* 27.§. *quoties D. ad SC.Trebell.* Nec tutores istos rerum prouincialium excusare illud potest, quòd in Italia esset hereditas,quæ proinde ad eorum curam pertinere non videbatur. Nam vt eleganter & subtiliter Papinianus respondet, hereditatis fideicommissum in prouincia restitui potuit, cùm restitutio possit fieri verbo. etiam vbi nulla est res hereditaria *l.restituta* 37.*eod.tit.*atque ita fuisset expedita causa iuris, siquidem certum ius est fideicommissum semel restitutum postea intercidere numquam posse.Quin etiam sufficit aditam esse ab herede hereditatem, vt tota defuncti voluntas rata constituatur *l.si patroni* 55.§.*qui fideicommissum eod.tit.*licèt heres ante factam restitutionem decesserit,quia heredi tatem ab heredis herede restitui nihil vetat quamuis senatusc̃ōsultum de ipsius heredis rogati persona loquatur *l.quamuis* 40.§.*persona eod.tit.* In proposito itaque tutoribus rerum prouincialium hoc saltem imputari posse videtur, quare non coegerint heredem vt adiret, Quo facto potuisset quandocumque viuo pupillo restitui fideicommissum,siue in prouincia,siue in Italia, Post factam verò restitutionem,administratio hereditatis,quę fuisset in Italia ad rerũ Italicarum tutores pertinuisset. Nihil enim commune habet causa iuris cum causa administrationis tutelæ,quæ non iuris,sed iurisdictionis est, vt ait idem Papinianus in *l.inter tutores* 36.D.*eod.tit.*De *administr. & peric.tutor.* Est autem valde notandus hic Papiniani locus contra eos qui putant fideicommissum esse substitutionem, & fideicommissarium vocant substitutum. Si enim ita esset implicaret contradictionem, quod Papinianus ponit, nullum fuisse datum substitutum ei qui tamen rogatus fuerit de restituenda hereditate. Sed de eo dicemus latiùs & commodiùs ad *Tit. De vulgar. & pupillar.subst.* Non valde huic Papiniani responso dissimile illud est quod sequitur apud eundem Papinianum in §.*rerum prouincialium d.l.tutores*,vbi ait rerum prouincialium tutores in vrbe causas appellationis impuberum agentes ad officium suũ reuocare debere vt rerum Italicarum curatores impuberibus constituantur, Alioqui si priùs in prouinciam redierint dolum,aut culpã eorum in ea quoque parte iudicem rectè conuenturum,Eadem nimirum ipsa ratione quæ ex Principio nostro pendet,quod prudens patersamilias,qui & Romæ,& in prouincia res suas haberet nunquam id consilij sumeret, vt in prouinciam rediret nisi constitutis priùs in vrbe procuratoribus qui res Italicas administrarent. Nec quod rerum duntaxat prouincialium tutores isti essent, ad rem facit. Ea námque patrimonij diuisio tum etiam cùm à iudice fit ad causam administrationis pertinet,magis quàm ad causam tutelæ,nec eo minùs verum est tutores istos in potestate habere personam pupilli,& consequẽter ad eos spectare curam bonorum pupilli omnium, non quidem vt administrent, sed hactenus

l.ille à quo 13.§.1. l. ita tamen 27.§. quoties D. ad SC.Trebell.

l. restituta 37.eod.

l.si patroni 55.§. qui fideicommissam eod.

l. quamuis 40. §.persona eod.

l.inter tutores 36.D.de admin. tut.

d.l. tutores §. rerum prouincialium.

saltem, vt cum effectu curent constitui curatores ad eas administrãdas, ne qua ex parte pupilli patrimonium periclitetur: aut saltem vt postulent liberari se ab administratione ac periculo rerum in Italia constitutarum, vt in *l. nõ solum 10. §. & qui in testamento D. de excusat. tutor.* quod tamen bonus iudex numquam iis aliter indulgere debebit, quàm constitutis priùs in Italia procuratoribus, per quos res Italicæ ex pupilli vtilitate administrari possint. Quid ergo si patruus testamento tutor datus filio fratris, cùm in Italia domicilium haberet tam Italicarum quàm prouincialium rerum administrationem susceperit, atque ita pecuniã ex venditionibus Romæ refectam in prouinciã traiecerit, & in calendarũ pupilli conuerterit, deinde in ipsius locũ alius tutor Romæ substitutus sit? Ad quem huius pecuniæ administratio pertinebit? Speciẽ hanc trãctat idem noster Papinianus in *d. l. tutores §. patruus*, Et ait tutorem hunc in alterius locum Romæ substitutum non cogi suscipere administrationem pecuniæ quę non pertinet ad suam tutelam. Ratio dubitandi erat, quòd pecunia hęc refecta esset redactáq; ex venditionibus Romæ factis. Sed decidendi illa quod iam desierat illa ad Italicum patrimonium pertinere eo tempore quo tutor hoc Romæ substitutus fuit, cùm in prouinciale pupilli calẽdarium iam conuersa esset. Non enim diligentis patrisfamilias officio tutor in aliis rebus fungi cogitur quàm in iis quæ ad tutelam suam pertinent, dummodo non desit qui cæterarum curam, vel gerat, vel gerere debeat.

l. non solùm 10. §. & qui in testamento D. de excusat. tutor.

d. l. tutores §. patruus D. admin. tutor.

ILLATIO XXXIII.

De eo quod periit communi negligentia tutorum, quorum alij gesserint, alij non gesserint.

d. l. tutores §. in eum.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *dicta lege tutores §. in eum*, vt quamuis in eum qui tutelam gerere noluit vtilis actio tutelæ non detur nisi post cæteros qui gesserunt, si quid tamen sit quod, ex tutela non ad eos qui se negotiis miscuerunt, peruenerit, sed communi negligentia perierit citra substitutionis ordinem æqualiter omnium periculum spectet. Hoc enim casu is qui nihil omnino gessit conuenitur, non ex aliorũ facto, sed ex suo non facto, ac proinde ex culpa sua propria, cùm ex officio debuerit diligentiã præstare non negligentiã in rebus pupilli. Cúmque æqualis sit omnium tutorũ negligentia & consequenter par & æqualis culpa, mirum non est inter eos non seruari ordinem illum substitutionis, qui seruatur cùm hic vnus non gessit, alij verò gesserũt. Tunc nãque maior culpa est eorum qui gesserunt quidẽ, sed negligenter, quàm huius qui nullomodo cùm possit negligentiã istius aliqua ex parte excusare quod pupilli rem ab aliis geri videbatur, quibus è contrario imputari multò magis potest, cur in gerẽdis pupilli negotiis eam diligentiam non adhibuerint quã bonus & diligens paterfamilias ex bona fide in re sua adhibere potuisset, Vnde etiã est quod in eos qui gesserunt directa actio cõpetit, in eum verò qui non gessit, vtilis tantùm, quia facilius & naturalius est, vt obligatio nascatur ex facto, quàm ex non facto, soláque æquitas, & ferendi auxilij necessitas inducit vtilem actionem: quæ porrò necessitas nulla subest, cùm alij sunt, qui actione directa possunt conueniri. Etsi autem directa actio contra eos qui gesserunt nõ minùs competit pro iis quoque rebus quas per negligentiam non gesserunt, quia sufficit ad directam actio-

actionem inducendam, vt aliquid vel minimum ex tutela attigerint & administrare cœperint *l.4.§ sed enim. D.rem pupill.salu.for.* Non tamen ea res liberat illum qui tutor factus tutelam gerere noluit, quominùs teneatur cum cęteris, qui gesserunt, & quidem citra ordinem substitutionis, cùm in eo quod gestum non est ęqualis culpa sit omnium qui gerere debuerunt, in eo verò quod gestum est maior culpa sit eorum qui gesserunt, quia plus peccat qui malè quàm qui nihil prorsus gerit. *l.4.§ sed enim D.rem pupill. salu. for.*

ILLATIO XXXIV.

De beneficio diuisionis inter plures contutores qui non administrauerint, & soluendo sint.

TRigesimoquartò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus scribit in *l.si plures* 38. *D.eod.tit. De admin.tutor.* & Vlp. in *l.1.§.nunc tractemus* D. *de tute.& rat.distr.* Si plures tutelam non administrauerint, & omnes soluendo sint, posse quidem singulos si in solidum conueniantur excipere periculi societatem tãquam eiusdem pecuniæ debitores, sicut si omnes administrassent *d.§. nũc tractemus*, nec electioni locũ esse hoc prætextu quod administrationis partes nullæ inueniantur: quia nõ sunt quærẽdæ partes administrationis quę nulla est, rúncque locũ habet electio cùm omnes pariter administrarunt ita vt nõ possit sciri pro qua parte quis administrauerit *l.cùm interdictæ 6.in fin.C.arbit. tute.* iunct. *l.vlt. D.rem pup.salu.for.* Sed si quidam ex his idonei non sint onerari proculdubio cæteros, vt in solidum conueniri possint, nec habeant beneficium diuisionis, Nec iniquè, inquit Papinianus, cùm singulorum contumacia damnum pupillo in solidum dederit. Ex quo infert nec pupillum actiones ei qui conuenitur in alterum pro parte scilicet præstare debere. Cùm enim propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte, inquit, poterit hoc desiderari? Nimirum quia nõ quælibet culpa, sed merè perfidia est, quoties tutor in re pupillari non præstat quicquid bonus, & diligens paterfamilias ex bona fide in rebus suis præstare deberet. Alienum autem est à ratione iuris, vt actionem quis ex sua improbitate vllo casu consequatur *l.itaque* 12.§.1. *D. de furt.* Et vt addit Vlp. in *d.§.nunc tractemus*, proprij delicti pœnam hic subit. Quæ res indignum eum facit, vt à cæteris quid consequatur doli participibus. Nec enim vlla est, inquit, societas maleficiorum, vel communicatio iusta damni ex malefício. *l.si plures 38. de admin. tutor l.1.§.nũc tractemus De tutel. & rat.distr.*

ILLATIO XXXV.

De remissa per conuentionem culpa tutorum.

TRigesimoquintò ex eodẽ Principio fit vt ab eo qui restitutionis auxilio non iuuatur, id est qui neque ætatem, neque vim, neque dolũ possit obtendere ad implorandam restitutionem, quæstio culpæ tutorum conuentione remitti possit, neque donatum hoc casu, sed transactum esse videatur vt idem Papinianus ait in *d.l.autores* 39.§. *ab eo De admin.& peric.tutor.* Scilicet quoniã quæstio culpæ tutorum, non iuris, sed facti est, cùm tota in eo versetur. An tutor fecerit in re pupilli ex bona fide quicquid prudens & diligens paterfamilias in re sua facturus fuisset, Quæstio autem facti semper dubia & incerta est, *l.tutores 39. §.ab eo D. de admin. tutor.*

Digitized by Google

non ob id solùm quod à lubrica testium fide pēdeat, sed ob id etiam quod arbitrio ac religioni iudicantis committatur *l.1.§.1.versic.& quamuis D.ad SC. Turpill.l.ordine* 15.*D.ad municip.* Ideóque iustam semper materiam transactionis præbet, cùm sufficiat metus litis *l.2.l.de fideicommisso* 11. *C.de transact. l.1.C.de pact.* Rectè autem Papinianus *ab eo qui restitutionis auxilio nō iuuatur*, quoniam qui in ea causa est, vt in integrum restitui possit, siue propter ætatem siue propter vim, aut dolum, aut quam aliam huiusmodi causam, non minùs contra transactionem restituitur, quàm contra donationem *tot.tit.C.si adverſ. transact.* Itaque in istorum persona transactionis eadem, quæ donationis ratio est. At non similiter in persona maioris, qui restitutionis auxilium implorare non possit. Nam maioribus quoque succurritur interdum aduersus donationem, vt puta si excedat illa modum lege Cincia præstitutum, quod innuit Paulus in *l.penult.in fin.* D.*de donat.* post Papinianum nostrum in *l. Aquilius* 27.*eod.tit.* At contra transactionem numquam maioribus subuenitur, nec vllus transigendi modus præscriptus est, dum ne quid dolo malo, aut aliter contra leges fiat *l.causas* 16.*l.si maiores* 25. *& pass.C.de transact.*

ILLATIO XXXVI.

De *non compensanda negligentia tutoris cum diligentia patris.*

l.pen. in fin. l. Aquilius 27.D.de donat.

TRigesimosextò ex eodem Principio fit, vt si impuberis pater nomina sua ceris vsuris maioribus, quorum periculum postea factis debitoribus nō soluendo adscriptum sit negligentię tutorum potiùs quàm auiditati patris, qui dulcedine vsurarum quod plerumque sit secutus sit malum nomen, vt in *l. ait prætor* 10.*§.si quid in fraudem D.qua in fraud.credit.* cogatur quidem impubes actionem calēdarij præstare in inopem debitorem, siue quod sine vllo suo dispendio id facere pupillus possit *l.in creditore* 38. *D. de euict.* siue quod non multum commodi ex inani actione sperare impubes possit *l.nam is* 6. *D. de dolo*, sed tamen exactas vsuras etiam tutelæ tempore possit pupillus retinere, adeóque quod magis est citra vllam compensationem, id est ne quidem compensato eo quod vsurarum nomine perceptum est, cum eo quod à tutoribus ex tutelæ causa debetur, At neque eo quod plus fuit in maioribus illis vsuris, quàm futurum erat si meliore condicione, ac minoribus vsuris melius nomen eligere pater voluisset: Quia vsuræ quidem exactæ debentur ex patris conuentione cuius commodum filio eripi, vt transferatur in tutorem qui hoc nomine nihil præstat, æquum non est. Quod verò tutores debent ex ipsorum negligentia profectum est, cuius compensationem cum patris diligentia fieri non oportet. Hæc enim Papiniani sententia & ratio esse mihi videtur in *d.l.tutores* 39.*§.negligentiæ* 14.*D.de admin.& peric.tutor.* vbi tota dubitandi causa erat, quia videbatur relinquēdum tutoribus commodum omne quod ex iis nominibus percipi poterat, quorum ipsi periculum præstarent si modò nihil abesset pupillo neque sortis nomine, neque vsurarum pupillarium quas ex causa tutelæ præstari moris est etiamsi essent illæ minores, quàm de quibus pater conuenerat.

Dulcedo vsurarum.

d. l. tutores 39.*§. negligentiæ* 14. *De admin. tut.*

ILLATIO XXXVII.

De curatore qui per negligentiam, non transtulit ad ſe reliqua tutorum.

TRigeſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſi adoleſcens acceptis curatoribus egerit aduerſus tutores à quibus curatores tutelam ad ſe per negligentiam non tranſtulerant, nec ab his totum ſeruare potuerit, actionem eo nomine habeat contra curatores, *d. l. tutores §. adoleſcens.* Non enim diligentis patrisfamilias munus implet curator, qui tutorem inopem minúſque idoneum in tutela perſeuerare patitur, cùm officium tutorum curatoribus conſtitutis finem accipiat, exindéque omnia negotia quæ inita ſunt ad fidem curatorum incipiant pertinere *l. à tutoribus 33. §. 1. eod. tit.* Vnum tamen illud in propoſita ſpecie huic adoleſcenti obſtare videbatur, quod agendo cum tutoribus, actionem negotiorum geſtorum quam aduerſus curatores exercere potuerat conſumpſiſſe intelligeretur, vt euenit plerunque vnius actionis electione aliã conſumi *l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* Sed hoc Papinianus negat, contenditque ſaluam manere actionem adoleſcenti aduerſus curatores, idque optima & eleganti ratione: neque enim tutelæ, inquit, iudicio conſumptum videtur quod alterius officij querelam habuit, id eſt quod ex alterius officij cauſa ideò deberi cœperit, quia ſeruari per actionem contra tutores inſtitutam non potuerit. Abſurdum enim eſſet perire & conſumi actionem ex ea ipſa cauſa ex qua vel naſcatur, vel ſaltem adiuuetur.

d. l. tutores §. adoleſcens.

l. à tutoribus 33. §. 1. eod.

l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.

ILLATIO XXXVIII.

De tutoribus conuentis pro contutore non ſoluendo, qui actus ſui rationem reddere vetitus eſt.

TRigeſimooctauò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus tractat in *l. qui plures 41. D. eod. tit. De admin. & perie. tutor.* ſi is qui plures tutores habuit vnum ex ipſis qui ſoluendo non fuit, actus ſui rationem reddere vetuerit, neque tamen ipſi reliquerit & legauerit liberationem eius quod ex tutela perceperit, aut dolo malo contraxerit, contutores qui ſuſpectum iſtum facere neglexerunt, ex culpa propria rectè conueniri poſſe. Quid enim eſt quod poſſit eos excuſare, cùm eam diligentiam in rebus pupilli non præſtiterint, quam bonus & diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtitiſſet? Planè ſi tutor eſſet legatarius, id eſt ſi proponeretur legata ei liberatio eorum omnium quæ ex tutelæ cauſa debuiſſet, ſicuti non teneretur ex culpa, quæ teſtamento ei remiſſa eſſet, ita neque ex ipſius perſona contutores teneri poſſent, abſurdúmque eſſet cogi eos ſoluere pro contutore iam liberato. Quid? An non plenæ liberationis legatarius eſt is, quem teſtator iuſſit eſſe ἀνυπόλογον & actus ſui rationem reddere vetuit? Minimè verò, quia neque teſtamento, neque alia qualibet vlla cautione poteſt ius publicum infringi, ex cuius autoritate quiſquis tutor fuit, & ex ea cauſa de pupilli bonis aliquid retinuit, vel dolo malo quid geſſit condemnandus eſt eo nomine. Nec aliud ei remedium teſtatori ſupereſt ſi tutorem ex hac quoque cauſa liberare velit quàm vt damnum omne, quod ex tutela ſenſerit ei relinquat legati aut fideicommiſſi iure *l. ita autem §. §. Iulianus, aliàs l. quidam decedens eod. tit. De adminiſtr. & perie. tutor.*

l. qui plures 41. D. de adm. tutor.

l. ita autem §. §. Iulianus aliàs l. quidam decedens eod. tit.

Maligna enim & iniqua esset illa interpretatio per quam dolus remissus diceretur, Abundéque sufficit ei qui rationem reddere vetitus est vt à scrupulosa & nimis curiosa inquisitione liberatus intelligatur *l. si seruus vetitus* 119. *De legat. 1. l. si quis rationes* 9. *l. Aurelio* 20. *§. 1. D. de liber. legat.* Atque ita fortasse hic Papiniani locus accipiendus est. Sed tamen mihi subtilius cogitanti videtur ille sensisse nescio quid elegantius, Nimirum tutorem hunc, qui rationem actus sui reddere vetitus est, hoc ipso quidem esse legatarium liberationis hactenus vt si quid per negligentiam, & culpam administrarit aut omiserit dummodò citra fraudem & dolum, id ei totum testamento remissum intelligatur: Sed non eò minùs futurum vt ex ipsius dolosa administratione contutores eius & conueniri & condemnari debeant, licèt nihil ipsi dolo fecerint, nec nisi culpa & negligentia iis imputari possit, quod suspectum facere supersederunt, quia neque liberatus ille est, quominùs doli sui rationem reddere teneatur. Sic fit, vt contutores conueniantur ex culpa propria pro eo qui ipse culpæ propriæ nomine non tenetur: At non pro ea re quam non debeat is pro quo conueniuntur: Qui enim dolus est in persona legatarii, culpam inducit in personis contutorum quibus imputatur, quare dolosum tutorem suspectum non fecerint, quamuis ipsi dolo careant. Itaque non est deterior ipsorum condicio quàm tutoris legatarii, tametsi conueniantur isti ex culpa, ille ex dolo tantùm: quæ sola erat apud Papinianum ratio dubitandi: cùm circa eandem pecuniæ quantitatem & culpa istorum & dolus illius versetur, parúmque referat an quod à contutoribus pro contutore legatario præstatur, debeat ille doli aut culpæ titulo, dummodo reuera debeat. Nam cogi eos præstare pro alio, quod alius ille non deberet, absurdum sanè esset ac improbum *l. si pupillus* 45. *eod. tit.* Idque demonstrat optimè ratio qua vtitur Papinianus, *quoniam*, inquit, *eius liberatio quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta*, hoc est quia legatarius hic non eo minùs remanet debitor, cùm non vsque adeò plena liberatio sit ei legata vt nec doli nomine teneatur: quod si factum foisset, vtique non ipsi tantùm sed & contutoribus eius, legatum profuisset, quantum iis negligentibus in eo quod suspectum contutorem facere supersedissent.

l. si seruus vetitus 119. *de legat. 1. l. si quis* 9. *l. Aurelio* 20. *§. 1. D. de liber. legat.* Sensus *d. l. qui plures.*

l. si pupillus 45. *eod.*

ILLATIO XXXIX.

De *periculo nominis quod post pupilli mortem desiit esse idoneum.*

TRigesimononò ex eodem Principio fit, vt cùm post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum tutor periculo eximatur *l. cum post mortem* 43. *in princip. eod. tit. De admin. & peric. tutor.* Nam cùm morte pupilli tutela finiatur, nec rātùm tutela, sed etiam fauor pupilli cuius persona meruit præcipuum fauorem, vt Papinianus scribit in *l. ex pluribus* 42. *eod.* consequens est vt ex quo die pupillus defunctus est, nihil iam supersit, quod tutorem obligare possit vt in rebus pupillaribus eandem diligentiam præstare debeat quam bonus & prudens paterfamilias in rebus suis præstaret. Illa planè ratio sufficeret, quod tutela morte impuberis finiatur. Nā & similiter finitur pubertate, & ob id liberatur tutor quominus cogatur præstare periculū nominū quæ post pubertatē idonea esse desierunt *l. tutores* 39. *in pr. eod. tit.* Non quòd officium tutorum finita tutela, finem accipiat ante curatores constitutos *l. à tutoribus* 33. *§. 1. eod.* sed

l. cùm post mortem 43. *in princip. eod. tit.* *l. ex pluribus* 42. *eod.*

d. l. tutores in pr. l. à tutoribus 33. *§. 1. D. eod.*

*eod.*sed quia,vt eleganter Papin.ait in *dict.l.tutores*,actionem inferre non potest tutor qui per pupilli sui pubertatem tutor esse desijt, nimisque absurdum & iniuriosum esset imputari ei qui agere deficiente iure nullomodo potuit, cur non egerit,siquidem agere sine actione nemo potest *l.si pupilli 6.§. vltim. De negot.gest.* In cæteris tamen rebus quas tutor administrauerit , & quæ facti magis sint quàm iuris,tutelæ actio contra tutorem durabit, quamuis non nisi per errorem offi ii in connexa tutelæ administratione perseuerauerit, quia licèt finiatur tutela pubertate,non tamen finitur officium tutelæ , nec proinde periculum tutoris quousque curatores accepti sint *l.tutor* 11. *C. arbitr. tutel. & dict.l.à tutoribus §.1.* Viuo scilicet pupillo:Nam si moriatur & tutela finitur & omne officium tutelæ,in eóque vno refert valde quomodo tutela finiatur, an morte pupilli,an pubertate.Quòd si non impuberis sed ipsius tutoris morte finita sit, idem omnino iuris est quod esset mortuo pupillo , quia tutela nulla hereditario iure ad tutoris heredem transit *l.tutela* 16.*§.*1.D.*de tutel.*

l. tutor 11. C. *arb. tut.*

l. tutela 16. *§.1. D. de tutel.*

ILLATIO XL.

De tutore vel curatore qui supra vires patrimonij puellæ promisit dotem.

QVadragesimò ex hoc Principio fit, quod eleganter Paulus tractat in *d. l.cum post mortem* 43.§.1.*eod.tit.* de illo qui cùm esset fratris sui filiæ curator quadringenta dotis nomine marito eius daturum se promiserat cùm postea ære alieno emergente supra vires patrimonii eius dotem promissam esse appareret.In qua specie quærebatur an succurrendum esset curatori, qui à marito in solidum conueniebatur. Mouebat quæstionem , inquit Paulus , quòd curator hæc non vt de suo dotem daret , quicquam promiserat,sed quòd crederet sufficere rationem pupillarem. Sic namque in instrumento scriptum proponebatur *Ille patruus & curator stipulanti spopondit.* Nec rursus hic poterat tractari quod aliàs solet , vt si sciens curator rationem pupillarem non sufficere maiorem dotem promiserit vel donasse videatur, vel quoniam dolo malo fecit,non ei succurratur. Nam neque donandi animum habuisse videri potest qui non proprio nomine,sed tanquam curator contraxit,neque dolo malo quicquam fecisse qui iustè potuit ignorare vires patrimonij cùm eo tempore onus æris alieni nondum emersisset. Respondet tamen Paulus non debere prætorem subuenire huic curatori,cùm is officium suum egressus sponte se obligauerit , non magis quàm si creditori puellæ pecuniam se daturum spopondisset.Officium enim suum egreditur & excedit curator , qui dotem maiorem constituit pupillæ quàm vires patrimonij eius ferant, ob non factam priùs diligenter æris alieni inquisitionem , Nam & prudens ac diligens quilibet paterfamilias filiæ suæ dotem constituturus ante omnia inquireret diligentissimè quid haberet in ære alieno vt scire posset quid in bonis superesset. Nec quod æs alienum post dotis promissionem emerserit excusare curatorem potest , cùm iam esset contractum promissionis tempore tametsi adhuc lateret : quæ res tantò maiorem à curatore diligentiam exposcebat vt æris alieni , quod sciebat posse latêre , periculum effugeret. Planè quia curator hic de quo tractamus non donandi animo , sed gerendi

l. cùm post mortem 43. §.1. D. de adm. tutor.

Digitized by Google

negotij causa dotem promisit, negari non potest quin habeat mulierem obligatam; Potéstque dici etiam manente matrimonio eam teneri, quia dotem habet, sicut in collatione bonorum dicitur, vel saltem post diuortium siue exacta sit dos, siue maneat nomen, quia potest efficere vt ei accepto feratur. Hactenus Paulus. Nam quod sequitur ab illis verbis *Quod si mulier* vsque ad finem legis, totum ineptum & Tribonianeum est vt pluribus docuimus *lib.* 6. *Coniect. cap.* 18. vbi etiam ostendimus mendosum esse responsum Pauli in illo loco *præterea & illud hic potest tractari* ac pro & legendum esse *nec* de quo plura hic non dicemus.

Tribonianissimus in Paulo.

ILLATIO XLI.

De tutore, qui pecuniam pupillarem suo nomine fœnerauit.

QVadragesimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus scribit in *l. Lucius* 46. *§. tutorem eod. tit.* De *administr. & peric. tutor.* Tutorem qui pecuniam pupillarem quamuis suo nomine fœnerauit non videri contra constitutiones fecisse quæ prohibent tutori pecuniam pupillarem in suos vsus conuertere. Non enim hanc in suos vsus conuertit tutor, sed facit quod diligens paterfamilias facere debet cùm ex eiusmodi stipulatione per tutorem interposita etiam proprio nomine, vtilis actio competat pupillo, Etsi melius facit tutor qui pupillo suo si & præsens ille sit & fari possit autoritatem præstat ad stipulandum, vt ex ea stipulatione directa actio acquiratur, Aut si saltem adhibeat seruum pupilli qui domini sui nomine stipuletur, quò etiam casu nemo dubitat, quin pupillo directa actio acquiratur *l. quoties* 9. *in princip. eod. titul.* Facit *l. cùm quæritur* 16. *eod. titul.* vbi tota illa quæstio tractatur, si ex pecunia pupilli tutor quædam nomina fecerit suo nomine quænam agnoscere pupillus debeat. De quo & nos iam scripsimus in præcedentibus.

l. Lucius 46. §. tutorem eod. tit.

l. quoties 9. in princ. eo. l. cùm quæritur 16. eod.

ILLATIO XLII.

De præstandis etiam post finitam tutelam vsuris pecuniæ quæ tutor vsus est.

QVadragesimosecundò ex eodem Principio fit, quod sequitur apud Paulum in *dict. l. Lucius §. quæsitum*, Eius pecuniæ qua tutor vsus est post finitam quoque tutelam in diem vsque accepti iudicij easdem vsuras præstari debere & computari, quæ in tutelæ iudicio computantur, siue quod bonus & diligens paterfamilias non minores vsuras ex pecunia sua redacturus fuerit quàm sint pupillares, siue quod diligentis etiam patrisfamilias exemplo debuerit tutor hic esse diligentior in reddendis rationibus, soluendáque pecunia quæ ex causa tutelæ debebatur. Potuit enim & debuit à seipso quoque & rationum redditionem & reliqua exigere, si in re pupilli idipsum fecisset, quod paterfamilias diligens, in rebus suis facere potuisset *l. quoties* 9. *§. & generaliter eod. tit.*

d. l. Lucius §. quæsitum.

l. quoties 9. §. & generaliter eod.

ILL.

ILLATIO XLIII.

De solutione facta tutori tutelam gerenti.

QVadragesimotertiò ex eodem Principio fit, vt pupillaris debitor soluens tutori tempore administrandæ tutelæ tutelam gerenti liberetur ipso iure à pupillo, perinde acsi alij cuilibet proprio creditori suo soluisset *dict. l. Lucius* 46. *§. tutela eod. tit.* vbi Paulus ait apocham tutoris probare solutionem ad inducendam liberationem, etiamsi tutor in rationes pupillares non retulerit nomina quæ exegit, ob idque posse illum adhuc conueniri iudicio tutelæ, ac si excipiat de re iudicata, replicationem doli mali aduersus eum pupillo dandam esse. Ratio huius illationis est, quia cùm tutor tanquam bonus & diligens paterfamilias cogatur præstare diligentiam in pupilli nominibus exigendis, in eámque rem actiones pupillo competentes exercere, ita vt si in eo sit negligens transferat in se periculũ nominum, quæ postea minùs idonea fiant, vt in præcedentibus tam sæpe diximus, Absurdum esset ac iniquum non posse illum accipere solutionem, Et illud rursum absurdius ac iniquius non posse tutorem liberare illum à quo acciperet solutionem, Cùm sit perpetuum vt qui potest exigere possit etiam liberare *l. rescriptum* 10. *§. vltim. cum l. seq. D. de paction. l. vero procuratori* 12. *D. de solut.* Alioqui eum quem prætor inuitum soluere cogat, impunè non soluere iniquissimum est. *l. quod autem* 6. *§. apud Labeonem D. quæ in fraud. credit.* Adiecit autem Paulus *tutelam gerenti* non vt neget liberari eum qui soluit tutori honorario, quem tamen certum est non habere administrationem, Sed vt excludat solutionem factam ei tutori qui remotus sit ab administratione. Ex hac enim liberationem acquiri non posse constat, quæ tamen acquiritur ex solutione facta cuilibet alij tutori etiam honorario, quippe cùm ad honorarios quoque periculum pertineat *l. quòd si forte* 14. *§.* 1. *&* 2. *D. de solut.* Qui locus probat optimè, in quæstione ista, Vtrum solutio tutori facta liberet debitorem non tam illud inspiciendum esse an tutor, cui solutio facta est habeat administrationem, quàm vtrum ad eum spectet periculum administrationis: Adeò vt interdum quoque etiamsi solutio facta sit ei qui reuera tutor non est, si tamen tutor esse credebatur profit ea bona fides soluentis ad liberationem ei iure ipso acquirendam, si modò is qui accepit sit soluendo *l. filia* 88. *vbi est text. elegans D. de solut.* Errant verò maximè & contra hoc Principium peccant ij, qui putant non contingere liberationem debitori pupillari, siue soluerit tutori, siue pupillo ex tutoris autoritate, nisi autoritas interueniat iudicialis ex *l. sancimus* 15. *Cod. de administr. & peric. tutor. & ex §. at ex contrario Instit. quib. alien. licet vel non.* Nam in *dict. l. sancimus*, agitur de solutione facta pupillo nondum habenti tutorem, aut minori nondum habenti curatorem vt probant verba illa *creatione tutorum vel curatorum cum omni procedente cautela*, quorum non alius sensus est quàm si scriptum esset *dum proceditur cum omni cautela & inquisitione ad creationem tutorum vel curatorum*. Ergo antequàm sint creati, Et in *dict. §. at ex contrario*, loquitur quidem Iustinianus de pupillo vel minore iam habente tutorem, vel curatorem, sed non de solutione facta tutori vel curatori vel ex tutoris aut curatoris autoritate, vt apparet non solùm ex eo quod refertur illa Iustiniani constitutio quæ extat in *dict. l. sancimus*, Sed etiam ex eo

d. l. Lucius 46. §. tutela eod. tit.

l. rescriptũ 10. §. vlt. cũ l. seq. D. de pact. l. vero procuratori 12. D. de solut.

l. quòd si forte 14. §. 1. D. de solut. l. filia 88. eod.

L. sancimus 25. C. de adm. tutor.

§. at ex contrario infr. quib. alien. licèt vel nō.

quod sequitur in *dict. §. at ex contrario*, in illis verbis *nihilominus condemnabitur, quia & sine tutoris autoritate soluerit & non secundum nostram constitutionem*. Vt intelligamus necessariam esse præsentiam & autoritatem iudicis eo tantùm casu quo præsentia & autoritas tutoris vel curatoris interuenire non possit. Nec ait eo loco Iustinianus non licere debitori pupillari soluere tutori vel curatori, Sed ait non licere tutori vel curatori soluere debitorem pupillarem quod nihil aliud est quàm non esse in potestate tutoris vel curatoris, vt absoluat & liberet debitorem pupillarem, qui scilicet soluit pupillo vel minori sine tutoris, aut curatoris autoritate. Errant illi etiam, qui putant triplicem posse contingere liberationem in persona debitoris pupillaris, plenam, pleniorem, & plenissimam: quæ distinctio est Accursij à Bartolo, & aliis vulgo probata ad *l. ait prætor 7. §. permittitur D. de minor. & ad l. 1. C. si aduers. solut.* Sed quod ad hanc distinctionem pertinet, videnda sunt quæ nos contrà scripsimus *lib. 17. Coniect. cap. 13.* Quibus addendum est quod idem Paulus scribit in *dict. l. Lucius 46. §. vlt.* Tutoribus concessum esse à debitoribus pupilli pecuniam exigere, vt ipso iure liberentur. Quod autem sequitur *non etiam donare vel etiam diminuendi causa cum eis transigere* optimam rationem habet, quia nec bonus & diligens quisquam paterfamilias id facturus esset, cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias 7. D. de donat.* vt & diminuendi causa transigere. Tutor enim tunc domini loco habetur cùm benè rem gerit, non cùm pupilli patrimonium diminuit *l. qui fundum 7. §. si tutor D. pro emptor.* Ex quo inferunt vulgò plerique ex nostris interpretibus, Transactionem de re pupilli vel adulti factam à tutore vel curatore aut ab ipso etiam minore nullum fortassis curatorem habente (nam à pupillo siue tutorem habeat siue non habeat nullam fieri posse certum est) ita demum valere, si rem de qua controuertebatur pupillus retineat, non etiam si alienet transferátque in aduersarium cum quo transigit. Quæ tamen sententia probare mihi non potest. Siquidem nihil prohibet rem de qua transigitur, & quæ à pupillo possidebatur, transferri in alium, nec tamen diminuendi patrimonij causa factam esse transactionem, Vt puta si vicissim pupillo aliquid datum vel remissum sit propter quod videri debeat locupletior factus esse. Sic enim vt plurimum fiunt transactiones aliquo scilicet vicissim dato vel remisso vel retento *l. transactio 38. Cod. de transact.* E contrario facilè potest euenire, vt res controuersa salua sit pupillo vel minori, nec eo minùs tamen ipsius patrimonium videri debeat diminutum, si fortè pro ea retinenda aliquid præstiterit vel remiserit quod longè maioris sit æstimationis. Verius igitur est cùm de transactione per tutorem facta quæritur illud solùm inspiciendum esse an res bona fide gesta sit & ex vtilitate pupilli, an non, vt priore casu valeat transactio & seruanda sit, non etiam posteriore. Idque siue tutor soluendo sit, siue non vt Paulus generaliter definit in *l. cùm plures 12. §. 1. De administr. & peric. tutor.* Alioqui verendum erit ne dum nimia subtilitate vtimur circa res impuberum, in eorum odium retorqueamus, quod ipsum fauore constitutum est, inquit Iustin. in *l. penultim. C. ad SC. Trebell.* Quid enim obsecro possimus imputare tutori qui nomine pupilli sui transegit, eo modo quo ipse pupillus si nondum transactum esset, pro sua vtilitate transigere hodie cogeretur?

Liberatio plena, plenior & plenissima.

l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tut.

l. qui fundū 7. §. si tutor D. pro empt.

l. cùm plures. §. 1. D. de adm. tut.

Aut

Aut cur distinguemus an tutor transigendo alienauerit eam rem, quam pupillus etiamsi hodie haberet, impunè tamen retinere non posset? Finge transactioni sic faciendæ causam dedisse obligationem quæ à defuncto pupilli patre profecta sit si fortè is rem quam emerat & possidebat cogebatur retronendere siue ex conuentione, siue ex iuris aut cõmunis, aut municipalis potestate, Cur imputabimus tutori quod bonam fidem agnouerit aut per se id fecerit, quod ipse quoque defunctus facere debuisset? *dict. l. quoties 9. §. nec vtique D. de administr. tutor. l. 1. Cod. quand. decret. opus non est l. 3. §. 1. & seqq. l. magis puto 5. §. sed si pater & seq. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Neque nostram sententiam impugnat *l. si pro fundo 33. Cod. de transact.* quo vno potissimum iuris loco moueri solent qui contra nos sentiunt. Quod enim lex ponit minorem non fuisse illum, qui per transactionem fundum alienauerit, non eò pertinet vt non valeat transactio à minore facta, si per eam quid alienatum sit, sed rationem illam habet quod res immobiles minorum non possint alienari sine decreto, ne quidem per transactionem *l. non solum 4. Cod. de præd. minor.* Sed non possis ex eo inferre. Illis casibus quibus decretum necessarium non sit, non valere transactionem per quam res pupillaris alienetur. Planè in donationem non potest cadere ea distinctio, quia perdit semper qui donat & ideò tum quoque cùm iusta donandi causa est, decretum interponi debet *l. 1. §. 1. versicul. sed etsi D. de tutel. & ration. distr.* Qui verò transigit tum quoque cùm perdit hoc tamen lucratur quod à lite discedit *l. in summa 65. §. 1. De condict. indeb.* etsi non sufficeret ea res ad pupillum transactionis exceptione summouendum, si non aliunde appareret rem ex pupilli vtilitate gestam esse. Non enim prudens quilibet paterfamilias tanti æstimaret re sua carere, multique sunt qui mallẽt pro re sua litem habere quàm metu litis rem amittere, itaque quamuis non soleat prætor factum illius improbare qui tanti habuit re carere, ne propter eam fæpius litigaret, quòd verecunda sit non vituperanda cogitatio eius qui lites execratur, vt ait Vlp. in *l. 4. §. 1. D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* in tutore tamen hoc consilium non probat quippe quem decet tenacius etiam rem pupilli quàm suam retinére. Res enim pupillares cautiùs & prudentiùs tractare debet, quàm suas, quomodo scriptum est de marito res dotales tractante in *l. si constante 24. §. si maritus D. solut. matrim.* Illud quoque ad hanc illationem pertinet, quod Scæuola quærit in *l. Titium 47. in princip. De admin. & peric. tutor.* Cùm quis Titium & Mæuium liberis suis tutores dedisset, ac ita cauisset *Volo, & rogo omnia fieri cum Mæuij fratris mei consilio, & quod sinè eo fiet irritum sit*, si Titius solus à debitoribus solutionem exegerit An sint illi ipso iure liberati. Respondet autem si & Mæuio administrationem testator dedisset, non rectè Titio solutum, An quia vni ex tutoribus bene solui non possit sine consensu cæterorum? Minimè, vt ex iis constat quæ supra scripsimus ad *Princip. 3. illat. 2.* Sed quia repugnat expressa voluntas testatoris, qui districtè præcepit vt nullum & irritum esset quicquid sine Mæuio fieret. Quamquam nec sola voluntas illa sufficeret, si Mæuio quoque administrationem testator non dedisset, quia non potest facere testator vt ad acquirendam soluenti debitori liberationem, necessaria sit voluntas eius qui nullam ipse habeat administrationem: quamuis possit facere vt ex pluribus vnam eandémque administrationem habentibus nihil

l. quoties 9. §. nec vtique eod.

l. si pro fundo 33. C. de transact.

l. non solum 4. C. de præd. minor. l. 1. §. versic. sed etsi De tutel. & rat. distr.

l. 4. §. 1. D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.

l. si constante 24. §. si maritus D. solut. matr.

l. Titium 47 in princ. D. de adm. tut.

vnus sine alio gerere possit. Sicut enim ius liberationis nascitur ex coniuncta potestate solutionis & administrationis, ita & autoritas potestasque administrationis ex sola voluntate testatoris, ideóque liberationi legem dare testator ita demum potest, si det legem administrationi. Extra quam quicquid parere liberationem potest, meri iuris est, non voluntatis.

ILLATIO XLIV.

De tutore ad res Italicas dato qui Romæ reperit instrumenta debitorum prouincialium.

d.l. Titium 47 § tutores.

QVadragesimoquartò ex eodem Principio fit, quod idem Scæuola tractat in *dict. l. Titium* 47. *§. tutores eod. tit. De admin. & perie. tutor.* Si tutores dati ad res Italicas instrumenta Romæ repererint debitorum prouincialium vt pecunia romæ aut vbicumque petitum esset solueretur, neque debitores in Italia sint, neque vlla eorum prædia, hanc quidem exactionem si prouincialis contractus, id est in prouincia initus esset non pertinere ad Italicæ rei tutores, quia scilicet nihil commune haberent prouinciales contractus cum rebus Italicis, Sed tamen respicere ad officium eorum ne propter instrumentorum ignorantiã isti contractus laterent eos ad quos administratio pertineret. Nec enim eo prætextu quod ad res tantum Italicas dati sint vsque adeò ab iis omnibus quæ ad prouincialium tutorum curam spectant, abstinere debent vt non ea omnia in re pupilli ex bona fide præstare debeant, quæ commodè præstari possunt citra incommodum administrationis: illa enim diuisio tutelæ cùm non tam iuris quàm iurisdictionis sit *l. inter tutores* 36. *eod. titul.* modum quidem administrationi facit inter ipsos tutores vt lex illa habet, sed non adeò pupillo nocet, vt vnus ex tutoribus existimare debeat rem quæ ad alterius contutoris curam pertinet, ad suam nulla ex parte pertinere. Idem enim pupillus est cuius persona indiuidua indiuiduam quoque tutorum omniũ curam exigit hactenus saltem vt mutuo auxilio se inuicem adiuuent in pupilli vtilitatem quantum citra nomen & ius administrationis fieri potest. Quid autem incommodi vel administrationis in eo est vt Italicæ rei tutores admoneant prouinciales de instrumentis romæ repertis? An verò diligentis & boni patrisfamilias munus in re pupilli adimpleuisse videri possent ij, qui rem tam facilem non fecissent quam nullo suo periculo aut incommodo facere potuissent? *arg. l. in creditore* 38. *D. de euict.* Benè autem Scæuola ponit neque debitores in Italia esse, neque vlla eorum prædia: quoniam alioquin etiamsi contractus in prouincia initus probaretur non eo minùs tamen ad Italicæ rei tutores pertineret, propter clausulam illam per quam conuenerat vt Romæ aut vbicumque petitum esset solueretur. Contraxisse siquidem vnusquisque intelligitur in eo loco in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse* 21. *D. de oblig. & action. l. heres absens* 19. *§. vlt. D. de iudic.* Proinde pro Italicis habendi essent isti contractus non pro prouincialibus si aut debitores ipsi aut eorum prædia in Italia essent, tametsi in prouincia initi probarentur. Extra hunc casum habendi sunt pro prouincialibus non solùm si in prouincia, sed etiam si Romæ celebrati sint. Nec quod Romæ instrumenta reperta sint ad rem facit, quoniam instrumentorum vtilitas non in tabularum ligno est aut in charta

l. inter tutores 36. eod.

l. contraxisse 21. de oblig. & action.

Digitiz

in charta, sed in ea, quæ ex ipsis fit, exactione. Non valde alienum est quod idem Scæuola respondit in *§. vltim. dicta lege Titium*, Si tutor rerum Italicarum conuentus à creditore prouinciali in eo Italiæ loco vbi rem pupillus habuit, puta Capuæ soluerit posse illum id reputare iudicio tutelæ, quia licèt creditor fuerit prouincialis, negotium tamen fuit Italicum quando in Italia solui debitum oportuit vbi erant bona defendenda, ne extorquendæ solutionis gratia venderentur. Et in summa fecit tutor rerum Italicarum quod prudens & diligens quilibet paterfamilias facere debuisset cùm pupillare debitum in Italia petitum soluit vero creditori quamuis prouinciali. *d. l. Titium 47. §. vlt.*

ILLATIO XLV.

De tutore qui in fœneranda pupillari pecunia secutus est patris voluntatem.

QVadragesimoquintò ex eodem Principio sit quod sequitur apud Scæuolam in *dicta lege Titium §. præfectus*, Si testator in testamento ita cauerit. *Volo vt sit in arbitrio tutorum filij mei si voluerint huius summæ vncias inferre vsurarum nomine ita ne nummi dispergantur*, & appareat fœneratam fuisse pecuniam à tutoribus, ita demum teneri eos ad præstandas tantùm vsuras vnciarias (sic enim lego non *vncias*) si secundum voluntatem testatoris elegissent eiusmodi vsurarum præstationem, neque pupilli nomine, sed suo & nomine & periculo fœnus dedissent, Quia nimirum non potest imputari tutori, quod boni & diligentis patrisfamilias munus non impleuerit in eo in quo secutus est testatoris qui eum dedit voluntatem, siue voluntas illa commodum pupilli respiciat, siue tutoris ipsius, quem hoc veluti præmio inuitare pater voluit ad rem pupilli vtiliter gerendam, cuius etiam interesse putauit non dispergi pecuniam in varios debitores. At si tutor eam voluntatem agnoscere noluerit, & pecuniam pupillarem nomine ipsius pupilli fœnerare maluerit, nihil quidem in eo facit contra officium prudentis patrisfamilias & diligentis, sed tamen hactenus sibi nocet vt huius pecuniæ vsuras debeat, non quas minimas testator constituerat, sed quas maximas pupillo in reddenda tutelæ ratione præstari constitutiones volunt, Nec iniquè cùm non suo, sed pupilli nomine fœnerauerit qui poterat suo nomine fœnerando consequi, vt non maiores quàm vnciarias vsuras deberet. *d. l. Titium §. præfectus.*

ILLATIO XLVI.

De tutore qui pecuniam pupillarem sub pignore credidit ei cuius bona postea publicata sunt ex causa tamen iam ante creditum nata.

QVadragesimosextò ex eodem Principio sit quod idem Scæuola respondit in *§. Lucius d. l. Titium*. Cùm Lucius Titius mutuâ pecuniam pupillarem à tutore accepisset, & rem hereditariam ei pignori dedisset, tùm post triennium & iam factis puberibus his quorum tutela administrata erat, bona defuncti omnia fisco adiudicata essent, quia eius mortem heres vltus non esset, Nō posse pupillum id nomen recusare, nec ipsius onus ad tutorem pertinere. *d. l. Titium §. Lucius.*

Digitized by Google

Quid enim potest imputari tutori propter quod videri debeat non fecisse quod prudens, & diligens paterfamilias facere debuit, cùm ei pecuniam crediderit qui & idoneus eo tempore habebatur, & præterea pignori dederat fundum hereditarium, cuius controuersiam nemo faciebat? Nam & is cui mandatum est, vt idoneam cautionem à debitore exigat, satisfecisse videtur, si vel fideiussorem, vel pignus ab eo acceperit *l. si mandatu 59. §. vlt. D. mandat. l. 4. §. addici D. de fideicom. libert.* Sed ille melius qui pignus accepit quàm qui fideiussorem. Facilius nàmque est vt idoneus fideiussor postea labatur facultatibus, quàm vt pereat fundus pignori datus. Ideoque solemus dicere plus cautionis esse in rem quàm in personam *l. plus cautionis 25. De regul. iur.* Nisi fortè huic tutori imputare volumus, cur non inquisiuerit diligentiùs an is à quo pignus accipiebat, vltus esset necem defuncti, quod tamen nemo nisi ridiculè possit dicere. Cùm igitur nouus hic & inopinatus casus sit, quem non facile quiuis alius diligens paterfamilias præuidere potuit, licèt præteriti temporis causam habeat quæ ad hunc locum præcipua erat ratio dubitandi, non est imputandus tutori, digno sanè cũ quo mitiùs agatur, cùm officium susceperit non voluntarium, sed necessarium, & alieni non proprij commodi causa. Illud verò obseruandum est quod ex isto responso Scæuolæ necessariò infertur, si fisco adiudicata sint bona in quibus heres antea pignus constituerat euanescere causam pignoris, si publicationis causa anterior fuit, Non quòd verum non sit, interim dominum fuisse illum, qui re vera heres fuit, & rem hereditariam pignori dedit, sed quia ex post facto apparet nihil eum in fraudem fisci facere potuisse, cùm non potuerit nõ esse sibi conscius proprij sceleris ob inultam necem defuncti quam ex senatusconsulto Silaniano vlcisci omnino debuerat priusquàm adiret hereditatem. Neque tamen ad hunc casum aptari potest quòd dici soler, Resoluto iure datoris resolui ius acceptoris ex *l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor.* Non tam enim hoc casu resoluitur ius pignoris quàm contractum nunquam fuisse intelligitur, non quia retrofingatur heres numquam fuisse dominus, sed quia in ea causa fuerit, vt in ea hereditate quam sciebat aut scire debebat sibi ex proprio delicto ademptum iri, nihil facere potuerit, siue alienando, siue pignorando quod in dispendium & detrimentum fisci vergere posset.

l. si mandatu 59. §. vlt. D. mandat. l. 4. §. addici D. de ideic libert.

l. plus cautionis 25. de regul. iur.

Publicationis causa anterior impediscentem pignoris constitutionem.

l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor.

ILLATIO XLVII.

De *tutore qui pecuniam sibi antea communem cum pupillo sibi exercuit post finitam societatem.*

QVadragesimoseptimò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *dicta lege Titium §. altero*, Altero ex duobus fratribus socijs bonorum & negotiationis defuncto herede filio, si patruus, idemque tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus & sibi redemptis, totum negotiũ postea suo nomine exercuerit, non compendium negotij, sed vsuram pecuniæ pupillo præstare illum debere: Nempe quia finita societate per mortem vnius ex sociis nihil contra societatem aut contra bonam fidem fecisse videri potest patruus qui sibi soli negotium gessit, satisque pupillo consultum est, quod pecuniæ suæ vsuras pupillares consequatur, licèt minùs in iis sit, quàm in compendio negotij, siquidem non negotium ipsum pupillare est, sed proprium negotiantis, Pe-

d.l. Titium §. altero D. de admin. tutor.

tiantis. Pecunia verò ipsa pupillaris est, ea quidem pro parte tantùm, ideóque non nisi pecuniæ vsura pupillo præstanda est. Nec ad rem pertinet, quod pecunia illa fuerit communis inter pupillum & tutorem. Etsi enim id verum est, quia mors vnius ex sociis non quemadmodum societatem dissoluit, ita & cõmunionem quæ sine societate esse potest, & quã durare tãdiu necesse est quãdiu diuisio nulla facta sit. Non potest tamen sola communio facere, vt quod ex re cõmuni per industriã alterutrius redactum est, in cõmune redigatur, cùm id non tã ex re ipsa quàm ex negotiatione percipiatur, vt de precio quoq; rei venditæ scribit Paulus in *l. venditor* 21. D. *de hered. vel act. vendit.* Vnde est quod Paulus scribit in *l. si vnus* 67. §. 1. D. pro socio, si vnus ex sociis qui nõ totorum bonorũ socij erãt, cõmune pecuniã fœnerauerit vsurã q; perceperit, ita demũ vsuras partiri eum debere si societatis nomine fœnerauerit. Nã si suo nomine, inquit, q; oniã sortis periculũ ad eũ pertinuit, vsuras ipsũ retinere oportet. Cui cõ enit quod rescribũt Imperatores in *l. si patruus* 4 *C. com. utriusq. iud.* Si patruus tuus ex cõmunibus bonis res aliquas cõparauerit soli sibi negotium gerens cùm non omnium bonorum socius esset, non posse te postulare, vt quod ille comparauit communicet, sed pro competentium portionum modo per iudicium familiæ erciscundæ, aut communi diuidundo indemnitati tuæ consuli oportere. Neque est contrarium quod Vlpianus ex Papiniano scribit in *l. cùm duobus* 52. §. *Papinianus aliàs l. si fratres D. pro socio.* Si fratres indiuisam parentum hereditatem retinuerint, vt emolumẽtum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quæsierint in commune redigi non debere. Nõ enim sensus ille est, vt si ex fructibus indiuisæ hereditatis alteruter fratrũ aliquid sibi acquisierit, commune id esse debeat, sed is potius vt fructus quidem ipsi sint cõmunes, itémque alia si qua sint, aut commoda, aut incommoda hereditatis, at non etiam si quid ex fructibus illis fuerit comparatum. Aliunde enim quàm ex hereditate ipsa acquiritur, quod ex hereditariarũ rerũ fructibus acquiritur, scilicet ex negotiatione, quia fructus non hereditati, sed rebus ipsis hereditariis acceptò feruntur. *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* An autem ex communibus bonis præsumendum sit solutum esse precium eius rei quã vnus ex fratribus simul habitantibus cõparauit alia quæstio est. De qua sic sentio, si is nõ administrabat nihil causæ esse cur cõtra ipsũ præsumatur. Si administrabat, inutile esse quæstionẽ nihilo q; aut ipsius, aut fratrũ interesse cùm administrationis suę rationẽ reddere debeat. Obstare magis illud videtur, quòd Paulus ait in *l. actione* 65. §. *si in rem. D. pro socio*, Si in rem certã emẽdã cõducẽ dámve coita sit societas, tunc etiã post alicuius ex iis mortem quicquid lucri, detrimentive factum sit commune esse oportere. Id enim præterquàm quod ad certæ duntaxat rei societatem pertinet, accipiẽdum etiã est de illo casu, quo vel decesserit alter ex sociis cœpto iã negotio & re amplius nõ integra, vel integris manentibus omnibus mors socij prædefuncti fuerit ignota socio superstiti qui societatis negotium postea gessit, vt idẽ Paulus ait in *d. l. actione* §. *item si alicuius*, Quæ distinctio nõ cadit in societatem vniuersorũ bonorũ de qua in §. *altero*, quippe quæ alterutrius sociorũ morte omnimodo dissoluitur. Quibus nõ contrarius verũ sit quod ex re communi postea quæsitum est, itẽ dolũ & culpam in eo quod ex antegesto pẽdet tã ab herede quàm heredi præstãdum esse *d. l. actione* §. *morte*. Dices, Cur non ergo in specie *d.* §. *altero*, communicandum est pupillo cõpendium negotij quod patruus idémque tutor gessit ex pecunia

l. venditor 21. D. de hered. vel act. vend.

l. si vnus 67. §. 1. D pro socio.

l. si patruus 4. C. comm. utr. iudic.

l cùm duobus 52. §. Papinianus aliàs l. si fratres D. pro socio.

l. actione 65. § si in rem eod. tit. pro socio.

d. l. actione §. item si alicuius.

d. l. actione §. morte.

Digitized by Google

quam peperit venditio rerum cõmunium? Nempe quia communis nõ est pecunia quę ex communium rerum venditione redigitur, sicut nec furtiua quæ ex precio rei furtiuæ *l. qui vas* 48. *§. vlt. D. de furt.* nec mea quæ ex precio rei meæ *l. si ex ea pecunia* 6. *C. de rei vin.* nec dotalis quæ ex pecunia dotali *l. ex pecunia* 12. *C. de iur. dot.* Nec denique obligata quæ ex precio rei pignoratæ, aut ex ipsa pecunia pignorata *l. idémque 7. in fi. D. qui potior. in pignor. hab.* solet verò nostri post Bart. ad *d. §. altero*, tractare de tacita societate, quã volunt cõtractã intelligi si fratres aut aliæ personæ omnia bona sua in cõmunione habuerint per decẽniũ, nec quicquam sibi separatim acquisiuerint, aut rationes inter cẽ reddiderint. Quod tamen probare vix possum. Quoniã societas, siue expressa, siue tacita nulla esse potest sine consensu, Consensus autẽ ille tacitus, qui ex facto inducitur, nũquã vltra id quod factũ est extendi potest. Proinde quatenus omnia quæ acquiruntur cõmunicantur, fateor eatenus tacitã societatẽ cõtractã intelligi, nec in eã rem illud præterea exigi, vt per decẽniũ fratres steterint in cõmunione, sed vt ea cõmunio etiã per decennium aut vicennium continuata inducat tacitam societatem, nego posse fieri, Quia ex eo sequeretur, si quid postea vnus ex sociis sibi acquirere separatim vellet cogendum nihilominus esse id communicare, vt fit contracta expressim societate vniuersorum bonorum, cuius nec video quis effectus alius esse possit. Atquin absurdum hoc esset, quandoquidem nullum pro futuro tempore factum intercedere potuit ex quo possit induci tacitus ille consensus, qui tamen esset necessarius ad tacitam illã societatem in posterum inducendam. Tacita igitur societas vniuersorũ & cõsequẽter futurorũ quoque bonorum nulla esse potest, At neque si verum amamus rerum singularum, sed communio tantùm quę à societate multùm distat, cùm habeant se inuicem vt genus & species. Omnis enim societas communio est, sed non vicissim omnis communio societas. Sed de eo latiùs ad *Tit. De societate.* Illud sanè constat, neque expressam, neque tacitam societatem posse contrahi cum pupillo, quia societas omnis communicatio est *l. 1. & 2. D. pro socio*, & consequenter domini alienatio, quæ citra decretum pupillis interdicta est *tot. tit. De reb. eor. qui sub tutel.*

l. qui vas 48. §. vlt. D. de furt. l. si ex ea 6. C. de rei vindic. l. ex pecunia 12. C. de iur. dot. l. idémque 7. in fi. D. qui potio. in pign. hab.

Tacita societas nulla, præsertim cum pupillo.

ILLATIO XLVIII.

De tutore etiam extra ordinem coercendo qui fœnus pupillaris pecuniæ non exercuit.

QVadragesimo octauò ex eodem Principio fit, vt ob fœnus pupillaris pecuniæ per contumaciam non exercitum, aut fundorum omissam comparationem tutor si non ad damnum resarciendum idoneus est etiam extra ordinem coercendus sit *l. ob fœnus* 49. *D. de administrat. & pericul. tutor.* Quod Bartolus sic explicat, vt etiam corporaliter hic tutor plecti debeat, scilicet si grauiore indigeat animaduersione quàm vt sufficiat suspecti infamia quo demum casu remitti solent tutores & curatores ad præfectum vrbi, cuius iurisdictio omnia omnino crimina sibi vindicauit, post epistolam Diui Seueri ad Fabium Chilonem *l. 1. in princip. & §. solent D. de offic. præfect. vrb.* Nimirum quia non caret crimine tutor qui rem pupilli non ex bona fide administrat, id est qui nõ facit in re-

l. ob fœnus 49. D. de admin. tut.

l. 1. §. solent D. de offic. præf. vrb.

in re pupilli quod in re sua diligens paterfamilias ex bona fide facere deberet. Atqui diligens paterfamilias & fœnus pecuniæ suæ exerceret,& oblatam fundorum comparandorum occasionem non omitteret.Perfidus igitur est tutor qui in istis peccat,ideóque etiam extra ordinem & in corpore,vt aiunt,si non habeat in ære coercendus.De illo siquidem tutore tractamus qui non per iuris aut facti ignorantiam,sed per contumaciam,vt lex ait,hoc est dolo malo neglexit ista facere quæ sciebat à se fieri ex officio debere.

ILLATIO XLIX.

De dandis per tutorem etiam impendiis necessariis ad nuptias puellæ faciendas.

QVadragesimo nonò ex eodem Principio fit, vt curator pro minore non tantùm dotem dare debeat,sed etiam impendia quæ ad nuptias faciendas sunt *l.curator* 52.*eod.tit.* De *admin.& peric.tut.* quia nec aliter bonus & diligens quiuis paterfamilias facere solet,cùm nuptiæ puellæ sicut dotis præstandæ, ita & sumptuũ in eam rem ad honestum vsque modum erogandorum necessitatem habeant: Nec de suo quicquam tutorem aut curatorem præstare æquum est *l.3.§.vlt.vbi pupill.educ.deb.l.si curatores* 9.C.*de admin.tutor.l.si filiæ* 43. De *legat.3.l.mulier* 22.*§.cùm proponeretur ad Trebell.*

l. curator 52.*D.de admin.tutor.*

l. si curatores 9.C.*eod. l.3.§.vlt.vbi pupill. educ. deb.*

ILLATIO L.

De periculo curatorum ob tutores postea factos non idoneos.

QVinquagesimò ex eodem Principio sit,vt si magistratus in eligendæ à tutoribus satisdatione cessauerit, qui tamen in diem vsque tutelæ idonei perseuerauerint,postea verò curatoribus iam acceptis idonei esse desierint,periculum curatorum id esse debeat non tutorum aliorum, aut magistratuum *l.Æmilius* 53.*eod.tit.*De *admin.tutor.* Non enim fecerunt bona fide curatores aut saltem quod ex bona fide diligens paterfamilias facere debuisset, qui cessauerunt in conueniendis tutoribus eo tempore quo idonei adhuc fuerunt. Eáque cessatio est quę immediatam pupillo damni causam adfert non culpa magistratuum qui satis à tutoribus non exegerunt,aut contutorum qui suspectũ facere supersederunt,cùm nulla quoque exacta satisdatione,nec suspectis tutoribus factis potuerit adhuc indemnis seruari pupillus,si curatores eã diligentiã quam debuerant,adhibuissent. Tunc ergo periculum erit contutorum qui suspectum facere supersederunt, aut magistratuum qui ab omnibus tutoribus satis non exegerunt cùm finita tutela non inueniretur aliquis ex tutoribus idoneus fuisse,vt Paulus concludit in *d.l.Æmilius.* Vbi tamen *finitam tutelam* dixit haud dubiè pro finito officio tutelæ. Nam tutela quidem finitur pubertate,& primo die pubertatis,At officium tutelæ non nisi curatoribus demum constitutis *l.à tutoribus* 33.§.1.*D.eod.* quia nimirum ad tutorum officium pertinet,vt nõ priùs administrationem tutelę deserant,licèt pupillo iã facto pubere,quàm ei curatores dari curauerint,aut saltẽ eũ admonuerint,vt sibi peteret curatores.Quod ni fecerint tutelæ iudicio ex hac quoq; culpa tenẽtur,tametsi fiat hoc post pubertatẽ *l.ita autem* 5.§.*si tutor pupillum eo.*Si igitur interim aliqui ex tutoribus desierint esse idonei,nihil proderit contutoribus, aut magi-

l. Æmilius 53.*D.de admin.tutor.*

Finiri tutelã & finiri officiũ tutelæ differunt. l. à tutoribus 33. §. 1. *D.eod. d.l.ita autẽ* 5.§.1 *si tutor pupillum eo.*

by Google

ſtratibus quod poſt diem finitæ tutelæ id acciderit, cùm neque curatores, neque alij vlli ſint in quos tranſire poſſit periculum, & à quibus indemnitatem conſequi pupillus queat.

ILLATIO LI.

De tutore qui à contutoribus ſuis mutuam pupilli pecuniam accepit & cauit.

l.non exiſtimo 54.D.eo. de admin. tutor.

QVinquageſimoprimò ex eodem Principio fit quod Triphoninus diſputat in *l.non exiſtimo* 54.*eod.tit.*De *admin.tutor.* Non eſſe maximis vſuris ſubiiciendum eum qui à contutoribus ſuis mutuam pupilli pecuniam accepit, & cauit certáſque vſuras promiſit quas & alij debitores pupillo dependunt, Quia hic ſibi non conſumpſit rem pupilli, hoc eſt non conuertit in ſuos vſus pecuniam pupillarem (quod qui faciunt meritò ex conſtitutionibus maximas & centeſimas vſuras inferre iubentur *l. qui ſine vſuris 38. D.de negot geſt.*) nec pecunia pupilli tanquam ſua licenter abutitur, ſed ea vtitur quæ verè ſua eſt & tanquam ſua. Denique nihil clam fecit, ſed palam omnia vt appareat nihil ab eo niſi ex bona fide geſtum eſſe *l.vltim. D.de rit. nupt.* Et niſi à contutore his vſuris mutuum ei datum fuiſſet aliunde accepiſſet. Itaque cùm nihil perfidè aut negligenter circa rem pupilli fecerit, nihil ſanè eſt quod ei poſſit imputari, Multúmque refert an apertè & palam debitorem ſe vt extraneum & quemlibet faceret pupillo, non per interpoſitam perſonam *l.pupillus 5.§.ſed ſi per interpoſitam D.de autor.tutor. l. cum ipſe 5. C.de contr. empt.* An ſub adminiſtratione tutelæ, pupillique vtilitate latenter ſua commoda ex pupilli pecunia iuuaret vt eleganter ait Tryphoninus in *dicta l. non exiſtimo.*

l.qui ſine vſuris 38. de negot.geſt.

l.pupillus 5. §. ſed ſi per interpoſitã D.de autor. tutor.l. cùm ipſe 5. C.de contr. empt.

ILLATIO LII.

De tribus tutoribus quorum vnus tutelam geſſerit, alius mandauerit, tertius non geſſerit.

l.tres tutores 55.D.de admin.tutor.

QVinquageſimoſecundò ex eodem Principio fit quod idem Tryphoninus tractat in *l.tres tutores* 55.*eod.tit.*de tribus tutoribus pupillo datis, quorum vnus tutelam geſſerat, & ſoluendo non erat, Secundus Titio gerendam mandauerat, & Titius quædam adminiſtrauerat. Tertius nihil geſſerat, ſed tamen, vt ſequentia innuunt, & vt à prudente tutore factum fuiſſe credibile eſt à contutoribus cautionem acceperat Rem pupilli ſaluam fore, iſque totius tutelæ adminiſtrationem ideò permiſerat. Cùm quæreretur, An omnes & quatenus ſinguli tenerentur, Reſpondit Tryphoninus tutorum omnium periculum commune eſſe in adminiſtratione tutelæ & in ſolidum vniuerſos teneri ſcilicet qui tutelam adminiſtrarunt. Nam ſi quidam adminiſtrauerint, quidam non adminiſtrauerint, diſtinctione opus eſt, nec tenentur qui non adminiſtrarunt, niſi in ſubſidium contutoribus exiſtentibus non ſoluendo vt ſequitur apud Tryphoninum. In propoſita verò ſpecie omnes geſſerunt, Primus quia ex facto ſic proponebatur: Secundus quia tutelam gerendam Titio mandauerat, quod ipſum tutelam gerere eſt. Tertius, quia cautionem à contutoribus exegerat, vt permitteret eis tutelæ adminiſtrationem, alioqui non permiſſurus

Digitized by Google

missurus quod etiam administrationis loco est. Omnes ergo & quidem in solidum tenentur. Planè si pupilli pecunia numerata inter eos distributa est scilicet à magistratu qui eos dedit, ad quem vtique pertinet, vt pecuniam pupillarem sicut & reliquam administrationem inter tutores aliquando diuidat non in maiorem partem quisque eorum quàm acceperit tenebitur, Quod semper intellige, Nisi in subsidium, si cæteri fiant non soluendo, quia hoc casu imputari posset idoneo cur alios suspectos facere supersedisset. At cùm omnes sunt idonei, nihil causæ est cur pro ea parte pecuniæ quæ alij administranda data est, alius teneatur, non magis quàm si tutela regionibus diuisa fuisset. Quid si vnus gessisset, alij nullomodo gessissent? Is solus primo loco conueniretur, qui gessisset: alij verò in subsidium si gerens idoneus non esset *l. vlt.* D. *rem pupill. salu. for. l. vlt.* C. *de diuid. tutel. l. vlt. C. si tut. non gesser.* In eo tamen quod nemo gessisset, non vtique periculum eius solius esset qui aliquid gessisset, sed communiter omnium, quia communem omnium negligentiam omnibus æquè imputari oportet *l. si plures 38. eod.* Nisi si qua talia sint, inquit Tryphoninus, quæ vel consummationem ab eo cœptorum desiderabant, vel ita coniuncta fuerunt, vt separari non debuerint. Huic enim posset imputari, quod diligentis patrisfamilias more non esset versatus in re pupilli, quia diligens paterfamilias cœptum negotium, quandiu perficiendi spes est, deserere numquam debet.

l. 3. §. vltim. cum l. seq. eod.

l. 3. §. vlt. & l. seq. eod.

l. vl. D. rem pup. sal. for. l. vlt. C. de diuid. tut. l. vlt. C. si tut. non gesser. l. si plures 38. D. de admin. tutor.

ILLATIO LIII.

De tutoribus qui furati sunt rem pupilli.

QVinquagesimotertiò ex eodem Principio fit quod addit Tryphoninus in *dicta lege tres tutores*, Si tutores ipsi rem pupilli furati sint, non teneri illos ea actione quæ proponitur ex lege duodecim tabularum aduersus furem tutorem in duplum, scilicet Rationibus distrahendis, De qua in *l. 1. §. rationibus & seqq. & l. 2. D. de tutel. & ration. distrahend.* Tutores namque, inquit, propter administram receptámque administrationem non tam inuito domino contrectare rem videntur, quàm perfidè agere. Perfidè siquidem fit quicquid non ex bona fide fit ab eo qui omnia ex bona fide facere deberet. Proinde multò minùs potest dici vsque adeò teneri debere tutores qui rem pupillarem furati sunt, vt etiamsi vnus satisfecerit, cæteri tamen non eo magis liberentur. Id enim obtinet quidem in furibus pluribus eiusdem rei, vt cæteris non sit pœnæ deprecatio, ob id solùm quod ab vno iam exacta sit pœna: Sed non in pluribus tutoribus, quorum altero satisfaciente reliquos omnes à pupillo liberari certum est, Cùm nihil aliud curandum sit, nisi ne quid pupillo absit, at non etiam vt ei faueatur si de præda magis quàm de damno sollicitus sit, vt dicemus Principio sequenti ex *l. si minoris 25. in fin. eod. tit.* iunct. *dicta lege 2. D. de tutel. & ration. distr.* Alioqui si secta est plurium furum & tutorum comparatio, dicendum erit eum quoque tutorem, qui duplum in pœnam furti soluerit, nihilominus adhuc cõdictione furtiua conueniri posse vt rem ipsam furtiuã præstet, vel ipsius æstimationẽ. Hoc enim in furis persona obtineret, siquidẽ neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem cõsumitur, cùm furti actio pœnam

d. l. tres tutores l. 1. §. rationibus & seq. l. 2. D. de tutel. & rat. distr.

l. si minoris 25. D. de admin tutor.

legitimam petat, condictio verò rem ipsam persequatur *l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt.* At nemo dixerit tutorem qui iam soluerit, quantum necesse est ad indemnitatem pupillo præstandam actione insuper vlla teneri, Cùm igitur illi ipsi tutori qui iam conuentus & cõdemnatus est parcatur ne aliis actionibus teneatur quibus cæteri fures tenerentur, Nec illud quoque ferendum est, vt co condemnato alij contutores nihilominùs teneantur. Hos tamen tutores, qui rem pupillarem furati sunt etiam furti teneri, & conueniri posse certum est *d. l. 1. §. hunc tamen & d. l. 2. De tutel. & rat. distr. l. tutor 33. D. de furt.*

l. si pro fure 7. §. 1. D. de condic. furt.

d. l. 1. §. hũc tamen & d. l. 2. De tute. & rat distr. l. tutor 33. D. de furt.

ILLATIO LIV.

Quid sit quod dicitur Præstare contutores debere Desiisse soluendo esse vel non esse.

QVinquagesimoquartò ex eodẽ Principio fit, vt quod dicitur Desiisse soluendo esse, vel non esse contutores præstare debere, si quæratur qualem intellectum habeat, id est, Vtrum sufficiat nihil diminutum fuisse de facultatibus contutoris, ex quo datus est, sed eandem faciem patrimonij permansisse. An etsi nihil postea acciderit, quod palam habeat diminutionem patrimonij, debeat tamẽ contutor inquirere fortunas contutoris, Nõ simpliciter & absolutè responderi possit, sed hoc & ex personæ qualitate & ex temporis intercapedine quo testamentum factum est, vsque ad tempus mortis patris aliam atque aliam æstimationem accipere debeat vt subiicit Tryphoninus in *ead. l. tutores*. Nempe quoniam pro huiusmodi circunstantiarum varietate fieri potest, vt eo magis minúsve videri debeant contutores fecisse quod ex bona fide diligens paterfamilias facere debuisset. Finge obreptum fuisse prætori qui tutorem dederit hominem apertè prodigum, vel cuius bona venierunt. Imputabimus contutori si cùm ista sciret, aut scire facilè posset permiserit huic administrationem, quem è contrario suspectum facere debuit, vt ab administratione remoueretur. Nec enim vllius momenti est decretum redditum per obreptionem *l. magis puto 5. §. penult. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Prætor autem numquam tutorem hunc dedisset si prodigum aut tam inopem scisset, cùm prodigis propriarum quoque rerum interdicatur administratione *l. is cui 6. de verb. oblig. l. 1. D. de curat. fur.* Quæ tamen interdictio nisi expressim fiat, valent interim quæ cum prodigo etiã tutorio nomine geruntur, vt bene Bart. ex hoc Tryphonini loco notat. Finge patrem qui eum testamento tutorem dedit ignorasse aliquid quod post factum testamentum acciderit, quod si scisset, alium vtique tutorem daturus fuisset, Aut etiam finge patrem rescientẽ id quod accidit, siue capitales inimicitiæ exarserint, siue subito fortunæ impetu lapsus sit facultatibus tutor qui testamento fuerat datus, destinatum habuisse testamentum mutare, nec tamen mutasse præuentum fortassis morte, aut quòd in eo loco testium copiam non haberet. Non erit excusandus cõtutor qui prætextu voluntatis paternæ passus sit hunc manere in administratione. Nam nec patris voluntatem hac in re prætor sequi semper debet, sed vtilitatem pupillorum, Nisi constet non fuisse testatorem ignarum eorum omniũ quæ de tutore dato, siue prætor, siue curator comperta habet *l. vtilitatem 10. cũ duab. præced. D. de confirm tutor.* Illud ergo duntaxat inspiciendum hac parte est, An contutor id fecerit in contutoris facultatibus inquirendis, quod

d. l. tres tutores.

l. magis puto 5. §. penult. de reb. eor. qui sub tutel.

l. vtilitatem 10 cũ duab. præced. de confirm. tutor.

prudens

prudens & diligens paterfamilias ex bona fide facere debuit, ne pupillus dam no afficeretur.

ILLATIO LV.

De tutore qui ſibi retinuit animalia pupillaria iam alteri certo precio vendita.

QVinquageſimoquintò ex eodem Principio pendet ratio eius quod reſpondit Scæuola in eleganti illa ſpecie de qua in *l. tutor rerum 56. eod. tit.* Tutor, inquit, venditionem fecerat rerum & animalium pupilli, ſed quædam animalia cùm emptores precium non ſoluerent ſibi retinuerat & apud ſe habuerat, idémque precium rationibus pupilli accepto tulerat. Ex iis aliquot nata fuerant. Defuncto tutore ipſius heres tutelam adminiſtrauerat, & annis plurimis poſſederat. Quærebatur, cùm is cuius tutela adminiſtrata erat vigintiquatuor annorum eſſet, an iure animalia vindicaret. Reſpondit Scæuola, ſecundum ea, quæ proponerentur pupillum animalia hæc vindicare non poſſe, Nimirum quia nihil perfidè hic tutor geſſerat ſed omnia ex bona fide, tam in eo quod animalia iſta pupilli nomine vendidit, quàm in eo etiam quod animalia iſta vendita ſibi retinuit. Quid enim melius facere potuiſſet, cùm emptores precium non ſoluerent? An fortè vtilius erat pupillo, vt traderentur animalia emptoribus ceſſantibus in ſolutione, mox illi ad ſolutionem ex empto actione vrgerentur? Atqui nihil eo modo pupillus niſi precium precíque vſuras, non etiam aut animalia aut ex illis nata conſequi potuiſſet. Quid ergo damni pupillo intulit tutor cùm animalia retinuit? Quid rurſus in eo quod precium emptionis rationibus pupilli accepto tulit? Nimirum fecit vltrò & ex bona fide quod inuitus vt faceret cogi potuiſſet etiam ſi perfidè in re pupilli agere voluiſſet, vtique enim ad ipſius onus emptorum nomina pertinuiſſent, potuiſſétque is imputari, cur talium emptorum fidem ſecutus, eſſet, nec præſenti vt faciendum erat pecunia vendidiſſet, at res venditas tradidiſſet ante ſolutionem. Qua de cauſa coactus fuiſſet ſuſcipere onus nominum minùs idoneorum. Quidni ergo ei licebit vltrò facere quod vt faciat etiam inuitus cogi poſſit *l. quod autem 6. §. apud Labeonem D. quæ in fraud. credit.* Vnum eſt quod huic tutori obſtare videatur, nimirum quod & venditoris & emptoris immi officio fungi non potuerit *l. pupillus 5. §. item ipſe tutor D. de autor. tutor.* Sed non tam emptoris vice hic fungitur, quàm neceſſitate cogente in emptoris locũ ſubſtituitur, Ita tamen vt non ob id fiat deterior conditio pupilli, ſed eadem ipſa maneat, quæ eſſet ſi tutori precium emptor ſoluiſſet, Quo caſu nemo diceret futurum vt animalia, vel quæ ex iis nata eſſent vindicare pupillus vnquam poſſet.

l. tutor rerũ 56. D. de adm. tutor.

l. quod autẽ 6. §. apud Labeonem D. quæ in fr. credit.

l. pupillus 5. §. item ipſe tutor D. de autor. tutor.

ILLATIO LVI.

De tutore qui ceſſauit circa debitores pupillares non circa proprios.

QVinquageſimoſextò ex eodem Principio fit, quod idem Scæuola reſpondit in *l. chirographis 57. D. eod. tit.* Chirographis debitorũ incendio exuſtis, cùm ex inuentario tutores conuenire eos poſſent ad ſoluendam pecuniã aut ad nouationem faciendam cogere, quemadmodum propter eundem caſũ

l. chirographis 57. D. de adm. tut.

Digitized by Google

fecerant circa proprios (sic enim legendum est non *priores*) creditores, si id omisissent circa debitores pupillorum quicquid ob hanc ipsorum cessationem damni pupillo acciderit, præstari hoc à tutoribus debere si modò per dolum vel culpam tutorum id prætermissum esset, quod & scriptum est in *l.2. C.arb. tut.* Generale siquidem est, vt periculum nominum ad eum pertineat cuius culpa deterius factum probetur *l.periculum* 35. D. *de reb.credit.* Ideò autem sic loquitur Scævola, quia non solet ad quæstionem facti respondere, sed tantùm ad quæstionem iuris vt & in *l.à testatore* 109. *De condic. & demonstr. l.filiæ* 88. *De solut. & alibi passim.* Facti autem non iuris quæstio est, An in proposita specie dolus aliquis aut culpa tutorum interuenerit, necne: cùm nihil prohibeat cessasse tutores in faciendo circa debitores pupillares eo quod fecerint circa proprios ex iusta aliqua causa, Quæ tamen ab iis vtique probanda est. Alioqui satis aperta culpæ probatio est contra tutorem, qui non præstitit in rebus pupilli diligentiam, quam præstitit in suis. Notandum autem est in hac specie quod Scævola præsupponit, debitores pupillares, quorum chirographa incendio exusta, vel alio casu, nihil enim refert, deperdita sunt posse à tutoribus ex rerum pupillarium inuentario conueniri: Non quia vni instrumento aliud instrumentum referenti credendum sit nisi constet de relato contra Iustiniani constit. *Nouell.*119. *Vt sponsalit.largit.cap.*3. §. *& hoc insuper.* Vnde sumpta est *Auth. si quis in aliquo C. de edend.* sed quia inuentarium pupillare non ob aliã causam fit, quàm vt verè possit constare quid sit in nominibus debitorum pupilli, habétque fidem publicari cùm à tutore fiat ex officio quod publicum est, aut potiùs à magistratu ad postulationem tutoris. Ad quem casum proculdubio Iustiniani constitutio non pertinet.

l.2.C.arbit. tutel.

l.periculum 35. D.de reb. credit.

Iustin.Nou. 119.vtsponsal. larg.cap.3. Auth.si quis in aliquo C. de edend.

ILLATIO LVII.

De pupillo qui interueniente tutore fundum emit ab eo qui relegatus erat bonis ademptis.

d.l.chirographis §.ab eo.

QVinquagesimoseptimò ex eodem Principio fit, quod sequitur in *d.l. chirographis §.ab eo*, de pupillo qui tutoribus interuenientibus emerat fundum ab eo qui per sententiam præsidis relegatus erat bonis ademptis, Cum ex permissu Principis appellatio eius recepta esset, quàm non receperat is qui pronunciauerat. Ponit autem Scævola pronunciatam esse iniustam appellationem, & ita fundum pupillo ablatum esse, Et quærit, An tutelæ iudicio pupillus fundi precium consequi à tutoribus possit. Respondet si scientes tutores emerunt ab eo qui in ea causa esset vt obnoxius sententiæ priori fieret, tutelæ iudicio eos teneri, Nempe quia eo casu non possent videri feciſse in re pupilli, quod prudens & diligens paterfamilias in re propria facere ex bona fide deberet: cùm prudentis & diligentis hominis sit æstimare incertam aleam iudiciorum potiúsque pro sententia iam lata, quàm pro interpositæ appellationis æquitate præsumere. Ipso siquidem vsu compertum est appellationes vt plurimum interponi frustrandi causa & vt impediatur executio iudicati quod appellationis potestate extinguitur *l.1.§.vlt. D.ad SC. Turpill. l.tutor* 41. *D. de vsur. l.vlt.* D. *de re iudic. l.negotiorum* 24. D. *de appellat.* Benè autem Scævola addit *bonis ademptis* quia erat regulare vt relegatio bona non adimeret si non de bonis quoque specialiter pronunciatum esset. In quo differt relegatio à deportatione

Differentia relegationis & deportationis.

tatione *l. relegatus 14. §. magna differentia D. de interd. & releg. l. deportatorum 8. C. de pœn.* Addit fundum pupillo ablatum esse iniusta appellatione pronunciata. Nempe quia quemadmodum appellatio cùm interponitur effectum illum habet, vt extinguat iudicatum, ita cùm iniusta esse tandem pronunciatur sine effectu illam manere necesse est, ac proinde in eum statum reduci omnia in quo essent si appellatio nulla interposita fuisset: ne alioqui prosit appellanti quod perperam ac temerè appellauerit. Itaque mirum est quod Bart. quærit & dubitat, Vtrum hic fundus ablatus fuerit pupillo citra precij restitutionem, an verò precio ei restituto. Cur enim fiscus precium restitueret ei cui potest imputari, cur emerit a condemnato, & post sententiam pro fisco latam: Quod si ius ita esset vt precium à fisco restitui oporteret, quænam obsecro dubitandi ratio esse posset an pupillus precium illud à tutoribus suis consequi deberet quod iam à fisco fuisset consecutus? Indemnitati ergo pupilli consulẽdum est dato iis ex hac causa iudicio tutelæ contra tutores si, vt Scæuola distinguit, scientes emerint à condemnato: Nec distinguemus an putauerint iniustã fuisse condemnationem: siue enim iusta fuerit, siue iniusta, vereri debuerũt incertam aleam iudiciorum. Sed si emerint bona fide ab eo quem probabiliter potuerunt ignorare condemnatum, quia nihil hoc casu imputari eis potest, aliud nihil dicendum supereſt nisi vt damnum sit pupilli quod neque ad fiscũ, neque ad tutores potest recidere. Pro pupillo tamen faciebat contra fiscum, quod quamuis emisset à condemnato, tamen emerat post receptam permissu Principis appellationem, atque ita eo tempore quo adhuc integer erat status condemnati æque acsi condemnatus numquam fuisset *l. 1. §. si quis ergo & seq. D. nihil innouar. appell. pendent.* Ex eo siquidem fit vt non possit negari quin emerit à domino, etsi consequenter quin ex iusto illo emptionis titulo dominium fundi venditi in eum translatum sit. Neque verò hoc Scæuola negat: sed pro fisco innuit responderi posse, Sufficere vt iniusta appellatione pronunciata is qui condemnatus est fiat obnoxius priori sententiæ, id est prioris sententiæ executionem pati cogatur. Vt sicuti quod in præiudicium appellationis attentatum esset ante omnia reuocari oporteret, ita quod prætextu iniustæ appellationis factum est in præiudicium confirmatæ tandem sententiæ, pro non facto habeatur, Ne sit in potestate condemnati perperam appellando iustæ condemnationis vim effugere. Ex quo apparet, meo iudicio, prioris iudicati vires non à sententia, vt vocant, confirmante, id est quæ à iudice appellationis reddita sit vires accipere, sed à sententia ipsa confirmata: nec enim iudex appellationis quicquam aliud pronunciandum habet nisi iustam vel iniustam fuisse appellationem, vbi autem pronunciat iniustam fuisse, illud statim consequens sit, etiam tacente appellationis iudice vt priorem illam sententiam executioni suæ mandari oporteat, idque non ab ipso appellationis iudice, sed ab eo qui sententiam tulit, ne alioqui iniusta appellatio quicquam de ipsius iure ac iurisdictione imminuisse videatur. In eóque errant sanè nostri qui ex hoc Scæuolæ responso colligunt, Ea quæ facta sunt pendente appellatione reuocari in pristinũ statũ per officiũ iudicis appellationis, Moti vt credibile est, ex eo tãtũ quod Scæuola loquitur de ablato fundo postquã locutus est de appellatione iniusta pronũciata. Sed pessima cõsecutio est, quoniã ordo ille scripturæ, ordinẽ dũtaxat rei gerẽdæ demõstrat, quia non potuit fundus aufferri pupillo ante latã super appellatione sententiam, At non probat neque vlla ex parte præfert eiusdem iudicis autoritate fieri vt & appellatio iniusta pronuncietur, &

l. 1. §. si quis ergo & seq. D. nihil innouar. appell. pendent.

Error interpretum.

Digitized by Google

fundus pupillo aufferatur. Ponendum igitur est fuisse ablatum in executionem prioris sententiæ & ab illo ipso, qui eam tulit ad quem scilicet pertinuit sententiam suam executioni demandare, nisi fortè probabilius est quod esse arbitror, vt eiusmodi executio neque primi neque secundi iudicis autoritate fiat, sed imperio magistratus qui iudicem vtrumque dederit, Postquàm placuit Diuo Pio, vt magistratus iudicum à se datorum sententias exequantur *l. à Diuo Pio 15. in princip. D. de re iudicat.* Vix enim est vt ad eundem magistratum non pertineat iudices dare in vtraque causa tam prima quàm appellatoria, sed tamen hoc quoque admisso, illud nihilominùs semper verum erit faciendam esse à magistratu executionem & auferendum pupillo fundum ex causa prioris non posterioris iudicati, Nam si ad tempus illud prioris sententiæ omnia non retrotraherentur ex quo pronunciatū est iniustam esse appellationem, vtique non posset dici cur pupillo qui antè pronunciationem illam & appellatione pendente comparasset, fundum à vero domino emptum auferri oporteret.

l. à Diuo Pio 15. in princ. D. de re iud.

ILLATIO LVIII.

De tutore qui iussus est tutelam exercere eodem more quo exercebat viuo testatore.

QVinquagesimooctauò ex eodem Principio fit, quod tractat idem Scæuola in *l. qui negotiationem 58. in princip. D. eod. ut.* Qui negotiationem inquit, per Pamphilum & Diphilum priùs seruos postea libertos exercebat, suo testamento eos tutores reliquit, & cauit vt eidem more negotium exerceretur, quo se viuo exercebatur. Hi tutelam administrauerunt, non tantùm cum impubes patroni filius fuisset, sed etiam post pubertatem eius. Sed Diphilus quidem cum incremento negotiationis rationes obtulit, Pamphilus verò putauit se reddere oportere non ad incrementum negotiationis sed ad computationem vsurarum, quæ in tutelæ iudicio præstari solent ex constitutionibus, quoties tutor pupilli pecuniam in suos vsus conuertit, id est quæ maximè sunt & centesimæ vt suprà iam non vno loco explicauimus. Quæsitum est à Scæuola, An secundum voluntatem defuncti exemplo Diphili Páphilus quoque rationem reddere deberet. Respondit ille debere. Rationem subiungit Claudius Tryphoninus, qui ad Scæuolam notas scripsit, Quia lucrum facere ex tutela nō debet. Neque enim præstaret tutor eam fidem & diligentiam in rebus pupilli, quam in suis præstare bonus diligénsque paterfamilias solet si lucrum captaret, non dicam ex damno pupilli, sed ex tutela in qua nihil nisi vtilitatem pupilli spectare tutor debet. Et quemadmodum procurator quilibet alterius mandatu negotia gerens in omnibus ex bona fide rationem reddere cogitur, ita vt si quid ex lite consecutus sit siue principaliter ipsius rei nomine siue extrinsecus ob eam rem, debeat mandati iudicio id restituere, etiamsi fortè per errorem aut iniuriam iudicis id fuerit consecutus *l. qui proprio 46. §. procurat. D. de procurat.* Ita & multò magis idem in tutore obseruari oportet, qui multò plus quàm procurator est cùm officium publicum gerat sibi à magistratu iure publico mandatum. Quamquam in proposita specie non tantùm ratio illa iuris & bonæ fidei facit contra Pamphilum, sed etiam voluntas testatoris, qui expressim iussit negotiationem se mortuo exerceri à libertis iisdémque tutoribus

l. qui negotiationem 58. D. de admin. tutor.

l. qui proprio 46. §. procurator D. de procurat.

Digitized by Google

rebus eodem prorsus more quo se viuo exercebatur. Etsi autem videtur ea voluntas ad tempus tutelæ relata fuisse, & ideo pubertatis annos egredi non debuisse, quæ tota erat ratio dubitandi pro Pamphilo, Cùm tamen tutores ambo etiam post pubertatem perseueraſſent in connexa administratione tutelæ, perinde iudicio tutelæ tenebantur eorum omnium nomine quæ gesserant post pubertatem, atque cæterorum quæ ante pubertatem *l. tutor* 11. *C. arbitr. tut.* quoniam vt alio loco monuimus, tutela quidem finitur pubertate vt ex eo tempore neque tutor inuitus retineri possit in necessitate muneris obeundi, neque inuitus pupillus tutorem habere cogatur, sed non officium tutelæ quousque vel rationes sint redditæ vel saltem accepti curatores *l. à tutoribus* 33. *§. officium* D. *de admin. tutor.*

l. tutor 11. C. arbitr. tutel.

l. à tutoribus 33. §. officii D. de adm. tutor.

ILLATIO LIX.

De vsuris vsurarum pupillarium contutori aut curatori præstitarum.

QVinquagesimonono ex eodem Principio fit, vt siue in contutorem, siue in curatorem translatæ sint vsuræ pupillares quas vnus ex tutoribus contutori aut tutor curatori præstiterit, earum quoque vsurarum vsuræ debeantur, licèt dici soleat accessionis accessiones nullomodo deberi posse *l. vlt. C. de vsur.* Nimirum quia vsuræ illæ exactæ transeunt in sortem hoc ipso quod in nouum debitorem transferuntur, & omnis summa sors efficitur, inquit Scæuola in *d. l. qui negotiationem* 58. *§. vlt. De adm. tut.* Sic enim & alius quilibet bonus ac diligens paterfamilias in rebus suis negotiari solet, vt quantum facere potest vsuras à se exactas conuertat in sortem quæ vsuras nouas parere possit. Quò etiam pertinet quod idem Scæuola respondit in *§. ex duobus d. l. qui negotiationem.* Ex duobus tutoribus pupilli altero defuncto adhuc impubere pupillo, is qui superarat ex persona pupilli sui iudice accepto consecutus est cũ vsuris, quantum ex tutela ad tutorem defunctum peruenerat. Quæsitum est iudicio tutelæ quo experitur pubes factus, vtrum eius tantũ portionis quæ ab initio ex tutelæ ratione peruenerat ad defunctum contutorem vsuræ veniant, an etiam eius summæ quæ ex sortis vsuris pupillo aucta post mortem contutoris ad superstitem contutorem æquè cum sorte translata sit aut transferri debuerit. Respondit Scæuola, si eam pecuniam contutor in se suósque vsus vertisset, omnium pecuniarum vsuras præstandas, & quidem maximas ac centesimas, vt suprà diximus illat. 51. Quòd si pecunia mansisset in rationibus pupilli, præstandum quod ex ea tutor percepisset, vel percipere potuisset, si diligentis patrisfamilias more in rebus pupillaribus versatus fuisset. Finge illum cùm fœnori dare posset neglexisse. Hoc ipsum præstabit quod fœnoris nomine ab alio accipere potuisset. Idque est quod significant verba illa *si fœnori dare cum potuisset, neglexisset*, Sic enim lego *si fœnori* non vt vulgo *sed fœnori*. Rationem adfert, quia id quod ab alio debitore nomine vsurarum cùm sorte datur ei qui accepit totum sortis vice fungitur, vel fungi debet.

l. vlt. C. de vsur.

d. l. qui negotiationem 58. §. vlt. D. de adm. tut. §. ex duobus d. l. qui negotiationem.

ILLATIO LX.

De tutoribus datis, in testamento quod ruptum videbatur qui cessauerunt in administratione.

SExagesimò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *§. testamento d. l. qui negotiationem.* Testamento dati tutores, inquit Scæuola, quod ruptum

d. l. qui negotiationem §. testamento

Digitized by Google

videbatur, cessauerunt in administratione tutelæ, & à præside datus est tutor pupillo quasi nullus esset testamentarius. Postea iussi sunt etiam hi qui testamento tutores dati erant, tutelam administrare communicato eos, qui à præside datus erat. Quæsitum est an ad testamento datos (sic namque legendum est non *ex testamento*) periculum administrationis, vtrum ex apertis tabulis, an ex quo tantùm iussi sunt pertineat. Respondet Scæuola, Ad eos de quibus quæreretur nullum antecedentis temporis periculum pertinere. Dubitandi causa erat, quia non videbantur tutores testamentarij fecisse in rebus pupilli quod prudens & diligens pater familias in re sua ex bona fide facere debuisset, cum ex die apertarum tabularum sciuerint se tutores datos, & nihilominus cessauerint in administratione: Neque excusare illos potest, quod toto illo anteriore tempore nondum essent confirmati. Tunc enim periculum administrationis à die confirmationis incipit, cùm necessaria est tutori confirmatio, quod non contingit nisi eo casu quo tutoris datio non valet, quia forte tutor datus sit, vel à quo, vel cui, vel vbi, vel quomodo non potuit *l.2.C.de confirm.tutor. l.i. & pass.* D.*eod.* At in proposito hi tutores vtiliter dati erant, neque confirmatione indigebant, quia testamentum quod raptum credebatur, postea apparuit reuera raptum non fuisse. Non igitur confirmationis tempus expectare debuerunt. Sed ratio decidendi est, quia licèt testamentum raptum non esset, raptũ tamen credebatur, nec tantùm ab his tutoribus, sed ab ipso quoque præside, qui ob eam causam tutorem alium dederat, cuius dãdi neque necessitas, neque causa vlla subesset, si testamentarius vel vnus adesset: ob idque non potest eis imputari cur cessauerint quousque iussi sunt administrare. Nam nec interponere se potuerunt ex quo præses se interposuit, & alium tutorem dedit. Et quamuis prætor postea iusserit eos administrare tanquam testamentarios, non ideò tamen ex die aperti testamenti possunt videri negligentes fuisse, quandiu administrare iussi non sunt. Esset autem iniquissimum retrotrahi periculum in longius tempus, quàm retrotrahi possit negligentia & culpa, cùm ex ea negligentia, culpaque periculum proficiscatur. Eadem ratio facit, ne curatores teneantur pro tutoribus antecedentibus nisi quatenus negligentes fuerunt in exigendo *l.i.C.eod.*

l.2.C.de cõfirm.tut.l.i. D.eod.

ILLATIO LXI.

De tutore qui datus fuit, & pupillo heredi instituto & filiæ exheredatæ.

Exagesimoprimò ex eodem Principio fit, vt si quis pupillo herede instituto, filiæ exheredatæ duo millia nummorum aureorum legauerit, eosdémque tutores vtrisque dederit, teneantur illi tutelæ iudicio pupillæ vsurarum nomine, ex quo die duo illa millia potuerunt à substantia hereditatis separari, & in nomina collocari *d.l.qui negotiationem §.pupillo*, Quoniam etsi vtilitas pupilli, cuius & ipsi tutores sunt, suadere videbatur ne tam citò ea pecunia ab hereditate separaretur, pupillæ tamen æque ac pupillo cõsulendum fuit, ne quid damni & incõmodi ex tutorum negligentia pateretur, Præsertim cùm nec ea res pupillo damnosa esset, cuius etiam intererat vt quàm primùm fieri posset ab eo debito liberaretur. Itaque quod in pupillo vno seruaretur, idem in duobus seruandum est vt vsuras tutor debeat ex quo die potuit idoneos debitores inuenire & neglexit *l.tutores 24.C.de adm.tutor.* præsertim si semestre effluxerit

d.l.qui negotiationem §. pupillo.

l.tutores 24. C. de adm. tutor.

rit quod in eam rem id est quærendis debitoribus & collocandis pecunijs præstitutum fuit. *l. si tutor* 15. *D. eod.* Id enim tempus ideò datur, ne possit tutor cõqueri non potuisse se tam citò idonea nomina contrahere, At non etiam vt sit impunita eius negligentia si antè præteritum semestre debitores idoneos inuenerit, & neglexerit. Perpetuum siquidem illud est, vt condemnandus sit tutor quoties imputari ei potest cur non in rebus pupilli eam præstiterit diligẽtiam, quam bonus paterfamilias in suis rebus ex bona fide præstare deberet, & ideò sic loquitur Scæuola *ex eo die quo neglexerint*, nullo scilicet certo tẽpore expresso. Et sanè quemadmodum imputatur tutori, siue à seipso non exegerit quod pupillo suo debuit, siue sibi ipsi non soluerit ex bonis pupilli quod ei à pupillo debitum fuit *l. quoties* 9. *§. sicut autem eod. tit.* Ita & ipsi potest imputari cur non soluerit pupillæ exheredatæ quod ex pupilli instituti bonis soluere potuit & debuit, seperando & deliberando legatum à substantia hereditatis. Vtriusque enim pupilli patrimonia separatim & tanquam singula singulorum intueri debet, qui vtriusque tutor est, & sic vnuscuiusque ipsorum rem agere, acsi eius solius tutelam administraret.

l. si tutor 15. D. eod.

ILLATIO LXII.

De *tutore eodémque creditore pupilli pacisceute cum cæteris creditoribus.*

Exagesimosecundò ex eodem Principio fit, vt pactum quod tutor idemque pupilli creditor facit cum cæteris creditoribus pupillaribus, etiam in seipso seruare teneatur. *l. cùm hereditas 59. eod. tit. l. cùm in eo 44. D. de pact.* vbi scriptum est, Cùm hereditas patris ære alieno grauaretur & res in eo statu viderentur vt pupilla ab hereditate patris abstineretur, vnum ex tutoribus cum plerisque creditoribus ita decidisse, vt certa crediti portione contenti essent. Idem curatores iam viripotenti accepti cum plerisque creditoribus decidérunt. Quæsitum est, inquit Scæuola, An si aliquis tutorum creditor patris pupillæ solidam pecuniam expensam sibi ex re pupillæ cum vsuris fecerit reuocari à curatoribus pupillæ ad eas portiones possit, quas cæteri quoque creditores acceperunt. Respondit cum tutorem qui cæteros ad portionem vocaret, eadẽ portione contentum esse debere, Nimirum quia quod ipse ex bona fide nomine pupilli cum cæteris gessit, & æquum esse putauit, non nisi perfidè agendo possit in persona sua recusare & iniquum existimare: Nam & generale est vt siue tutor nomine pupilli, siue curator furiosi vel adolescentis aliquod ius iniquum postulet, coercendus sit eo edicto quo cauit prætor vt quod quisque iuris in alium statuerit eodem ipse vtatur *l. 3. §. sitamen tutor* D. *quod quisq; iur.* quamuis aliud sit in procuratorem, si in rem suam dato vt eadem lex ait. Adeò verum est quod suprà diximus & tutorem & curatorem in administratione rerum pupilli vel adolescentis plus quàm procuratorem esse. Quamquam videtur ipsa quoque pupilli vtilitas aliud ius desiderasse, Cùm verendum sit ita posito iure & in tanta hominum auaritia ne tutores dum sibi timent aut negligentius aut timore pupilli commodo cum cæteris creditoribus decidant. Siquidem iis imputari nonnunquam potest cur non deciderint, aut cur non meliore conditione, quia nec facilè probari potest creditores quicquam de sub iure remissuros fuisse, si de eo interpellati à tutoribus fuissent.

l cùm hereditas 59. eo. tit. l cùm in eo 44. D. de pact.

l. 3. §. sitamen tutor. D. quod quisque iuris.

Digitized by

ILLATIO LXIII.

De tutore præstante autoritatem pupillo in rem suam.

l.1.l pupillus 5 D de aut. & conf.tut.

SExagesimotertiò ex eodem Principio fit, vt tutor pupillo autoritatem præstare non possit in rē suam nisi per consequentias *l.1.l.pupillus 5. D. de autor. & conf.tutor.* Nam præter eam huius iuris rationem quam in superioribus alio loco attulimus, fieri certè non potest vt in iis negotiis quæ nouo inter pupillum & tutorem ipsum contractu indigent, tutor pro pupillo eam fidem & diligentiam præstet quam in suis rebus præstaret, cū ita cōparatum sit, vt sibi quisque malit bene esse, quàm alteri. Et verò iniquum esset tutorem ob susceptum siue ex pietate siue ex necessitate officium tutelæ, in eas conitci angustias, vt vel perfidè rem pupilli, vel malè suam gessisse crederetur.

ILLATIO LXIV.

De tutore qui gessit negotium sibi commune cum pupillo.

l.vltim. D. quand. ex fact.tutor.

SExagesimoquartò ex eodem Principio fit, vt si tutor qui & pupillo coheres erat cùm conueniretur, fideicōmissi in diem vel sub condicione relicti nomine in solidum ipse cauerit, in adultum pupillum prō parte danda sit vtilis actio *l.vlt. D. quand. ex fact.tutor.* Quia numquam apertiùs videri potest tutor eam in rebus pupilli diligentiam & bonam fidem præstitisse quam bonus & diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet ac debet quàm cùm gessit communiter negotium quod sibi cùm pupillo commune erat, Maximè verò cùm nihil fecit nisi quod ex iure communi facere debuit, vt in proposito, Edictum enim prætoris heredes obligat vt legatorum aut fideicommissorum siue in diem siue sub condicione relictorum causa cauere compellantur *tot. tit. Vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Nec quod tutor solus cauerit, neque adiecerit se tam pupilli quàm suo nomine cauere, ad rem facit, quominus contra pupillum pro parte vtilis actio danda sit, tanquam pro ipso quoque præsti ta cautione. Nam cùm tutor fideicommissi nomine non tantùm proprio sed etiam tutorio nomine conueniretur, quia nec ab eo solo fideicommissum relictum fuerat, sed à pupillo quoque eodémque coherede, apparet vtriusque nomine caueri debuisse. Ideóque nō malè ex eo loco solent nostri colligere post Bart. Quoties negotium pro parte spectat ad tutorem pro parte ad pupillum, videri tutorē pro vna parte fecisse nomine proprio, pro alia nomine tutorio.

ILLATIO LXV.

De crimine & actione suspecti, Et de tutore qui expilauit substantiam pupilli.

l.3. §. nunc videamus D. de susp. tutor.

SExagesimoquintò ex eodem Principio fit, vt suspecti tutoris crimen lege 12. tabul. inductum fuerit ob dolum in tutela per tutores admissum si fortè grassati sint in tutela vel sordidè egerint vel perniciosè pupillo, vel aliquid ex rebus pupillaribus interceperint iam tutores constituti, Non etiam si quid admiserint, antequàm tutores essent quamuis in bonis pupilli vel in tutela *l.3. §. nunc videamus D. de suspect. tutor.* vbi ratio redditur quia delictum tutelam præcesserit, Et ideo si tutor antequam tutor esset pupilli substantiam expilauerit, sed antequàm pupillus heres esset accusari debet crimine

expila-

expilatæ hereditatis, sin minùs, id est, si expilauerit post iam acquisitam pupillo hereditatem, accusari debet crimine furti. Sic enim lego & intelligo Vlpianum in *d. §. nunc videamus in fin.* vbi manifesto errore scriptum est *tutor* pro *heres* in illis verbis *antequàm tutor esset*, siue per insciti librarij quē literarum & similitudo & numerus fefellerit, siue per audaciam imperiti interpretis, quem illud deceperit, quod putauit Vlpianum agere de tutore cum ageret de pupillo, Non animaduertens, Casum quidem illum tractari, quo tutor priusquàm tutor ipse esset pupillarem substantiam expilauerit, sed tamen illud etiam ab Vlpiano requiri, vt ea expilatio facta sit priusquàm pupillus heres esset, Ne alioqui nullus distinctioni locus relinquatur, An agendum sit crimine expilatæ hereditatis an furti. Nam si ponas expilatam à pupilli tutore hereditatem quæ pupillo delata fuerat, quamuis addas expilatam fuisse antequàm hic tutor esset, non ideò tamē aduersus eū competet actio expilatæ hereditatis, si iā acquisita erat pupillo hereditas fortè paterna quæ suo heredi acquiritur ipso iure, aut aliena quam idem pupillus agnouisset alio tutore autore, quoniam hereditas post acquisitionem nulla est, tanquam conuersa in patrimonium heredis: Et e contrario, si ponas expilatam fuisse antequàm pupillus heres esset, non eo magis competet actio furti contra tutorem quod expilauerit iam tutor factus, quia furtum hereditati facere nec tutor, nec alius quisquam potest *l. 1. §. Scæuola D si quis testam. lib. effr. iuff.* Neque rursus conuenit Vlpiano, qui in tota posteriore parte *d. §. nūc videamus*, eum solum casum tractat, quo expilatio substātiæ pupillaris facta sit à tutore antequàm tutor esset, cùm in prima parte egisset de contrario casu quo tutor post susceptam tutelam perfidè quid egerit circa res pupillares. Illa autem subdistinctio quam Vlpianus subnicit vt sciatu, Quanā actione conueniendus sit tutor eo casu quo suspectus fieri non potest, An expilatæ hereditatis an furti, non ex eo pendet an tutor expilauerit ante vel postea quàm tutor factus fuit, sed ex eo solo, An expilauerit prius quàm pupillus heres esset an post, quia sicut earum rerum nomine quæ subtractæ sunt ante aditam hereditatem agendum est expilatæ hereditatis, ita & furti de iis quæ post aditam hereditatem expilatæ fuerunt. Neque verò necesse erat Vlpianum ea verba repetere *antequàm tutor esset*, cùm præcedens dictio *proinde* satis per se ostēderet eum ipsum casum tractari de quo proximè dictum fuerat, id est de tutore qui substantiam pupilli expilauerat antequàm tutor esset. Quòd si quis obiiciat non nisi valde impropriè potuisse ab Vlpiano *substantiam pupilli* dici eam hereditatem quę pupillo nondū fuisset acquisita, Respondebo, immò valdè propriè ita locutum fuisse Vlpianum, Relatione scilicet facta non ad tempus expilationis, sed ad tempus quo fiat locus quæstioni propositæ, id est quo & pupillus heres & tutor ei creatus sit, cùm expilationis tēpore neque hic tutor, neque pupillus adhuc heres esset. Expilatæ namque hereditatis crimen, licèt pro expilatione ante aditam hereditatem facta competat, exerceri tamen nisi ab eo qui iam heres sit, non potest.

Emendatur Vlpia. in d. §. nunc videamus.

l. 1. §. Scæuola D. si quis testam. lib. effr. iuff.

ILLATIO LXVI.

De admittendis per iudicem tutelæ reputationibus tutoris.

l. 2. D. vbi pupill. educ. deb.

SExagesimo sextò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l. 2. D. vbi pupill. educ. deb.* Officio iudicis qui de tutelæ actione cognoscit cōgruere, vt

reputationes tutoris non improbas admittat,vt puta si tutor dicat impendisse se in alimenta pupilli, vel disciplinas. Modum autem siquidem prætor arbitratus est eum seruari debere,quem ipse statuerit, si verò prætor non est aditus,pro modo facultatum pupilli debere arbitrio iudicis æstimari, Nec enim permittendum esse tutori tantùm reputare quantum dedit si plus æquo dederit. Hoc amplius, etsi prætor modum alimentis statuit, verumtamen vltra vires facultatum est, quod decretum fuit, nec suggessit prætori tutor de statu facultatum,non debere rationem haberi alimentorum omnium, quia si suggessisset,aut minuerentur iam decreta, aut non tanta decernerentur. Sed etsi pater statuerit alimenta liberis quos heredes scripserit,ea quidem præstando tutor reputare poterit si non sint vltra vires facultatum,si secus imputabitur tutori cur non adito prætore desiderauerit alimenta minui. Cur ita hæc omnia? Nimirum quia non aliter boni & diligentis patrisfamilias vice functus videri tutor potest quàm si in alimentis pupillo præstandis & tèperandis tam hanc diligentiã adhibuerit: Et cessante tutore id facere quod ex bona fide fieri oportet circa rerum pupillarium administrationem, pertinet ea res ad curam prætoris,vt in statuendo tutori modo alimentorũ,alius quidã & supremus tutor esse videatur: Vt vice versa prætoris officium quodammodo impleat tutor, qui etiamsi non adeat prætorem, sua tamen prudentia sic rem pupilli agit, vt nec aliud, nec melius quicquam fuerit ei prætor imperaturus. Est autem consilium est pro tutore quantumuis probo,prudente,ac diligente vt in his rebus quæ pendent ex arbitrio illius qui de tutela cogniturus est,curet sibi à prætore alióve magistratu ad quem ea res pertinet,præscribi exactè quantũ fieri potest quid aut faciẽdũ aut cauendũ habeat,ne postea vel calũniã,vel damnũ aliquod patiatur,tametsi conscius sibi sit nihil à se gestum nisi ex bona fide,illud sanè constat ea omnia quæ Vlpianus in *l.3.eod.tit. vbi pupill.educ.deb.* scribit pertinere ad officium prætoris cognoscentis de modo alimẽtorum pupillo adultóve præstandorum,tutoribus quoque & curatoribus aptari posse: Nempe vt modum patrimonij spectare debeant & alimenta præstare tam moderatè, vt non vniuersum patrimonij reditum in alimenta eroget,sed semper sic, vt aliquid ex reditu supersit. Sed & ante oculos habere debent mancipia quæ pupillis deseruiunt,& mercedes pupillorum,& vestem & tectum pupilli, Ætatẽ etiam contemplari in qua constitutus est pupillus cui alimenta præstãtur: cùm pro incremẽtis ætatis alimenta quoq; maiora præstari necesse sit *l.cùm vnus §. vlt.* D. *de alim.& cibar.legat.* In amplis tamẽ patrimoniis non cumulus patrimonij,sed quod frugaliter sufficit modum alimẽtis dare debet. Nam & prudens quilibet paterfamilias in re sua sic æstimaret: Ac quoniam vix alimenta expediri possunt,sine præsenti pecunia,illud primùm inspicere tutor debet quam penes se summam habeat,Nã & cùm nõ cõstat quis modus facultatum sit,inter tutorem & eum,qui alimenta decerni desiderat,sicuti suscipere debet prætor cognitionem, nec temerè alimenta decernere, ne in alterutram partẽ delinquat,maioribus aut minoribus decretis quàm oporteat alimentis, Ita priùs exigere à tutore debet vt profiteatur, quæ sit penes se summa: & comminari fore vt grauiores ei vsuræ infligantur eius quod supra possessionem apud eum fuerit deprehensum. Quod autem & prætor & tutor facere debet in alimentis pupillo,vel adulto aut decernendis,aut erogandis,Idem ad instructionem quoque pupillorum,vel adolescentium pupillarum, vel earum quæ

l.3.eod. tit.

l.cùm vnus §.vlt.D. de alim. & cibar.legat.

intra

intra vicesimumquintum annum constitutæ sunt, faciendum est, Habito scilicet respectu facultatum & ætatis eorum, qui instruuntur. Eadem namque ratio est eorum quæ impenduntur in alimenta, & quæ in disciplinas cùm tutoi non minùs moribus quàm rebus pupilli, itémque curator præponatur. *l.cùm plures* 12.*tutor* §.*cùm tutor* D.*de admin.& peric. tutor.* Sed si egeni sint pupilli de suo eos alere tutor non tenetur, Non ob id solùm quod nec vicissim tutorem egenum alere pupilli tenentur *l.à tutoribus* 33.§.*vltim.*D. *eod tit.* Sed etiam quia excedit hæc res terminos diligentiæ quam tutor præstare debet pupillo, trãlitque in liberalitatem, cuius exercendæ, neque tutori, neque alij vlli necessitas imminere potest, cùm nihil sit tam contrarium liberalitati, quàm necessitas *l.vnum ex familia* 67.§.1.*De legat.*2. Sed etsi fortè post decreta alimenta pupillus ad egestatem perductus fuerit diminui debent quæ vel à prætore decreta, vel à tutore præstari solita sunt, quemadmodum solent augeri si quid patrimonio accesserit. Atque hæc de alimentis pupillo præstandis dixisse sufficiat iunctis iis quæ scripsimus illat.20. Sed nec illud prætermittendum est quod Alexand. constituit in *l.1.C.de alim.pupill.præst.* Idipsum scilicet quod nos iam diximus Tutores & eos qui negotia aliena gerunt pro officio suo posse facere quod plerumque postulatur, vt arbitrio prætoris alimenta pro modo facultatum pupillis, vel iuuenibus constituantur. Cæterùm si bonus vir & innocens tutor arbitrio suo aluit pupillos non dubiè accepto ferre debebunt ea quæ alius quilibet vir bonus arbitrabitur meritò ad exhibitionem educationis, ministeria, studiáque erogata esse, Quia interdum necesse est ita fieri etiam sine decreto *l.3.C.de admin.tutor.* Ne secreta patrimonij & suspectum æs alienum pandatur, quod melius est interim taceri, quàm cùm de modo facultatum quæritur vltrò proferri & apud acta ius dicentis contra pupillorum vtilitatem designari. Nec ferendus est iuuenis, inquit Imp. qui cùm præsens esset studiisque eruditus, atque alitus à tutore sumptus recuset quasi vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit si non probet ista se omnia ab alio quàm à tutore suisse consecutum. In summa id perpetuò tenendum est, quod scriptum est in *d.l.*3. Quicquid à tutoribus, siue curatoribus bona fide erogatur, potiùs iustitia quàm aliena autoritate firmari.

l.cùm plures 12.§. *cùm tutor D. de admin. & peric. tut. l.à tutoribus* 33.§.*vlt. eo.*

l.2.C. de alim. pup. præst.

l.3.C.de admin. tutor.

ILLATIO LXVII.

De tutore per cuius absentiam aliquid damni aut incommodi accidit pupillo.

SExagesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt si per absentiam tutoris aliquid damni aut incommodi pupillo emergat, siue quòd interim alimenta non habeat, siue quod ipsius negotia periclitentur, & ideò quæratur an remouendus ille sit tanquam suspectus, an curator ei adiungendus, Distingui oporteat an absentia illa necessaria & improuisa acciderit, fortè quòd subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suæ prouidere, nec consulere pupillo potuerit, An verò negligentia & nimia cessatio in administratione tutori obiiciatur, quæ etiam ex hoc arguatur, & damnosior probetur, quod per absentiam eius deserta derelictáque sint pupilli negotia. Hoc enim posteriore casu euocatis adfinibus atque amicis tutoris prætor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore, vel remouendum eum qui tali nota dignus vide-

L vlt.D.vbi pupill. educ.deb.

Digitized by Google

bitur,decernet,vel adiungendum curatorem,& ita qui datus erit expediet alimenta pupillo. Priore verò casu si absens tutor & idoneus sit & speretur redire nec expediat adiungi alium, & pupillus de re sua alimenta postulat, alius quidem tanquam curator constituendus erit,sed ad hoc solùm vt ex re pupilli alimenta expediat. Sic enim Tryphoninus distinguit in *l.vlt.D.vbi pupil.educ. deb.* vbi tamen vereor,ne pro *rectè* legendum sit potius *curat*,id est *curator*,alioqui deerit nomen ad quod referri possit verbum *constituetur*,& quod sequitur *expediat*. Huius autem distinctionis ratio tota ex eo pendet quòd non possit imputari tutori absentia quæ tam improuisam, & necessariam causam habet,vt impediat ne possit ille propriis quoque rebus consulere. Cùm non ad aliud tutor ex officio obligetur, quàm vt in rebus pupilli eam præstet diligentiam quam in propriis præstare diligentis patrisfamilias exemplo & potest,& debet.

Emendatus Tryphoninus.

RELATIO LXVIII.

De actione & arbitrio tutelæ.

l.1.D.de tutel. & rat. distr.

SExagesimooctauò ex eodem Principio fit quod scriptum est in *l.1.D.de tutel.& rat.distr.* In omnibus quæ fecit tutor cùm facere non deberet, item in his quæ non fecit cùm facere deberet,rationem illum reddere debere iudicio tutelæ,præstando dolum,culpam,& quantam in rebus suis diligentiam. In eámque rem nimirum comparata est actio tutelæ quæ & arbitrium appellatur in *tit.C.arbitr.tutel.* quia quid & quantum in quaque re idoneus & diligens patersfamilias facere potuerit & debuerit tam incertum est ex temporũ, & negotiorum quæ occurrunt,aliarúmque circumstãtiarum varietate,vt nullis id certis regulis definiri possit,pendeátque necessariò ex arbitrio & æstimatione iudicantis, vt & cætera omnia quæ in facto magis quàm in iure consistunt *l.mora 32.in princip. De vsur.* & *l.1.§.1.vers.quorum alterutrum D.ad SC.Turpill.* & *l.ordine* 15.D.*ad municip.* Nec tantùm in tutoribus & curatoribus hoc obtinet,vt gestionis & administrationis suæ rationes reddere,ac dolum culpámque præstare debeant,sed in cæteris quoque omnibus alienorum negotiorum gestoribus,aut etiam communium, aut quæ ex causa & obligatione iam nata possint aliquo casu vel tempore ad alium pertinere. Huiusmodi sunt curatores omnes,siue adolescenti,siue ventri,siue bonis dati sint, siue prodigo aut furioso. Etsi namque inter istos differentia illa est,quod curatores adolescentis,furiosi & prodigi habent rerum administrationem,curatores autem bonorum ventrisque non nisi custodiam *l.inter* 38.*D.de admin.tutor.* tamen hi quoque necessitatem habent vendendi eas res, quæ per moram deteriores futuræ sint,vt ibidem Iurisc.scribit quo nomine rationes etiam conficere ac reddere tenentur. Huiusmodi sunt etiam negotiorum gestores *l.2.D.de negot.gest.* procuratores tam ãd lites,quàm ad negotia *l.qui proprio* 46.*§.procurator D.de procurat.* Orphanotrophi seu hospitalarij *Nouell.*131.*De eccles.titul. cap.vlt.* Heredes grauati fideicommisso *l.vlt.*C.*de iur.delib.* De quibus Bart. ad *l.cùm tale* 72.*§.Titius heredem* D.*de condic.& demonstr.* Item socij,fratres administrantes bona communia,Patres negotia filiorum gerentes,officiales publici, Argentarij,quæstores publici,& alij quos congessit Gothofr.ad *d.l.1.§.officio* D.*de tutel.& ration.distr.* vbi scriptum est consequenter superioribus officio tutoris.

l.inter 36. D.de admin. tutor.

l.2.D.de negot.gest.

l.1.§. officio D. de tutel. & rat.distr.

tit.C. arbitr. tutel.

toris incumbere vt actus sui rationes cõficiat & reddat. Quomodo enim posset reliqua soluere non redditis rationibus? Aut quomodo rationes reddere quas non priùs confeciſſet? Nam & inde est quod inuentarium facere cogitur, Alioqui contra eum iurari in litem potest *l.tutor qui repertorium 7. D.de adm. & peric tutor.* Neque enim nullo facto inuentario sciri posset quid & quantum illud esset, cuius rationem reddere tutor deberet.

ILLATIO LXIX.

De tutore præstante autoritatem pupillo ad donandum.

SExagesimononò ex eodem Principio fit, vt si tutor pupillo auctor fit ad donandum inter viuos non valeat donatio, quia non est prudentis & diligentis patrisfamilias donare, cùm donare sit perdere *l.filiusfamilias 7.D.de donat.* *d.l.1.§.sed etsi non mortis D.de tutel.& rat.distr.* vbi addit Vlpianus, plerumque quidem ita esse, sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor autor fit pupillo ad diminuendum, Veluti si matri aut sorori quæ aliter se tueri non possint, alimenta tutor præstiterit. Nam cùm bonæ fidei iudicium sit, Nemo feret, inquit, aut pupillum, aut substitutum eius quærentes, quòd tam coniunctæ personæ aliæ sint, Quinimò per contrarium putat posse cum tutore agi tutelæ, si tale officium prætermiserit. Ex quo intelligimus, non esse hoc casu necessarium prætoris decretum. Cur enim cogatur tutor implorare decretum prætoris in ea re, quam ex officio facere non solùm possit, sed etiam debeat, & quam nisi faciat sit eo nomine iudicio tutelæ, quod infamiam irrogat, condemnandus? Quod si ita est fatendum erit inepti esse interpretis verba illa quæ nos in referẽdo Vlpiano consulto prętermiſimus *decreto scilicet interueniente.* Nam & dictio illa *scilicet* ostendit manifestè hanc esse interpretationem, quam si quis adscribere nolit interpreti, eũ oportebit adscribere Vlpiano qui toto illo §.non tam suam quàm Iuliani sententiam refert, probátque. Iulianus enim proculdubio decreti interpositionẽ non requirebat, vt nec Labeo, quem idem Vlpianus refert in *d.l.1.§.prætereà.* Neque ratio iuris patitur, vt nos requiramus. Alioqui scribere debuerant Iulianus & Vlpianus condemnandum esse hunc tutorem officio tutelę, nõ quòd alimenta tam coniunctis personis non præstitisset, si ea sine decreto præstare etiam volens non potuisset, sed quod de iis præstandis decretum à prętore nõ impetrasset, quod tamen neque Iulianus, neque Vlpianus scribit. Illud planè non nego prudentius facturum tutorem, si prætorem adeat & postulet decretum, vel ob hoc ipsum ne quæstioni locum relinquat, An fuerit prætor adeundus. Qui l autem si tutor pupillo autor fuerit ad donandum causa mortis? Non eadem ratio semper impediet donationem, Siquidem is qui donat causa mortis non tam suum quàm futuri heredis patrimonium diminuit, cùm malit se habere quàm donatarium, hunc autem magis quàm heredem suum *l.1.l. Senatus 35.§.1.D.de donat.caus.mort.* Quia & huiusmodi donationes plerumque ita fiunt, vt dominium rei donatæ non transeat in donatarium nisi post mortem donatoris, Vnde est quod dicuntur capi ad instar legatorum *l.illud 37.eod.tit.l.vlt.C.eod.* id est transire ex iis dominium in donatarium sine traditione *l.2.D.de public.in rem act.* Sed tamen verum est, neque huiusmodi donationem à pupillo factã valere tametsi autoritas interuenerit tutoris, At alia

d.l. 1.§.sed etsi non mortis eod tit.l. filiusfamilias 7.D. de donat.

Emendatus Vlpianus.

d.l.1.§.prætereà de tutel. & rat. distr.

l.2.D.de public.in rem act.

Digitized by Google

ratione, quia ſicuti teſtamenti factio pupillis conceſſa non eſt, ita nec mortis cauſa donationes iis permittendæ ſunt, inquit Vlpianus ex Iuliano in *d.l.* 1. §. *De tutel. & ration. diſtr.* quia nimirum generaliter verum eſt non poſſe pupillum decedere cum vltima voluntate, donationes verò iſtas cauſa mortis cẽſeri iure vltimarum voluntatum *d.l. vl.* C. *de don. cau. mort. l. Marcellus* 15. *l. etſi debitor* 17. *D eod.* Nec obſtat quod vulgo ſolet obiici ex *l. tam is* 25. §. *vlt. eod. tit.* filiumfamilias poſſe mortis cauſa donare conſentiente patre cùm tamen non ſit in patris poteſtate, vt permittat ei factionem teſtamenti. Eſt enim locus ille intelligendus de donatione peculij profectitij quod licet ſit filij magis tamen eſt patris *l.* 3. §. *ergo D. de minor.* cuius peculij proinde donatio ſi qua fiat à filio patre conſentiente, ab ipſo patre facta intelligitur in caſum mortis filij *l. mortis cauſa filij* 11. D. *de mort. cauſ. donat.* & conſequenter cùm non tam filij quam ipſius patris vltima voluntas cenſeatur, non poteſt ratio illa vltimæ voluntatis facere quominùs permittenda ſit filiofamilias eiuſmodi donatio patre conſentiente, vt nos explicauimus pluribus in noſtris Decadibus. Quòd ſi ponas donationem cauſa mortis ſic factam eſſe à pupillo tutore autore, vt dominium ex ea fuerit ſtatim tranſlatum in donatarium, ſed ita tamen vt potuerit aliquo caſu reuerti ad donatorem (nam & hoc modo fieri donationem cauſa mortis poſſe conſtat) diſtinguendum erit meo iudicio, An potuerit reuocari donatio & res donata redire ad donatorem ex ſola pœnitẽtia donatoris, an verò ex alio caſu qui non pendeat à donatoris voluntate: Vt enim aliquo cãſu res poſſit redire ad donatorem neceſſe eſt, ne alioqui donatio potiùs inter viuos facta eſſe videatur *l. vbi ita donatur* 29. *D. de mort. cauſ. donat.* Priore caſu ferè eſt, vt nihil videatur donaſſe viuus pupillus, qui quod donauit reuocare quandocũque poſſit etiam ſi iam dominium tranſtulerit, non magis quàm qui teſtatus, aut fideicommiſſum in codicillis relinquit. Ideóque puto huiuſmodi donationem cauſa mortis à pupillo factam ſi tutor autoritatem præſtiterit, valere, quandoquidem nec diminuti patrimonij, nec vltimæ voluntatis pupillo non permiſſæ ratio irritam eam facit. Poſteriore autem caſu contrà eſſe, quia negari non poteſt quin diminutum ſit patrimonium ex quo res aliqua ſic alienata eſt, vt nõ poſſit redire ad donatorem ex ſola nudáque ipſius voluntate, ſed tantùm ex caſu qui vel fortuitus ſit, vel, quod parum diſtat, pendens ab alterius cuiuſlibet voluntate. Atque ita locum hunc, ſiue Iuliani, ſiue Vlpiani interpretandum eſſe arbitror.

d.l. 1. §. 1 *de tutel. & rat. diſtr.*

l tam is 25. §. *vlt. D. de mort. cauſ. donat.*

l. vbi ita donatur 29. *eod. tit.*

ILLATIO LXX.

De liberto contutore teſtamentario, cui contutores certam ſummam ſtatuerunt.

SEptuageſimò ex eodem Principio fit quod ſcriptum eſt in *d.l.* 1. §. *ſi pupillis De tutel. & ration. diſtr.* Si pupillis tutores pater dederit inter quos & libertum ſuum, pérque eum voluerit tutelam adminiſtrari, & contutores certam ſummã ei ſtatuerunt, quoniam aliter ſe exhibere non poterat, habendam eſſe rationem eius quod ſtatutum eſt, quia licèt nihil de eo teſtator dixerit, idipſum tamen voluiſſe credendus eſt tanquam in neceſſarium antecedens, hoc ipſo quod voluit tutelam ab eo adminiſtrari, quam ſcilicet adminiſtrare non potuit ſine alimentis, nec rurſus alimenta ſibi quærere niſi ex re pupilli dum

d.l. 1. §. *ſi pupillis D. de tutel. & rat. diſtr.*

dum rebus pupilli ex bona fide & diligenter administrandis totum se occupat. Ergo etsi ex inquisitione propter rei notitiam fuerit datus tutor, vt solent prætores cum ex inquisitione tutorem dare vel addere, qui maiorem rerum pupillarium notitiam habeat, eique alimēta statuerint cōtutores, debebit eorum quoque ratio haberi, quoniam, inquit Vlpianus iusta causa est præstandi, eáque relata ad pupilli vtilitatem cuius interest hunc quoque ad tutelam & administrationem admitti, nec defectu alimentorum excludi. Sed etsi seruis cibaria tutor præstiterit, aut libertis, scilicet rei pupillari necessariis dicendum est reputaturum, Idémque etsi liberis hominibus si tamen iusta præstandi causa intercedat. Item sumptus litis reputabit tutor, & viatica si fortè ex officio necesse habuit aliquò excurrere, vel proficisci, vt sequitur apud Vlpianum, Nēpe quoniam his in omnibus casibus nihil fit nisi ex bona fide quódque diligēs & prudens paterfamilias in re sua facere non debuerit. Nam & in persona procuratoris idem seruatur vt possit huiusmodi sumptus mandatori suo reputare, Nisi si salariarius fuit & conuenit, vt de suo eos sumptus faceret *l. idémque* 10. *§. idem Labeo* D. *man.* Denique quicquid fit in rebus pupilli ex necessitate ob ipsius vtilitatem, non nisi ex bona fide factum videri potest, Neque verò supradictis casibus decretum vllum tutori necessarium est, cui sufficit ratio sola æquitatis: Quod notatum volumus pro eorum confirmatione, quæ scripsimus illatione præcedente.

l. idémque 10. §. idem Labeo D. mandat.

ILLATIO LXXI.

De *tutore qui contutorem suspectum facere vel satis ab eo exigere supersedit.*

SEptuagesimoprimò ex eodem Principio fit, vt quamuis sæpissimè rescriptum sit, quādiu vel vnus ex tutoribus idoneus est, non posse ad magistratus qui eos dederunt veniri, Id tamen ita accipiendum sit, si non contutor ob hoc conueniatur, quod suspectum facere vel satis exigere noluit, vt interpretatur Vlpianus in *d. l.* 1. *§. vsque adeò* D. *de tutel. & ration. distr.* Nempe quia nihil perfidè facit contutor, neque contra pupilli vtilitatem etiamsi supersedeat suspectum facere contutorem, aut satis ab eo exigere, cùm sciat satis superque pupillo cautum esse quandiu magistratus idoneus est qui & talem contutorem dedit, & satis ab eo non exegit cùm deberet, Quod diuersum est, cùm omnes contutores ideò conueniuntur, quod pariter administrauerint, quo casu habet electionem pupillus quem ex iis in solidum conuenire velit *l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tutel.* & eo existente non soluendo quem elegerit, ad alios venire: Sed cùm omnes contutores administrarunt, quidem, sed non pariter, at separatim & pro sua quisque portione, licèt habeant illi beneficium diuisionis si singuli in solidum conueniantur, & omnes sint soluendo *l. si plures 38. D. de admin. tutor.* Si tamen quidam ex iis non sint soluendo deficiente iam auxilio & beneficio diuisionis, aliud auxilium contutori non supersest, qui pro aliena parte administrationis conuenitur, quàm vt dicat priùs conueniendos esse fideiussores si qui sint inopum contutorum, aut si fideiussores nulli sint, magistratus ipsos qui dederunt, nec acceptis fideiussoribus idoneis vtiliter pupillo cauerunt. Eáque contutorum postulatio iusta est, quia pupilli replicatio nulla esse potest, nisi quod contutoribus istis qui idonei sunt, imputandum

d. l. 1. §. vsque adeò D. de tutel. & ration. distr.

l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tutel.

l. si plures 38. D. de admin. tutor.

Digitized by Google

eſt,cur contutores inopes ſuſpectos non fecerint, aut ſatisdare non coegerint. Quæ tamen replicatio iniuſta eſt & nullius ponderis ob eam rationem quam attulimus,quod potuerint meritò contutores iſti exiſtimare non periclitari pupillum quandiu magiſtratus eſſet idoneus. Optimum igitur pro magiſtratibus & notandum conſilium eſt, ne in ſubſidium niſi poſtremo loco & poſt contutores conueniri poſſint,vt contutores omnes obligent pupillo in ſolidum tanquam mutua fideiuſſione obſtrictos. Ita enim fit vt ſemper omnes conueniendi ſint ante magiſtratus,quia perpetuum eſt,vt fideiuſſores tutorum priore loco cõueniantur:quemadmodũ Vlp.tractat in *d.§.vſque adeo.* Sed etſi tutores omnes idonei fuerunt quo tempore magiſtratus eos dedit,poſtea verò quidam ex iis medio tempore ſoluendo eſſe deſierunt tenebuntur eo nomine contutores ante magiſtratus,quia non tam imputari poteſt magiſtratibus qui idoneos dederunt quàm contutoribus qui cum iis ſuo tempore non egerunt *l.ſi tutor 9.§.& generaliter in fin.D.de tutel.& rat.diſtr.*

d.l.1. § vſque adeò De tutel.& rat. diſtr.

l.ſi tutor9.§. & generaliter eod.

ILLATIO LXXII.

De tutelæ actione heredi & contra heredem tutoris danda.

SEptuageſimoſecundò ex eodem Principio fit,vt actio tutelæ & heredi pupilli & cõtra heredem tutoris cõpetat *d.l.1.§.hanc actionẽ eo.tit.* Cùm enim ex eo naſcatur,quod tutor in re pupilli non præſtiterit ex bona fide diligentiã illam,quam prudens & diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtitiſſet, appareret eſſe illam rei perſecutoriam,ſcilicet eius quod ex tutoris,ſiue perfidia, ſiue negligentia pupillo abeſt, Quæ autem actiones ſunt rei perſecutoriæ eas certum eſt & heredibus & contra heredes dari *l.in honorariis 35.D.de oblig.& act. l.ſi pupillus 7.in princip.D.de tutel.& ration.diſtr.l.3.4.& tot.tit.C.de hered.tutor.* In cõque nimirum differt actio tutelæ ab alia actione quæ pupillo contra tutorem competit in duplum ex lege duodecim tabularum,quæ Rationibus diſtrahendis appellatur, & de qua Tryphoninus in *l.tres tutores 55.§.1.D.de admin.tutor.* & Vlp.in *l.1.§.rationibus D.de tutel.& ration.diſtr.* Hæc enim cùm ſit pœnalis,quia datur in duplum exemplo actionis furti,adeóque cum actione furti,*d.l.1.§.in tutela verſ.hunc tamẽ*,datur quidem heredi ſimilibúſque perſonis,hoc eſt bonorum poſſeſſori aliſque iuris ſucceſſoribus,ſed non in heredem cæteróſque ſucceſſores *d.l.1.§.penult.* quamuis nõ tota dupli pœna ſit,ſed in duplo ſimplum quoque contineatur *l.2.in fin.eod.tit.* Sufficit enim quod aliqua ex parte ſit pœnalis actio,vt non detur in heredem *l.1.D. de priuat.delict. l.conſtitutionibus 33.D.de oblig.& action.* præſertim cùm per actionem tutelæ,vt modò diximus,pupilli heredibus conſuli poſſit.

De actione Rationibus diſtrahendis.

d.l.1.§.in tutela verſ. hunc tamẽ. l.2.eod.

l.1.D. de priuat. delict. l. cõſtitutionibus 33. de obligat. & act.

ILLATIO LXXIII.

De pluribus actionibus contra tutorem competentibus,& de actione Rationibus diſtrahendis.

SEptuageſimotertiò ex eodem Principio fit,vt quemadmodum variæ ſunt cauſæ, ex quibus arguitur tutor non feciſſe in rebus pupilli ex bona fide id quod bonus & diligens paterfamilias in rebus ſuis feciſſet, ita variæ multúmque diuerſæ actiones contra tutorem ſint proditæ. Quid enim ſi tutor non ſolùm

solùm negligentes, sed etiam perfidè in tutela versatus sit, fortè pecuniam aut rem aliam quamlibet pupillarem interceperit. Poterat quidem in hoc quoque casu sufficere actio tutelæ, sed tamen placuit aliam quoque actionem eo nomine contra tutorem dandam esse, quæ Distrahendis rationibus appellatur, Quæ licèt inducta sit ex lege duodecim tabularum *l. tres tutores* 55. *§.1. D. de admin. & peric. tutor.* ob idque contra legitimos potissimùm tutores pertinere videatur, tamen ad testamentarios quoque & datiuos pertinet, vt aduersus omnes exerceri possit qui iure tutores sunt & tutelam gerunt *d.l.1.§. rationibus De tutel. & rat. distr.* Tutor enim administrationem quidem rerum pupillarium habet, at intercipiendi potestatem non habet, & ideò si quid furandi animo amouerit furtum facit nec vsucapi res potest *l. tutor* 33. D. *de furt.* vbi addit Vlpianus sed & furti actione teneri hunc tutorem qui rem pupillarem intercepit, quamuis & tutelæ cum eo agi possit, Idémque & in curatore adolescentis, & in cæteris omnibus curatoribus iuris esse. Quod ipsum tamen idem Vlp. explicat latiùs & elegantiùs in *d.l.1.§. in tutela De tut. & rat. distr. In tutela*, inquit *ex vna obligatione duas esse actiones constat, Nimirum tutelæ & Rationibus distrahendis, Et ideò siue tutela actum fuerit Rationibus distrahendis agi non potest. siue contrà, tutelæ actio quod ad speciem istam peremptæ est*: Nam & vtraque competit eodem tempore Neutra scilicet, nisi finita demùm tutela *d.l.1.§. vlt.* iunct. *l. nisi finita 4. eod.* Hunc tamen, inquit Vlpianus, tutorem qui pupillarem pecuniam intercepit, furti quoque teneri Papinianus ait qui etsi furti tenetur, hac actione conuentus furti actione non liberatur, Nec enim eadē est obligatio furti & tutelę, vt quis dicat plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes, Nam & tutelæ & furti obligatur. Quod tamen non ita est accipiendum quasi pupillus vna actione consecutus indemnitatem, nihilominùs aliam quoque actionem exercere possit, sed vt vnius electione alia non tollatur, quod euenire solet in iis actionibus quæ ex vna eadémque obligatione plures nascuntur. *l. plura delicta* 53. *De oblig. & action.* Puta in actionibus Tutelæ, & Rationibus distrahendis, quarum vna electa, etiāsi actum duntaxat, nec adhuc exactum quicquam proponatur, altera tollitur. Ergo si pupillus egerit tutelæ, aut rationibus distrahendis, furti tamē adhuc agere potest, itémque condictione furtiua quæ perinde competit cōtra furem atque actio furti *d.l.2.§.1. De tutel. & rat. distr.* vbi Paulus addit si per condictionem ex causa furtiua pupillus consecutus sit quod fuit ablatum, tolli hoc iudicium De rationibus distrahendis quia nihil absit pupillo. Cui non dissimiliter Tryphoninus in *d.l. tres tutores §.1. Nemo*, inquit, *dicet vnum tutorem & duplū hac actione præstare, & quasi specie condictionis aut ipsam rem aut eius æstimationem.* Nec enim tot actiones comparatæ sunt odio tutoris malè in tutela versantis quomodo in cæteris furibus dicimus tot actiones non solùm diuersas, sed etiam contrarias quales sunt vindicatio & condictio, solo furum odio inductas esse *§. sic itaque Instit. de action.* sed tantùm fauore pupilli ne quid ei absit, & vt ipsius indemnitati consulatur. Ac præterea tutor qui rem pupillarem furatur, & intercipit non tam inuito domino rem alienam videtur contrectare quàm perfidè agere vt ibidem lex ait. Ex qua differentiæ ratione illa etiam differentia nascitur, quam ponit Tryphoninus in *d.l. tutores §.1.* quod in cæteris eiusdē rei furibus pluribus si dominus duplum ab vno ipsorum consecutus sit per actionem furti, non est propterea cæteris pœnæ deprecatio. Si verò plures sint

d.l. tres tutores 55. *§ 1. D. de adm. tut.*

d.l.1.§. rationibus D. de tutel. & rat. distr.

l. tutor 33. *D. de furt.*

d.l.1.§. in tutela.

d.l.1.§. vlt. iunct. l. nisi finita 4. eo.

l. plura delicta 53. *De oblig. & act.*

d.l.2.§.1. De tutel. & rat. distr.

§ sic itaque inst. de act.

d.l. tres tutores §.1.

Digitized by Google

eiuſdem impuberis tutores qui rem aliquam pupillarem ſimul furati ſint, in eáque intercipienda conſenſerint, vno ex iis duplum præſtante cæteri liberantur quia nihil poteſt videri abeſſe pupillo, qui non modò ſimplum, ſed & duplum conſecutus fuit in quo etiam ſimplum continetur. Neque hoc caſu locũ habet regula illa iuris quæ vult, Numquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes aliam per aliam conſumi *l. numquam* 60. iunct. *l. cùm ex vno* 31. *& l. qui ſeruum* 33. *D. de oblig. & action.* Etſi autem duplex illa actio & Tutelæ & Rationibus diſtrahendis competit contra tutorem, & vtraque eodem tẽpore, non tamen eodem caſu vt nec eodem modo. Nam tutelæ actio generalior eſt & competit omni caſu, & ad id omne quod pupillo abeſt, Rationibus verò diſtrahendis ſpecialior, nec niſi contra eum tutorem qui etiam fur ſit, nec tantum ad id quod pupillo abeſt, ſed etiam in duplum, non tamen totius eius quod abeſt pupillo, ſed æſtimationis rei interceptæ *d. l. t. §. conſiderandum D. de tutel. & rat. diſtr.* quod & in actione furti obſeruatur *l. in furti* 50. *D. de furt.* Videtur autem dicta actio Rationibus diſtrahendis ex eo fortaſſis quòd ſicut boni tutoris eſt rationes pupillares cõtrahere, & componere, ita perfidi diſtrahere quia quod intercipitur à tutore in rationes pupilli contrahi numquam poteſt.

l. numquam 60. l. cùm ex vno 31. l. qui ſeruum 33. de oblig. & act.

d. l. 2. §. conſiderandum D. de tutel. & rat. diſtr. l. in furti 50. D. de furt.

ILLATIO LXXIV.

De tutore qui rem ſibi à patre pupilli depoſitam vel commodatam non reddit.

SEptuageſimoquartò ex eodem Principio fit, vt tutor rem ſibi depoſitam à patre pupilli vel commodatam non reddat, non tantùm commodati vel depoſiti, ſed etiam tutelæ teneatur *l. ſi tutor* 9. *D. eo. de tutel. & ration. diſtr.* quia licèt depoſiti, vel commodati tempore nondum hic tutor eſſet, vt eo tempore potuerit tutelæ actione obligari, poſtea tamen tutor factus cœpit obligari ex quo tempore potuit, & debuit ille à ſeipſo rem illam repetere, ſi in re pupilli voluiſſet ex bona fide præſtare id quod bonus & diligens paterfamilias in re ſua facere ac præſtare debuiſſet *l. quoties* 9. *§. ſicut D. de admin. tutor.* Addit Vlpianus in *d. l. ſi tutor.* Si acceperit pecuniam tutor vt rem ſibi cõmodatam vel penes ſe depoſitam reddat, eam pecuniam vel depoſiti vel commodati actione repeti poſſe vel etiam condici condictione ſcilicet ob turpẽ cauſam. Quod habet rationem, inquit, cùm pecunia iſta turpiter accepta ſit *l. 2. §. 1. D. de cond. ob turp. cauſ.* quamuis res depoſita reddita ſit incorrupta & citra moram *l. vlt. D. depoſit.*

d. l. ſi tutor 9. D. de tut. & rat. diſt.

l. 2. §. 1. de condict. ob turp. cauſ. l. vl. D. depoſ.

ILLATIO LXXV.

De actionibus competentibus, ſed non dandis pupillo dum tutor tutelam gerit.

SEptuageſimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis cæteræ actiones præterquàm tutelæ aduerſus tutores competant etſi adhuc tutelam adminiſtrant, veluti furti, damni iniuriæ condictio, non tamen pupillo dentur dum tutor tutelam gerit: Quamuis enim morte tutoris intereant ob idque periculoſum videatur expectare finem tutelæ, cùm non ſolùm pubertate, ſed etiam morte tutoris æquè ac pupilli tutela finiatur. *l. niſi finita 4. in pr. De tutel. & rat. diſtr.* Pupillus tamen cũ herede tutoris actionẽ habiturus eſt, quia ſibi ſoluere tutor

l. niſi finita 4. de tut. & rat. diſtr.

Digitized by Google

tutor debuit,vt Paulus ait in *l.sed non dátur* 10.iunct.*§.vl.l.prec.eo.tit.*Nõ enim fecit tutor in re pupilli quod in sua bonus & diligens paterfamilias feciſſet, ſi ſibi non ſoluerit: Ex quo intelligimus actionem iſtam quam dari vult Paulus in heredem tutoris,non eſſe aliquam exiis actionibus, quas prius dixit morte tutoris interire ſed nouam actionem tutelæ,quæ contra tutorem ipſum quandiu vixit & tutor fuit competere non potuerat, quia nec competit niſi finita demum tutela vt ſæpius ſuprà diximus ex *d.l.niſi finita & d.l.ſi tutor 9. in princ.* Apparet etiam ex eo Pauli reſponſo condictionem furtiuam non minus quã furti actionem morte iuris interire,quod nos pluribus contra Iacobum Cuiacium diſputauimus *lib.4.Coniect.cap.1.*

l.ſed non dãtur 10.& §. vlt.leg.prec.

d.l.ſi tutor 9.in princip.

ILLATIO LXXVI.

De tutore qui poſt pubertatem pupilli negotia adminiſtrauit.

SEptuageſimoſexto ex eodem Principio fit,vt ſi tutor poſt pubertatem pupilli negotia adminiſtrauerit in iudicium tutelæ veniant etiam ea ſine quibus adminiſtratio tutelæ expediri non poteſt *l.ſi tutor 13.eod.tit. De tutel.& ration. diſtr.* quia non aliter poteſt videri tutor boni & diligẽtis patrisfamilias in re pupillari munus impleuiſſe, quàm ſi omnia perfecerit quæ tutelæ tempore inchoauit. Et vt in eadem lege ſubiungit Vlpianus,generaliter verum eſt ea quæ connexa ſunt in tutelæ iudicium venire ſiue connexa ſint tempore, ſiue cauſa: vt iam alio loco explicauimus ex *l.tutor 11.C.arbitr. tutel.* Nullum enim alienæ diligentiæ locum relinquit tutor qui etiam poſt pubertatem perſeuerat in cõnexa tutelæ adminiſtratione,cùm alioquin ſi periculum exuere vellet, curare deberet vt curatores puberi darentur,aut ſaltem admonere puberem vt peteret ſibi curatores ad hoc vt cum tutela officium quoque & periculum tutelæ finiretur *l.ita autem 5.§.ſi tutor pupillum l.à tutoribus 37.§.1.D.de admin.& peric.tutor.* Itaque quod ſequitur in *d.l.ſi tutor.* Eum qui poſt pubertatem pupilli fundos eius vendiderit,aut mancipia & prædia comparauerit neque venditionis huiuſmodi,neque emptionis rationem tutelæ iudicio reddere debere, tũc obtinet cùm tutor poſt pubertatem non perſeuerauerit in connexa adminiſtratione tutelæ,ſed eam tempore aliquo vel breuiſſimo intermiſit, Quo caſu etiamſi poſtea gerere cœperit,negotiorum tamen geſtorum eo nomine non tutelæ conueniendus eſt *l.ſi poſt pubertatem 14.eod.* Et ſanè adminiſtratio tutelæ vniuerſalis eſt & vniuerſorum bonorum non rei certæ *l.certarum 12.cum duab. ſeqq.D.de teſtam.tutel.* Cùm ergo Vlpianus de eo tutore loquitur qui poſt pubertatem aliquid vendit ex rebus pupilli quondam ſui, vel aliquid ei comparat,hoc ipſo ſatis oſtendit tractare ſe de eo tutore qui non perſeueret in connexa reliqua adminiſtratione. Qui enim cætera omnia faceret, cur non hoc quoque tutoris iure facere poſſet? & quemadmodum pro reliqua adminiſtratione quidni & pro huiuſmodi ſiue emptione ſiue venditione tutelæ iudicio conueniri poſſet? Idque apertiùs exprimit Vlpianus cùm ſubiungit ſi cœperit tutor adminiſtrare negotia poſt tutelam finitam deuolui iudicium tutelæ in actionem negotiorum geſtorum, propterea quòd oportuerit eum à ſeipſo exigere tutelam. Quomodo enim poſſet tutor poſt pubertatem incipere pupilli negotia adminiſtrare qui in connexa adminiſtratione perſeueraſſet? Et verò ſi in perſona quoque eius qui aliena negotia adminiſtrat:

l.ſi tutor 13. eod.tit.

l.tutorem 11.C. arbitr. tut.

l.ita autem 5.§.ſi pater pupillum l. à tutoribus 37.§.1. D.de admin. & peric. tutor.

l.ſi poſt pubertatem 14. De tut. & rat.diſtr.

& quædam gessit, quædam non gessit, dicimus tamen eum teneri etiam pro iis quæ non gessit, si modò contemplatione eius alius ad hæc negotia non accessit, & vir alius diligens ea gesturus fuit *l. si pupilli 6. §. videamus De negot. gest. l. in commodato 17. §. sicut autem D. commod.* quantò magis tenebitur tutelæ is qui post pubertatem perseuerauit in connexa administratione, nec alii vlli administraturo locum reliquit? Planè de iis quæ post intermissam tutelæ administrationem gerere cœpit, non potest fieri vt tutelæ actione teneatur, cùm non solum tutela finita sit per pubertatem, sed etiam officium tutelæ per intermissionem, nouáque administratio sit nihil cum tutelæ munere commune habens ea quæ inchoata est post pubertatem, Nisi fortè habuerit causam connexam cũ his quæ cœperat tutor gerere ante pubertatẽ. Nã etsi nõ tutor ipse, sed heres tutoris executus esset quæ tutor inchoauerat, tutelæ etiam eo nomine teneretur *l. si tutoris 60. D. de adm. & peric. tut. l. 1. D. de fideiuss tut.* itémque si post tutoris mortem heres ipsius in connexa tutelę administratione perseuerauerit *l. 4. eod.* Quantò magis igitur eadem omnia in ipsius tutoris persona erunt recipienda si post pubertatem administrauerit? Nec enim minùs finitur tutela morte tutoris, quàm pubertate impuberis *d. l. nisi finita 4. De tutel. & ration. distr.* Extra hos casus agendum est actione negotiorum gestorum pro gestis post pubertatem *d. l. si tutor.* Ideóque ait Caius in *d. l. si post pubertatem*, Si post pubertatem aliquo tempore licèt breuissimo tutor intermiserit administrationem, deinde cœperit gerere, sine vlla dubitatione tam tutelæ quàm negotiorum gestorum iudicio cum eo agendum esse. Vtraque nimirum actione pro eo tempore quod secutum est pubertatem, sed actione quidem tutelæ pro eo tempore quod præcessit intermissionem, negotiorum verò gestorum pro eo quod secutum fuit: quoniam finita semel & intermissa tutela, repeti postea vel redintegrari non potest. Sed & illud verum est, quoties tutor post tutelam finitam cœpit rursum negotia puberis administrare siue in connexa administratione per aliquod tempus perseuerauerit, siue à primo pubertatis die administrationem interuiserit, deuolui actionem tutelæ in actionem negotiorum gestorum. Ratione illa, quam adfert Vlpianus in *d. l. si tutor*, quod debuerit ille à semetipso tutelam exigere. Siquidem nulla actione quisquam indiget vt quod ipse debet exigat à seipso *d. l. si pupilli 6. §. videamus De negot. gest. d. l. quoties 9. §. & generaliter* D. *de admin. tutor.* Id tamen ita accipiendum est vt si ex hac causa negotiorum gestorum adultus agat benè agat, non etiam vt prohibeatur agere tutelæ si fortè id sibi vtilius esse putet, Quod plerumque ita est, propter contutores, fideiussores & magistratus qui præstare debent Rẽ pupilli saluam fore, quíque alia quàm tutelæ actione proposita non tenerentur. *d. l. quoties §. si paterfamilias in fin.* Nec enim culpa eius cui imputamus cur tutelam à seipso non exegerit, ipsi aut ipsius contutoribus vel fideiussoribus lucrosa, pupillo autem damnosa esse debet. Eodémque modo accipio quod sequitur apud Vlpianum in *d. l. si tutor in fin.* Si quis cùm tutelam administrasset idem curator adolescenti fuerit datus æquè negotiorum gestorum actione conueniri eum posse id est ita tamen vt neque ipse, neque fideiussores ipsius à tutelæ actione liberentur, sed hoc amplius negotiorum gestorum iudicio teneantur.

l. si pupilli 6. §. videamus D. de negot. gest. l. incõmodato 17. § sicut D. commod.

l. si tutoris 60. D. de admin. & peric. tutor. l. 1. D. de fid. tut. l. 4. eod. d. l. nisi finita 4. D. de tutel. & rat. distr.

d. l. quoties §. si paterfamilias in fi.

d. l. si tutor in fin.

ILL.

ILLATIO LXXVII.

De transactione facta per vnum ex tutoribus de dolo communi.

SEptuagesimoseptimò ex eodē Principio fit, vt si ex duobus tutoribus cum altero quis transegerit, quamuis ob dolum communem, transactio tamen nihil prosit alteri *l. si ex duobus* 15. *D. de tutel. & ration. distr.* vbi rationem Vlpianus reddit *nec immeritò*, inquit, *cum proprij delicti pœnam quisque sufferat.* Cùm enim quilibet eorum tutelæ iudicio teneatur ob id quod in re pupilli non sit versatus eo modo quo diligens & bonus paterfamilias ex fide bona in re sua versari debuisset, at improbè & perfidè, nihil causæ est cur post transactionem cum vno factam adhuc non possit conueniri de proprio dolo is cum quo transactum non fuit. Quòd si conuentus alter præstiterit, inquit Vlpianus, proficiet id quod præstitit ei, qui conuentus non est. Licèt enim doli ambo rei sint tamen sufficit vnum satisfacere, Vt dici solet in duobus quibus res est commodata, vel deposita, vel quibus mandatum est. Omnes enim hæ actiones cum rei persecutoriæ sint non pœnales eatenus duntaxat competere possunt quatenus actori abest, Tam autem verum est nihil abesse pupillo cui ab vno ex tutoribus satisfactum est, quàm si ab vtroque satisfactum esset, Denique nusquam fauendum est pupillo cui nihil abest, quique agendo tutelę magis de præda quàm de damno sollicitus est *l. 2. eod. tit. l. si minoris* 25. *in fin. D. de admin. tutor.* Cæterùm non electione vnius, sed solutione demum aut alia satisfactione alter qui conuentus non est liberabitur *l. 1. §. si apud duos* 13. *D. depos.* quia nimirum sola electio non facit vt nihil absit pupillo, quod vnum inspiciendum est.

l. si ex duobus 15. *D. eod. de tut. & rat. dist.*

l. 2. eod. tit. l. si minoris 25. *in fin. D. de admin. tut. l. 1. §. si apud duos D. depos.*

ILLATIO LXXVIII.

De pupillo petente subministrari sibi pecuniam à tutore quæ nondum constet debere.

SEptuagesimooctauò ex eodem Principio fit, quod ab Imperatoribus Seuero & Antonino rescriptum fuisse refert Vlpianus in *l. Imperatores* 17. *D. de tutel. & ration. distr.* Cùm hoc ipsum quæritur An aliquid pupillo vel adulto à tutoribus vel curatoribus debeatur, non esse iustam postulationem pupilli vel adulti si velint sibi ab illis pecuniam in sumptum litis subministrari, Nempe qui a cùm nihil possit tutor vel curator debere ex causa tutelę vel curationis nisi vel perfidè vel saltem negligenter in re pupilli vel adulti versatus sit, nulla ratio est cur in dubio quicquam perfidè vel negligenter à tutore vel curatore factum esse suspicari ac præsumere debeamus. Quæ etiam ratio esse videtur eius quod à Marcello scriptum est in *l. tutor* 28. *§. 1. & l. seq. D. de adm. & peric. tutor.* Eum per quem non steterit quominùs conuentus restitueret tutelam ad præstationem vsurarum compelli non debere, multóque minùs heredem tutoris: quòd per iniquum sit eum cui forte post viginti annos in mentem venerit tutelam reposcere, etiam vsuras postulare. Quod tamen procul dubio iniquum non esset si tutor in dubio debitor præsumeretur. Posset enim ipsi imputari cur non vltrò tutelam id est reddendæ tutelę rationes obtulisset, quemadmodum ei qui certam pecuniam debet, nec eius vsuras præstare vult, imputamus cur eam non obtulerit, Adeò vt nec ei sufficiat obtulisse nisi & depo-

l. Imperatores 17. *D. de tutel. & ration. distr.*

l. tutor 28. *§. 1. & l. seq. D. de adm. tutor.*

fuerit obſignatam tuto in loco ſicuti ad Marcellum Vlpianus notat in *d. l. tutor in fin.*

ILLATIO LXXIX.

De *pupillo qui abſtentus à tutore poſtea cum eo tranſegit.*

SEptuageſimononò ex eodem Principio fit, vt qui à tutoribus ſuis perperam abſtentus eſt ab hereditate paterna ſi eo nomine cum tutoribus ſuis tranſigat, & ab iis aliquid accipiat, non ob id magis à creditoribus hereditariis conueniri poſſit, quaſi hoc ipſo hereditati paternæ, quod facere potuit ſe immiſcuerit. Non tam enim ex hereditatis, quàm ex tutelæ cauſa & contraxiſſe, & pecuniam accepiſſe credendus eſt, neque tam de hereditate quàm de culpa tutorum tranſegiſſe *l. eum qui bonis* 4. *C. arbitr. tutel.* vbi ratio redditur *nihil quippe in ea actione* ſcilicet tutelæ *niſi quæ ex officio geſta ſunt, vel geri debuerunt, veniet. ſed culpa ſolummodò quantique eius interfuit non fuiſſe abſtentum, æſtimabitur.* Ita enim legem illam legendam eſſe arbitror. In hoc tamen caſu, id eſt cùm per culpam tutoris pupillus ab hereditate paterna perperam abſtentus eſt, Non tantùm pupillo contra tutorem actio tutelæ competit in id omne quod intereſt pupilli, non fuiſſe abſtentum, ſed etiam creditoribus hereditariis ſi quid fortè tutor vt fieri ſolet ex bonis illis paternis ante abſtentionem adminiſtrauerit *l. cùm tutor* 18. *D. de tutel. & rat. diſtr.* vbi Papinianus actionem hanc vtilẽ vocat reſpectu creditorũ hereditariorũ cũ quibus nimirũ tutor neque contraxit, neq; quaſi cõtraxit, Et ait diuidi eã deberè inter pupillũ & creditores, patris, Non ex æquis partibus vt dimidiã actionis partẽ habeat pupillus, dimidiam aliam creditores, Sed vt quod rationi bonorum per tutorem adminiſtratorum deerit, creditoribus reddatur: quod autem dolo vel culpa tutoris in officio pupilli perperam abſtenti contractum eſt, puero relinquatur: Cum hac tamen differentia, quòd ex qua parte competit, pupillo, non poteſt exerceri niſi poſtquàm pupillus ad pubertatem peruenerit, vt nec aliis caſibus *d. l. niſi finita* 4. *eod. tit.* (niſi fortè ponderes alio modo quàm pubertate finitum eſſe tutelam *dict. l.* 4. *l. ſi tutor* 9. *eod.*) Quæ verò creditoribus competit ea confeſtim datur *dict. l. cùm tutor.* Competit quidem vtraque eodem tempore ex die ſcilicet malæ adminiſtrationis, Veteres enim prudentes tutorem, qui tutelam gerit in ſingulas res per tempora prout gerit velut ex pluribus cauſis obligari putauerunt, *l. tutorem* 37. *in princip. D. de adminiſtr. tutor.* Atqui quo tempore obligatur eodem ipſo inſtanti incipit actio competere, quippe quæ ipſo iure naſcitur ex obligatione *l. licèt* 43. *§. ea obligatio De procurator.* At non poteſt vtraque eodem tempore exerceri, Adeóque quod magis mirari quis poſſit priùs incipit poſſe exerceri vtilis actio tutelæ quæ creditoribus competit quã directa quæ pupillo. In creditoribus enim ratio nulla eſt cur debeat differri, cùm præſentem ipſis cámque vnicam vtilitatem ſit allatura. Proinde ipſorum potiùs intereſt vt quàm primùm fieri poteſt ab iis exerceatur, Vel ob hoc etiam ne mora & tractu temporis fiat deterior, ſi fortè tutor deſinat eſſe idoneus fiátque non ſoluendo. Nec enim fœnare poſſunt actionem vllam ſiue directam ſiue vtilem in fideiuſſores qui rem pupilli ſaluam fore promiſerunt, cùm non interuenerint niſi in rem & vtilitatem pupilli. Sed in pupillo aliud eſt.

l. eum qui bonis 4 C. arbitr. tut.

d. l. cùm tutor 18. D. de tut. & rat. diſtr.

d. l. niſi finita 4. l. ſi tutor 9. eod.

l. tutorem 37. in princ. D. de admin. tutor.

Digitized by Google

est. Ipsius náque vtilitas exigit ne priùs tutelæ actionem exercere possit, quàm finita sit tutela, Ne alioqui si prius agat cõsumat totam eam actionem, nec pro cæteris postea administratis tutelæ agere amplius possit. Vnica siquidem est actio tutelæ, nec quemadmodum tot sunt obligationes quot gestiones, ita etiam plures sunt actiones quia nec necesse fuit aut vtile pupillo plures in eam rem actiones comparari, ne pluribus iudiciis aut litibus distringeretur, cùm posset vna sufficere. Porrò ex iuris ratione ita cõparatum est, vt actio quælibet vbi semel in iudicium deducta est hoc ipso consumatur & extinguatur, Nempe per nouationem quam litis contestatio inducit *l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. aliam 29. D. de nouat.* Ex quo illud quoque euenire necesse est vt postea proponi numquam possit, quia neque exerceri potest actio quæ nulla est, nec ea quæ semel extincta fuit reuiuiscere *l. qui res 98. §. ream De solut.* Optima igitur ratione constitutum est vt non nisi post tutelam finitam pupillus agere tutelæ possit, At neque ex stipulatione si qua interuenerit etiam animo nouandæ actionis tutelæ, quia eandem naturam induit quam haberet actio tutelæ *d. l. aliam*. Proinde consumeretur damno pupilli & incommodo maximo si ante finitam tutelam exerceretur. Idque est quod Vlpianus scribit in *l. si cum adhuc 16. De tutel. & rat. distr.* Cum eo qui adhuc tutor sit vel cum eius fideiussoribus sicut tutelæ agi non potest ita neque ex stipulatu agi posse, sed propter eandem vtilitatem pupilli hanc quoque actionem differendam esse in tempus pubertatis vel alio modo finitæ tutelæ.

Cur actio extinguatur quæ semel in iudicium deducta est.

l. aliam 29. D. denouat.

l. si cum adhuc 16. D. de tut. & rat. distr.

ILLATIO LXXX.

De tutore qui in pupillum plus impendit, quàm sit in facultatibus.

OCtuagesimò ex eodem Principio fit, vt si tutor in pupillum plus impenderit quàm sit in pupilli facultatibus, non aliter possit hoc consequi quàm si expediat pupillo tutelam ita administrari *l. 3. in princip. D. de contr. tutel. & vtil. act.* vbi rationem elegantem Vlpianus reddit, quia non in hoc administrantur tutelæ vt pupilli mergantur. Nempe quoniam qui sic administraret, non faceret id quod esset ex fide bona, neque quod bonus & diligens paterfamilias in re sua facturus esset. Iudex igitur qui de actione tutelæ siue directa, siue contraria cognoscet, vtilitatem pupilli spectabit, & an ex officio tutor sumptus fecerit, vt ibidem Vlpianus concludit.

l. 3. in princ. D. de contr. tutel. & vtil. act.

ILLATIO LXXXI.

De tutore cuius bona administratio euentum aduersum habuit.

OCtuagesimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Vlp. scribit in *d. l. 3. §. sufficit*, sufficere tutori bene & diligenter negotia gessisse, etsi euentum aduersum habuit, quod gestum est. Benè siquidem officio suo functus est tutor, qui in re pupilli præstitit quod bonus & diligens paterfamilias in re sua præstitisset: nec aliud quicquam maius est quod exigi ab eo possit: Sic dicimus eum qui negotia aliena gessit habere actionem negotiorum

d. l. 3. §. sufficit.

Digitized by Google

gestorum non solùm si effectum habuit negotium quod gessit, sed etsi effectū non habuerit dummodò vtiliter sit gestum, vt puta si insulam tulerit, vel seruum ægrum curauerit, etiamsi postea insula exulta sit vel seruus obierit, aget nihilominùs negotiorum gestorum, vt pluribus tractat idem Vlpianus in *l. sed an vltrò* 10. §. 1. D. *de negot. gest. l. seruus* 17. *in princip. D. de in rem vers.* Idemque in actione mandati iuris est *l. qui mutuam* 56. §. *vlt. D. mandat. l. etiamsi* 4. *C. eod.*

l. sed an vltro 10. §. 1. D. de negot. gest. l. seruus 17 in princ. D de in rem vers. l. qui mutuam 6. §. vltim. D. mandat l. etiamsi 4. C. eod. l. penult. D. de eo qui pro tutor.

ILLATIO LXXXII.

De *eo qui pro tutore negotia gerit.*

OCtuagesimosecundò ex eodem Principio fit, vt is quoque qui pro tutore negotia gerit licèt verè tutor non sit eandem nihilominùs fidem & diligentiam in rebus pupilli præstare debeat, quam tutor verus præstaret *l. pen. D. de eo qui pro tutor.* id est quā bonus & diligens quilibet paterfamilias in rebus suis ex bona fide præstare deberet. Quid enim aliud est pro tutore gerere, quàm sic omnia gerere quasi tutor esset? Etsi cùm in aliis plerisque tutor & protutor differunt, tum in eo maximè quod protutor nullam habet rerum pupillarium administrationem cùm tutor re vera non sit *l. 2. eod.* Sed non debet ea res facere meliorem ipsius conditionem, imò potiùs deteriorem, Nisi in hoc vno quod si omnino non attigerit tutelam non tenebitur, Neque enim attingere debuit qui tutor non fuit *l. 1. §. vlt. eod.* quod in vero tutore diuersum est, cui nihil magis imputari potest quàm si cessaret in administranda tutela ex quo sciuit se tutorem esse *l. pro officio* 20. *C. de admin. tutor. l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser.* Quod si quædam gesserit etiam eorum nomine quæ non gesserit tenebitur, sed ita demum si vel alius gesturus fuit qui huius contemplatione non accessit ad gestionem, vel cognito quod tutor non fuit abstinuit se ab administratione nec pupilli necessarios certiorauit vt peterent ei tutorem. *d. §. vlt.* Nam & in alio quolibet patrefamilias aliena negotia tractante idē obseruaretur *l. si pupilli* 6. §. *fin. D. de negot. gest.* Nimirum si potuisset necessarios pupilli certiorare & admonere nec fecerit. Hoc enim addendum est secundum distinctionem Labeonis ab Vlpiano relatam & probatam in *l. item quæritur* 13. §. *exercitu* D. *locat.* Eadem ratio facit vt in protutelæ quoque iudicio vsuræ veniant sicut in iudicio tutelæ *d. l. 1. §. in protutela De eo, qui pro tutor.* quia nec bonus quisquam & diligens paterfamilias pecuniam suam ociosam & sterilem esse pateretur.

l. 2. eod.

l. 1. §. vlt. eo.

l. pro officio 20. C. de admin. tutor. l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser.

l. si pupilli 6. §. vlt. D. de negot. gest. l. item quæritur 13. §. exercitu D. locat. l. 1. §. in protutela D. de eo qui pro tut.

ILLATIO LXXXIII.

De *alienatione prædiorum facta per tutorem ex causa necessaria.*

OCtuagesimotertiò ex eodem Principio fit, vt si quid ex bonis pupilli alienatum sit alitérve diminutum, etiam ex iis quorum alienatio interdicta est, cuiusmodi sunt prædia pupillaria, si tamen id factum sit non sponte tutorum sed ex necessitate quam tutores præcidere aut impedire non potuerint, teneat nihilominùs alienatio, nec eo magis tutores teneantur cùm nihil possit ipsis imputari *l. 3. §. 1. & §. item quæri potest* D. *de reb. eor. qui sub tut.* vbi exemplum ponitur, si fundus pupillaris iussu magistratus pignori captus

l. 3. §. 1. & §. item quæri D. de reb. eor.

Digitized by Google

captus sit deinde distractus, Item si quis in possessionem rerum pupillarium missus sit à prætore, siue legatorum seruandorum causa, siue damni infecti: quod vt procedat iuberi etiam possideri poterit secundo decreto quo sit dominus à prætore is qui possidere iubetur *l. si finita* 15. *§. Iulianus D. de damn. infect.* Rationem reddit Vlpianus, quia hæ obligationes, siue alienationes non ex tutoris, vel curatoris voluntate fiunt, sed ex magistratuum autoritate *l.* 1. C. *de præd. & alis reb. minor.* Aliud exemplum subiungit Vlpianus, Si tutor pupillarem fundum petierit per vindicationem (petitionis enim verbo magis propriè vindicatio significatur *l. pecunia* 178. *§. actionis De verb. signific.*) nec is fundus restituatur, sed postquàm pronunciatum est fundum pupilli esse, possessor restituere iussus noluerit parere ac maluerit offerre litis æstimationem, id est quanti in litem iuratum erit, alienationem ex hac causa fieri dominiúmq; fundi acquiri ei qui litis æstimationem præstitit, quippe quę emptionem facere solet *l.* 2. D. *pro emptor. Hæc enim alienatio*, inquit Vlpianus, *non sponte tutorum fiut.* Ex qua ratione, vt hoc quoque obiter adnotemus, intelligimus quàm verum sit quod nos docuimus *lib.* 16. *Coniect. cap.* 17. Triboniani esse nō Vlpiani quod scriptum est in *l. qui restituere* 68. D. *de rei vindicat.* Eum qui restituere iussus iudici non pareat si rem possideat, manu militari cogendum esse vt restituat. Hoc enim si ita esset vtique imputari posset huic tutori cur litis æstimationem pro re pupillari accepisset, nec potius auxilium militaris manus imploraſſet, vt res quam pronunciatum erat pupilli esse sibi restitueretur. Idque præsentiens Bartolus eo loco ait intelligendum esse Vlpianum de eo casu quo possessor rei pupillaris desierit eam possidere idque non dolo malo, sed culpa. Quod totum commentitium est. Aliud exemplum subiungit Vlpianus, si fundus petitus sit qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum est, tutoréque postea eum restituerunt. Nam & hîc valebit alienatio propter rei iudicatæ autoritatē, Nec imputabimus tutoribus cur litis æstimationem nō obtulerint, vt fundum potiùs retinerent & acquirerent pupillo, etiam inuito victore: Non enim quemadmodum pupillares fundos vendere prohibentur ita è contrario pupillis fundos acquirere iubentur. Malè verò idem Bartolus & alij ex his locis inferunt dominium per sententiam transferri. Semper enim supponendum est mandatam esse executioni sententiam, & capta pignora eáque postmodum distracta, vel addicta, vt dominium in executione sententiæ acquiri possit, aut emptori, aut victori *l. à Diuo Pio* 15. *de re iudic. l.* 2. C. *si in caus. iudic. pign. capt. fit.* Alioqui certum est sententiam non esse modum transferendi dominij, nisi sententiam confundamus cum adiudicatione, cuius tamen longè diuersa ratio & potestas est, vt alibi scripsimus.

ILLAT. LXXXIV.

De iunctla tutoribus venditione bonorum mobilium pupilli.

OCtuagesimoquartò ex eodem Principio fit, vt per leges veteres iuberētur cogerenturque tutores & curatores, vt aurum, argentum, gemmas, vestes, cæteráque mobilia preciosa, vrbana etiam prædia & mancipia, domos, balnea, horrea atque omnia quæ intra ciuitatem essent venderent, omniáque ad nummos redigerent præter prædia & mancipia rustica, vt Constantinus refert in *l. lex quæ tutores* 22. C. *de admin. tutor.* Siue legem illam intelligat ora-

tionem Diui Seueri,quæ de pupillorum minorúmque prędiis rusticis & subvrbanis non alienandis nominatim locuta est *l.1.D.de reb.eor.qui sub tutel.* siue alia lex fuit quæ supradictas res alienari iusserit,de quo nihil in Seueri oratione expressum reperitur. Ratio enim illius legis non alia erat,quàm quòd prudens & diligens paterfamilias quilibet idipsum in rebus suis administrandis facere debere crederetur, Alienare scilicet res omnes illas non necessarias, quarum etsi vsus aliquis fructus tamen aut omnino nullus, aut perexiguus est, saltem si conferatur cum vsuris quæ ex redacta pecunia redigi possunt,præsertim cùm res illæ & vtendo,vel consumantur, vel deteriorentur, adeóque nec seruando seruari possint,Constantino tamen contra visum est in *d.l. lex quæ tutores.* Vbi constituit,vt hæc omnia nulli tutorum,vel curatorum liceat vendere, Nisi hac fortè necessitate & lege qua rusticum prædium atque mancipiũ vendere,vel pignorare,vel in donationem propter nuptias,vel in dotem dare in præteritum licebat scilicet per inquisitionem iudicis, interpositionémque decreti vt fraudi locus non sit. Proinde non nisi eorum mobilium quæ minùs preciosa sunt alienatio sine decreto tutoribus & curatoribus hodie licita & impunita est. Ante omnia verò præcipit Iustinianus vt mancipia vrbana quæ totius supellectilis notitiam gerunt,semper in hereditate & in domo retineantur. Nam boni serui,inquit,fraudem fieri prohibebunt,Mali,si res exegerit sub quæstione positi,poterunt prodere veritatem, atque ita omnes obseruabunt, id est tam mali quàm boni(malo enim legere *omnes* quàm *omnis* vel *omnia*)vt nec inuetarium minuere,nec mutare,vel subtrahere aliquid tutor valeat, Quod in veste,margaritis,gemmis & vasculis cęteráque supellectili necessarium est,Vt nimirum aliqui sint qui obseruent,ne quis dolus in istis committatur,qui facillimè committitur. Etsi enim sunt isti serui domestici & in dominio pupilli,quorum proinde fides, & testatio in rebus ad pupillũ ipsum pertinentibus suspecta videri possit,tanquam quibus imperari potest, vt testes fiant *l.idonei 6.l.penult.D.de testib.* de iis tamen quæ domi fiunt,quęnam alia probatio,aut melior quàm per seruos & domesticos esse potest? Idque est quod Modestinus ait in *l.serui 7.eod.tit.* Serui responso tunc credẽdũ esse cùm alia probatio ad eruendam veritatem non est *l.quæro 58.§. vlt.D. de aedilit.edict.* siue pro domino, siue contra dominum interrogetur,quorum neutrum alioquí licet *l.cum probatio 7.D.de probat.* Nisi in certis casibus de quibus in *l.1.C.de quæstion.* iunct.*l.consensu 8.§.seruis C.de repud.* In summa nihil proponi potest cur tutori,vel curatori præscribere liceat & excipere,siue in cognitione suspecti,siue in iudicio tutelæ quominùs religio prætoris à pupillari seruo fraudes detegente instruatur *l.vlt.D.de susp.tutor.l.ad instruendam 34.D.de admin.& peric.tutor.l.1.§.officio D.de tutel.& rat.distr.* Multa enim sceleris indicia præueniunt serui vt C.Cassius apud Tacitum dicebat. Addit Constantinus in *d.l.lex quæ tutores,* Esse tolerabilius si ita contigerit,seruos mori pupillis dominis suis,quàm seruire extraneis. Atqui possunt,inquies, etiam fugere. Sed respondet Iustinianus eorum fugam tutori potiùs solere adscribi, siue negligentia dissolutam patiatur esse disciplinam,siue duritia,vel inedia,aut etiam verberibus eos afficiat. Nec enim dominos ideò exerceantur, sed tantò magis diligunt,quantò duriùs à tutoribus,qui re vera domini non sunt,tractantur. Et in hoc quoque meliorem esse ait Constãtinus legem suam quàm fuerit vetus, qua vigente,& remota per eiusmodi venditiones custodia seruorum, etiã vitæ minorum

L lex qua tutores 22. C. de admin. tutor.

Seruorum testimonio quamuis domestico interdictum creditur.

l.vlt. D.de susp. tutor. l. ad instruendam 34. D. de adm. & per.tut.l.1.§. officio de tut. & rat.distr.

minorum ſæpius prodebatur. Sed nec domum vendere liceat, inquit Conſtantinus in qua defecit pater, minor creuit, in qua maiorum imagines aut fixas, aut reuulſas videre ſatis lugubre eſt. Iuſta enim pupilli & minoris cuiuſlibet adfectio eſt de conſeruandis bonis quæ maiorum fuerunt, adeò vt hæc ſola ratio iuſtam quoque materiam prębere poſſit petendæ & concedendæ in integrum reſtitutionis *l. ſi in emptionem 35. D. de minor.* Ergo & domus, inquit Conſtantinus, & cætera omnia animalia in patrimonio minorum permaneãt nullúmque ædificij genus quod integrum hereditas dabat, collapſum tutoris fraude depereat. Quòd ſi parens, vel quicunque alius ille ſit, cuius heres eſt minor, deformatum ædificium reliquerit, tutor teſtificatione operis ipſius & multorum fide præhabita id reficere cogatur. Ita enim annui reditus minoribus plus conferent quàm pretia per fraudes deminuta. Serui etiam qui aliqua ſunt arte prædíti operas ſuas commodo minoris inferant, Et reliqui qui in vſu minoris domini eſſe non poterunt, quibúſque ars nulla eſt partim labore ſuo, partim alimoniarum taxatione paſcantur. Huius verò conſtitutionis ſuæ rationem Conſtantinus illam reddit quòd lex non ſolùm contra tutores, ſed etiam contra fœminas immoderatas atque intemperãtes proſpexit minoribus quæ perſæpe nouis maritis non ſolùm res filiorum, ſed etiam vitam addicunt. Senſus eſt, Leges pro pupillis latas, iis quidem contra tutores quoſlibet prouidere, ſed curandum maximè fuiſſe, vt iis proſpectum eſſet contra vitricos qui vt plurimum tutores priuignis fiunt ſatagentibus matribus cùm ad ſecundas conuolant nuptias: Quod cùm euenit verendum ſanè eſt, ne in pupillorũ perniciem multa fiant prætextu iuris, quæ à quolibet alio tutore minùs malcuolo ſibíque & ſuis non conſulente fortaſſis non fierent, Ob ídque bene lex facit quæ prouidet quantum poteſt ne ſit in poteſtate tutoris, ſiue vitricus ille ſit, ſiue alius conſilium vllum capere quod pupillo, vel damnoſum, vel minùs commodum eſſe videatur. Huc accedit, inquit Conſtãtinus quod ipſius pecuniæ, in qua robur omne patrimoniorum veteres poſuerunt, fœnerãdi vſus vix diuturnus, vix continuus & ſtabilis eſt, Quo ſubſecuto, intercidente ſępe pecunia ad nihilum patrimonia minorum deducuntur. Ex quibus rationibus apparet non alia ratione moueri Conſtantinum vt ius vetus hac parte corrigat, quàm quòd putet prudentis & boni patrisfamilias eſſe id facere non quod lex vetus fieri iubebat, ſed quod ipſe fieri præcipit. Ita fit vt ex hoc eodem noſtro Principio duo iura tam diuerſa, adeóque contraria profluant, Non quia ius ſibi vnquam contradicat, non magis quàm ratio rationi, quicquid imperiti plerique Iuriſprudentiæ noſtrę infeſti infectatores cauſentur & calumnientur, Sed quia huius Principij applicatio non iuris, ſed facti eſt, Pendet enim tota ex eo, An prudentis patrisfamilias & boni tutoris munus ſit bona pupilli omnia mobilia & immobilia vrbana vendere, & ex iis pecuniam redigere, An potiùs ea ſeruare: in cóque vno diſſentit à iure vetere, quod lex vetus putabat vtilius eſſe pupillo conuerti omnia iſta in pecuniam numeratam, Conſtantinus verò contrà credidit. Cæterùm in eo ſemper legiſlatores omnes conſenſerũt, Debere tutorem in rebus pupilli præſtare id omne quod in rebus ſuis bonus & diligens paterfamil. ex bona fide præſtare deberet: quod vnum Principio noſtro continetur. Ex quo illud etiam fit, vt ab ea conſtitutione qua prohibet Iuſtinianus ne quid vendatur ex iis bonis quæ pupillo vſui alicui eſſe

d. l. lex qua tutores.

l. ſi in emptionem 35. D. de minor.

Ex eodem Principio iura interdũ pugnantia.

possunt,idem ipse Constantinus in *d.l.lex quæ tutores in fin.* excipiat vestes quæ detritæ vsu seu corruptæ seruando seruari non potuerint, itémque animalia superuacua : quod nemo sit tam supinus & bardus qui non fateatur istiusmodi rerum venditionem pupillis & minoribus vtiliorem esse quàm conseruationem.

ILLATIO LXXXV.

De *tutore qui vsumfructum pupillarem non vtendo amisit.*

OCtuagesimoquintò ex eodem Principio fit,vt etiamsi tutor nihil alienauerit,sed tãtùm amissioni & alienationi causam præbuerit,puta si vsumfructum non vtendo amiserit,cùm is pupilli nomine frui deberet,non noccat ea res pupillo eique vsusfructus restaurari debeat,*dicta l.3.§.nec vsusfructus eo. tit.* De *reb.eor.* vbi Vlpianus postquàm scripsit nec vsumfructum alienari posse etsi solus fuit vsusfructus pupilli,quoniam nimirum vsusfructus, etsi in iure non in parte consistat,vt de emphyteutico iure scriptum est in *§.præced.* tamẽ emolumentum rei continet *l.Mauius* 66.§.*fundo de legat.*2. Subinde quærit, An ergo hic vsusfructus nec amittetur non vtendo,si tutor causam præbuerit huius rei? Et manifestum est,inquit,restaurari debere, Nempe quia non minùs peccat tutor in officio suo, qui patitur vsumfructum spectantem ad pupillum amitti non vtendo,quàm qui eum alienat.Neuter siquidem facit in re pupilli quod in re sua bonus & diligens paterfamilias facturus esset. Nam & alienare dicitur non solùm qui patitur vsucapi,sed etiam qui nõ vtendo amittit seruitutes *l.alienationis* 28.De *verb.signific.* Et in fraudem facere quisquis non facit quod debet facere,puta si non vtatur seruitutibus *l.4.*iunct.*l.3.§.1.D. quæ in fraud.credit.l.Iulianus* 5.D.*de fund.dotal.* Idque est quod subiungit Vlpianus simili modo dici posse,nec seruitutem imponi posse fundo pupilli, vel adolescentis, nec seruitutem remitti, Cùm his omnibus casibus aliquid ex fundis ipsis pupillaribus imminui & alienari videatur. Quid enim aliud sunt iura prædiorum quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud* 86.De *verb.signific.*& vel pluris, vel minoris ob acquisitam, vel impositam seruitutem æstimanda *l.de pupillo* 5.§.*& bellè* Sextus De *noui oper.nunciat.* At magis mirum illud videtur, quod in eodem §.Vlpianus ait,si proprietatem habeat pupillus,nihilomagis posse tutorẽ vsumfructũ,vel vsum alienare, quãuis inquit,oratio de vsufructu nihil loquatur,Neq;enim vsusfructus illè in rerum natura vllus fuit ante alienationem,tantùm abest vt in bonis & dominio pupilli fuerit,siquidẽ nemini res sua seruit *l.vti frui* 5.*D. si vsusfr.pet.* Sed decisionis huius ratio illa est,quod cùm per separationem nunc primùm vsusfructus constituitur tãtumdem decedit ex bonis proprietatis, quãtum decederet si vsumfructum in dominio habuisset, cùm exinde non habeat, & retineat in patrimonio nisi nudam proprietatem, quæ res facit eum pauperiorem, quia proprietatis vtilitas nulla est quandiu ab ea vsusfructus abscedit *l.si vsusfructus* 8.D.*de vsufr.legat.* Itaque perinde pupillo nocet ac contra boni tutoris officiũ peccat qui vsumfructum rei pupillaris alienat,atque si partem dominij alienaret, Vnde & solemus dicere vsumfructum in multis casibus partem dominij esse *l.*4.D.*de vsufr.l.qui vsumfructum* 58. *D.de verb. obligat.* Iunge *l.quod nostrum* 63.D.*de vsufr.*

l.3.§.nec vsusfructus D. de reb. eor. qui sub tutel.

l. alienationis 28.D.*de verb.signifi. l.3.§.4. l.4. D. quæ in fraud. cred. l. Iulianus D.de fund. dotal. l.quid aliud 86.de verb. signific. l.de pupillo 5. §. & bellè Sextus D.de oper. noui nunciat. l. vsum 5. D.si vsusfr. pet. l.si vsusfructus 8.D. de vsufr.legat. l.4. l. quod nostrum 63. D.de vsufr. l.qui vsumfructum 58. de verb. obligat.*

ILL.

ILLATIO LXXXVI.

De alienatione fundi quem pupillus alienum sed bona fide emptum possidebat.

OCtuagesimo sextò ex eodem Principio fit, vt si pupillus alienum fundum bona fide emptũ possideat, dicendum sit, nec hunc quidem alienare tutores posse *l. magis puto 5. §. si pupillus De reb. eor. qui sub tute.* Quia licèt reuera fundus nõ sit pupillaris, cùm dominiũ ab eo, qui dominus non erat transferri non potuerit ante completam vsucapionem, Perinde tamen peccat tutor contra officium diligentis patrisfamilias, & boni tutoris, qui animum gerit alienandi eam rem cuius alienationem scit esse sibi legibus interdictam, vt plus sit hoc casu in opinione quàm in veritate. Idque est, quod ait Vlpianus *etenim quasi pupillaris verè distractus est.* Sic enim lego non vt vulgo pessimè nullóque sensu *ea enim qua quasi pupillaris verò distractus est.* Quod autem sequitur *venditio valet* principium est 9. sequentis, sic meo iudicio legendum, *Venditio valet si fundus pupillo pignoratus sit* rectis illis sequentibus *an vendere tutores*, quæ sanè addita sunt ab eo qui nullum præcedentibus sensum constare putabat, & quæ tamen ipsa nullum habent sensum nisi cum Haloandro suppleas & legas *possint*, Quo etiam admisso facies indecisam nec nisi interrogatiuè propositam quæstionem, cùm tamen affirmatiuè decisum esse illud præseferat quod pro ratione decisionis, non pro decisione subiicit Vlp. *hunc enim quasi de tutoris hoc est alienum vendunt.* Quod nos iam alio fortassis loco monuimus. Sanè si impetrauerat pupillus, vel pater eius vt iure dominij fundum hunc possideret, Consequens erit non posse distrahi quasi prædium pupillare. Idémq; est etsi fuerit ex causa damni infecti possidere iussus, Nam & hoc casu dominium acquiritur, non quidem quiritiarium, sed bonitarium quale per prætorem acquiri potest *l. si finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* iunct. *d. l. D. de fund. dotal.*

l. magis puto 5. § si pupillus D. de reb. eor.

Emendatus Vlpianus.

Dominium bonitarium & Quiritarium. l. si finita 15. §. Iulianus D. de dam. infect. l. 1. D. de fund. dotal.

ILLATIO LXXXVII.

De venditione prædiorum pupillarium ex causa æris alieni.

OCtuagesimo septimò ex eodem Principio fit vt tùm quoque cùm æris alieni exsolucndi necessitas suadet alienationem fundorum pupillarium, non tamen passim tutoribus sub obtentu isto venditio permittatur, sed huius rei arbitrium prætori Senatus dederit *d. l. magis puto 5. § non passim eod. tit. De reb. eor. qui sub tutel.* Non quod plus possit aut debeat præstare prætor quàm tutor pro pupilli vtilitate (quid enim amplius præstare prætor possit, vel debeat quàm vt in re pupilli faciat quod bonus & diligẽs paterfamilias in re sua facere deberet?) Sed quia in re tãti momẽti visum est tutius prætoris quàm tutoris diligentiæ & arbitrio fidere. Nam nec aliud quicquam est prætor aliúsve magistratus, quàm publicus quidã & supremus tutor: Meliúsque est rem pupillo seruari, quàm incertum cautionis euentum ab eo spectari quamuis idonee cautum ei sit *l. pupilli 6. D. quod falsi tutor.* Quid ergo tutoris officio conueniet? Ipsum quod conueniret officio tutoris, Excutere scilicet an aliunde possit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri. Proinde quæ-

d. l. magis puto 5. § non passim De reb. eor. qui sub tutel.

l. pupilli 6. D. quod falsi tutor. autor.

rere debebit an pupillus pecuniam habeat, vel in numerato, vel in nominibus quæ conueniri possint, vel in fructibus conditis, vel etiam in reditum spe atque obuentionum. Item num aliæ res sint præter prædia quæ distrahi possint & ex quorum precio æri alieno satisfieri possit. Si igitur deprehenderit prætor non aliunde exsolui posse quàm prædiorum distractione, tunc demum permittet distrahi: si modò vrgeat creditor, aut vsurarum modus æri alieno parendum esse suadeat. Idem prætor æstimare debebit vtrum vendere potiùs an obligare permittat, inquit Vlpian. necnon vigilanter obseruare ne plus accipiatur sub obligatione prædiorum fœnori quàm opus sit ad soluendum æs alienum, aut ne plus distrahendum arbitretur, Nè fortè propter modicum æs alienum magna possessio distrahatur. Sed & si sit alia possessio minor, vel minùs vtilis pupillo magis eam iubebit distrahi quàm maiorem & vtiliorem, Nam & diligens quilibet paterfamilias in rebus suis circa hæc omnia diligentiam hanc præstare deberet: In primis igitur, quoties desideratur à prætore, vt permittat distrahi, requirere debet aliquem qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus, vel curatoribus credere qui nonnunquam lucri sui gratia adseuerare prætori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari, quamuis nihil eorum sit necesse. Requiret itaque necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium qui rerum pupillarium notitiam habeat, Aut si nemo inueniatur, vel suspecti sint qui inueniuntur, iubere debet edi rationes, itémque synopsim & inuentarium bonorum pupillarium, aduocatúmque pupillo dare qui instruere possit prætoris religionem an adsentire venditioni, vel obligationi debeat: Ne tamen titulo tenus æri alieno allegato tutores pecunia abutãtur, quam multam (sic enim mallem quàm *mutuã*, quia non eũ solũ casum tractat Vlp. quo pupillare prædium sit obligatũ, sed illum etiam quo sit alienatum) acceperunt, oportebit prætorem curare, vt accepta pecunia creditoribus soluatur, & de hoc decernere daréque viatorem & nuncium qui ei renunciet pecuniam istam ad hoc cõuersam propter quod desiderata est alienatio, vel obligatio. Quid ergo si æs alienum nõ interueniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendere & vel alia comparare vel istis carere, fortè quod dicant fundos esse steriles, saxosos pestilentes vt in *l. si fundus 13. eod. tit.* Non idcirco tamen prætor hoc eis debebit permittere, Quia nec prætori liberum arbitrium datum est à Senatu distrahendi prædia pupillaria, sed ita demum si æs alienum immineat, Proinde etsi permiserit vltrò alienationem aut obligationem cùm æs alienum non allegaretur, multò magis dicendum est nullam esse venditionem, nullam obligationem, nullúmque decretum. Non enim passim distrahi iubere tutori tributum est, sed ita demum si vrgeat æs alienum. Nec quod fundus pupillaris cuius distrahendi facultas permittitur, infructuosus esse dicatur, mouere prætorem debet cùm vtique non nisi pro fructuum modo precium sit inuenturus, vt habent verba rescripti à Paulo relati in *d. l. si fundus*. Quorsum verò hæc omnia? Nempe vt intelligamus tam prætorem ipsum quam tutorem sic se gerere debere circa res pupillares, quomodo prudens & diligens paterfamilias in rebus suis gesturus esset. In eo tamen, quod magè quis miretur, minùs potest prætor quàm tutor, quod si quando tutor contraxerit pro pupillo etiamsi malè, siue animo fraudandi pupilli, siue deceptus dolo illius cũ quo contraxit, nihilominùs contractus tenet ipso iure, hactenus saltem vt pupillo

d. § non passim.

l. si fundus 13. eod. tit.

Minus interdum potest prætor quàm tutor.

necessaria

necessaria sit in integrum restitutio dummodò nihil factum sit contra leges *l.1.& 2.si tut. vel cur. interuen.* iunct. *l.2.C de præd. minor.* Si verò prætor causa cognita decretum interposuerit de rebus pupilli distrahendis, & postea ei obreptum fuisse probetur, decretum ipso iure nullius est momenti, manétque actio pupillo integra non tantùm in personam aduersus tutorem, sed etiam in rem ipsam alienatam, vt eam vindicare possit *d.l. magis puto §. penult.* Ratio est quia tutoris factum, siue per errorem, siue dolo malo quid ille perperam fecerit in re pupilli corrigere prætor potest, siue per restitutionē in integrum, siue quo alio modo. At quod à prætore ipso factum esset corrigere nemo posset. Quid si prætor tutoribus permiserit vendere, illi obligauerint? An valebit obligatio? Et videbatur valere, quia quod recipit venditionem multò magis recipit oppignerationem *l. sed & quod 9. §.1. D. de pignor. l. si conuenerit 18. §. vlt. D. de pignor. act.* & cui licet quod plus est, vtique non debet quod minus est non licere *l. non debet 21. De regul. iur.* Sed tamen Vlpiano magis placet in *l. si pupillorum 7. §. si prætor De reb. eor. qui sub tutel.* eum qui aliud fecit quàm quod expressim permissum & decretum est à prætore, nihil egisse, quia decreto speciali & expresso in eam rem opus est. Planè si prætor ita decreuerit *vendere obligaréue permitto* poterit tutor liberum arbitrium habere, quid istorū faciat, Sed nō rectè prætor suis partibus functus videbitur. Debuit enim ipse statuere & eligere vtrum magis permitteret, an vendere, an obligare, non autem eligendi arbitrium pupillo dare. Sed si res pupillaris data sit pignori ex permissu prætoris, adhuc dubitari potest an alienatio eiusdem rei per Seueri orationem impediatur, vt rursus prætor adeundus sit decretúmque ab eo interponendum de alienatione permittenda. Sed dicendum est posse creditorem ius suum exequi, Ait Vlp. in *d.l. si pupillorum §. si pupillus*, quia quoties tutor etiam solus lege non refragante dat pignori rem pupillarem dummodò in rem pupilli, pignus tuendum est *l. tutor 16. in princ. D. de pignor. act.* Quantò magis vbi prætoris decretum interuenit? Sequitur tamen apud Vlpianum, tutius facturum creditorem si prætorem adierit. Quod cuiusmodi sit ego certè intelligere non possum. An non enim satis expressim prætor creditori permisit, vt pignus distraheret cùm pupillo permisit vt obligaret? Siquidem inutile pignus est quod distrahi non potest *l.4. D. de pign. act. l.2. & 3. C. si ang. credit. pign. vend. d. l. qui prædium 13. & pass. C. de distr. pignor.* Aut quid interest an ab ipso pupillo eiúsve tutore datum sit pignus ex prætoris permissu, an verò à patre pupilli sine decreto? Nihil prorsus: quandoquidem vtroque casu valet pignus, nec minus potest decretum prætoris contra pupillum quàm voluntas patris cuius heres sit pupillus. Atqui oratio Diui Seueri expressim habet, si creditor, qui pignori agrum à parente pupilli acceperit ius suum exequatur, id est pignus illud velit distrahere, nihil esse innouandum, id est requirendam non esse interpositionem decreti, quę olim necessaria non erat, sicut nec si res communis sit & socius maior prouocet pupillum, aut minorem ad diuisionem *l.1. §.1. in fin. l. si pupillorum 7. in princip. eod.* Neque igitur necessarium erit decretum in alienatione pignoris quod ab ipso pupillo ex permissu prætoris fuerit cōstitutum, Præsertim cùm neque pignoris conuentionalis vē ditio fiat nisi publicè & interueniēte magistratus autoritate *l.1. & pen. C. si vendit. pignor. agat. l. si eo tempore 6. C. de remiss. pign. l. creditor 4. C. de distrat. pignor.* Nec eo minùs tamen restituitur in integrum pupillus si magno alioqui detri-

d.l. magis puto § pen.

l. si pupillorū 7. §. si prætor D. de reb. eor.

§. si pupillus d. l si pupillum.

l. tutor 16. in princ. D. de pignor. act.

mẽto afficiatur *l.1.C.si aduer.ven.pig.l.si ex causa 9.in pr.De min.l.si creditor 7.§. illud D.de dist.pig.* Quare, nisi me fallo, interpretis est & quidẽ imperiti tota illa adiectio *tutius tamen fecerit si prætorẽ adierit.* Nõ valde dissimilis ei adnotationi quã ex nostris quidã adferũt in specie *§. illud quæri d.l. magis puto*, vbi proposita quæstione, si præter aditus permisserit distrahi possessionem prouincialem an valeat quod fecit, quamuis respondeat Paulus valere si modo tutela Romæ agebatur & hi tutores eam quoque administrationem subierant. Notant tamen illi tutius esse ab vtroque magistratu decretum interponi: quod ego, pace ipsorum dixerim verum esse non puto. Nec enim prætoris autoritas interponitur aliam ob causam, quàm vt optimi tutoris vice prætor ipse fungatur nec proinde alterius prætoris decretum necessarium videri potest, quàm qui præest ei territorio, in quo tutor ipse ad quem alienandi facultas pertineret, sic ratio Diui Seueri non esset. Atqui non ad alium tutorem pertineret, quàm ad cum qui esset romæ, cùm ponamus agi tutelã Romæ, nec alii quẽquam in prouincia tutorem esse. Absurdum igitur est existimare præsidis prouinciæ, aut Proconsulis decretum hoc casu necessarium esse, quamuis possessio quæ distrahitur in prouincia esse proponatur. Longéque dissimilis est species quam Papinianus tractat in *l. iurisperitus 30.§.1. De excusat.* vbi ponit oriundum ex prouincia qui Romæ domicilium habebat eiusdem minoris curatorem decreto prætoris ac præsidis constitutum esse, atque ita rerum administrationem vbique suscepisse. Aliud enim est de tutore decernendo quærere, aliud verò de permittenda ei qui datus fuerit rerum pupillarium alienatione. Decernendus enim est ex autoritate magistratuum omnium quorum ea iurisdictio videri potest, siue propter ipsius impuberis, siue ob tutoris personam, siue ratione loci, aut locorum in quibus patrimonium pupilli situm est *d.l.30.§.1. & propter litem 21.§.licèt eod.tit. De excusatutor.l.vnic.C.vbi petant.tutor.vel curat.* At vbi semel datus fuit licet patrimonium pupilli in diuersas prouincias dispersum sit, non idcò tamen prouinciæ præses adeundus est vt permittatur distractio possessionis prouincialis, si tutor, qui solus est, tutelam agat Romæ: quoniã in ea re versatur cognitio & iurisdictio magistratus non in ipsum prædium de quo distrahendo agitur, sed in personam tutoris qui decreuerat permitti sibi alienationem. Illud planè verum est quod iidem notent, vt maximè decretum de bonis prouincialibus distrahendis romæ fieri possit, hastę tamen solennitatẽ apud rerum prouincialium iudicem celebrari oportere, quia non potest ea sollennitas, neque rite, neq; ex pupilli vtilitate peragi alio loco quàm in quo res sita est, nec proinde ex alterius magistratus autoritate quàm cuius propria in eam rem iurisdictio est *l.vit.D.de iurisdict.l.cum vnus 12.§. penul.D.de reb.autor.iudic.possid.* cùm in illis venditionibus quæ sub hasta fiunt factum magistratus iubentis, factum partis esse intelligatur *l.1.C.si in caus.iudicat.pign.capt.sit.l.si ob causam 13.C.de euict.* Addidi *iubentis*, quoniam aliud est permittere distractionem aliud iubere. Permittit magistratus cuius in personam tutoris, lubet ille, cuius in rem ipsam iurisdictio est. Sed hoc obiter, & extra rem, neque tamen frustra dictum sit.

d. l. magis puto §. illud quæri De reb.eor.

l iurisperitus 30.§. 1. De excus.l.cùm vnus 12. §. pen. D. de reb aut.iud. possid.

ILLA-

ILLATIO LXXXVIII.

De tutore qui subiecto alterius emptoris nomine sibi emit rem pupilli ex decreto.

OCtuagesimooctauò ex eodem Principio fit, vt quamuis antecessor prædiis decreuisset ea prædia venundari quæ tutor pupilli subiecto nomine alterius emptoris sibi ipse com parabat, Tamen si fraudem & dolũ contra Senatusconsulti autoritatem & fidem tutori commissam successor eius deprehẽderit, non solùm irritam facere venditionem debeat tanquam mala fide contractam sed etiam æstimare quatenus tam callidum cõmentum etiam in exẽplũ debeat coercere *l. quamuis 9. D. eod. tit. De reb. eor. qui sub tutel.* Semper enim illud obseruandum & ante omnia inquirendum est, An tutor ex bona fide rem gesserit & quomodo bonus & diligens paterfamilias gerere deberet. Neque decreti autoritas facere debet vt tanto minùs bonam fidem præstare tutor debeat cùm è contrario interponatur potius vt tantò magis tutiúsque omnia ex bona fide & ex pupilli vtilitate gerantur. Ac quemadmodum si prouinciæ præsès imperitia lapsus ineptam legibúsve contrariam patris voluntatem sequendam esse decreuerit, successor eius sententiam quam leges nostræ non admittunt, sequi non cogitur *l. iure nostro 26. D. de test. tut.* Ita & multò magis non cogetur ratam habere venditionem quamuis factam in consequentiam decreti ab antecessore interpositi, Præsertim cùm nec aliud quicquam decreuisset antecessor nisi vt venditio fieret, non etiam vt valeret quæ ipsi venditori alterius emptoris personam improbè subijcienti facta esset. Neque verò potest videri antecessor quicquam decreuisse de ea re quæ non nisi post decretum interpositum superuenit *l. non potest 23. D. de iudic. l. 1. §. 1. vers. quid enim D. de vsur.* Quamquam etsi hoc ipsum præses aut prætor decreuisset, vt venditio illa valeret in qua tutor extranei emptoris personam dolo malo subiecisset, non eo minùs posset successor eius venditionem improbare, siue facti, siue iuris imperitia decretum illud extorsisset à prætore: quia nec voluntatem ita decernendi habuisse videtur prætor cui per tutorem obreptum fuit *d. l. magis puto 5. §. penult. iunct. l. 1. §. 1. De reb. eor.* & quamuis habuisset, non ob id tamen pupillo nocere decretum posset, quandoquidem prætoris decretum requiri Senatus voluit, non vt haberet prætor arbitrium & potestatem nocendi pupillo, sed vt prouideret è contrario ne quid detrimenti ex tutoris siue dolo siue negligentia pupillus pateretur.

l. quamuis 9. D. de reb. eor. qui sub tutel.

l. iure nostro 26 D. de testam. tutel.

l. non potest 23. D de iudic. l. 1. § 1. vers. quid enim D. de vsur. d. l. magis puto 5. §. pen. & l. 1. §. 1. D. de reb. eor.

ILLATIO LXXXIX.

De tutore qui creditori patris pupilli soluit vt succedat in eius locum.

OCtuagesimononò ex eodẽ Principio fit, vt nihil faciat contra Senatusconsultum tutor si creditori patris pupilli pecuniam exsoluerit vt succedat in eius locum *l. non fit 12. eod. tit. De reb. eor.* quia neque quicquam facit hic tutor contra bonam fidem, neque contra vtilitatem pupilli cuius nimirum nihil interest an huic debeat an illi, dum ne plus debeat tutori aut duriore condicione puta sub grauioribus vsuris *l. si pupillorum 7. §. vlt. eo.* vbi Vlp. ait si tutor à nouo creditore pecuniam mutuam acceperit, vt eam solueret veteri qui erat sub pignore creditor, idémque pignus nouo creditori dederit sine permissu prætoris, valere nihilominùs obligationem si modò nec maiorem sortem mutuã-

l. non fit 12. eod. tit.

l. si pupillorũ 7. §. vlt. eod.

acceperit, nec grauioribus vsuris, Vt nimirum ius creditoris prioris ad sequentem transeat tale omnino quale penes priorem erat. Nec enim transiret ob id solum quod ex pecunia noui creditoris antiquior dimissus esset, si non haberet posteriori ius aliquod pignoris *l. Aristo 3. D. quæ res pignor. oblig. poss.* Nisi pones cessum ei nominatim fuisse ius pignoris ab antiquiore qui ab eo ipso solutionem accepisset, Quo casu non posset locus esse quæstioni, An aliquid factum esset contra Senatusconsultum, quando nihil hic factum esset per pupillum ipsum, neque per tutorem, neque per prætorem. Nam & pupilli sicut alterius debitoris cuiuslibet etiam inuiti nomen à iusto pupilli creditore cedi potest, & consequenter multò magis pupillo etiam, & ipsius tutore ignorante *l. 1. C. de nouat. l. omnis 3. C. de her. vel act. vend.* In proposita autem specie de qua Marcianus in *d. l. non fit*, hoc est, cùm tutor soluit pecuniam creditori patris pupilli vt in ipsius locum succederet, non est verendum ne durior fiat condicio pupilli, siue auctæ sortis nomine, siue grauiorum vsurarum, quia in eam rem noua aliqua conuentione opus esset, quæ inter pupillum & tutorem interuenire nulla potest. De illo tantùm dubitari queat, An tutor hic quem Marcianus ait nihil facere contra Senatusconsultum faciat hodie contra Iustiniani constit. *Nouell. 72. cui tut. est, & qui oblig. haber. se perhib. res minor.* Sunt enim qui sic sentiant, Moti ex eo quod Iustinianus ea constitutione induxit contra iuris veteris rationem vt quisquis pupilli debitor creditórve est ab eius tutela arceatur. Itémque ne possit tutor aut curator vllam in semetipso accipere cessionem aduersus pupillum aut minorem siue per venditionem, siue per donationem, siue alio quolibet modo, siue durante, siue finita administratione. Sed vereor ne constitutio illa ad Marciani speciem non pertineat, nec sit producenda. Nō enim Iustiniani mēs ea fuit vt prohiberet ne tutor fieri ex postfacto pupilli creditor posset, Cuin diserte constituat in secundo capite Nouellæ vt si tale quid euenerit, non sit remouendus tutor qui antea benè datus fuerit, sed tantùm curatorem ei adiungi oporteat ne quid dolo malo facere in re pupilli possit. Quod verò eiusdem *Nouell. cap. 5.* prohibet ne qui cessio fiat tutori, etsi ad cessiones quascumque pertinet, non tamen extendi potest ad hunc casum, in quo nulla fit cessio, sed citra cessionem & sola iuris potestate succedit tutor in locum prioris creditoris, Quæ species non admittit ea pericula & incōmoda, quibus motum se Iustinianus ait, vt nouam illam ferret constitutionem. *Multas*, inquit, *causas audiimus vbi administrantibus curatoribus cessiones factæ sunt aduersus minores siue puberes siue impuberes quidem, in secunda tamen ætate constitutos, & mox efficiuntur eorum domini facultatum, aut non existentia forsitan debita subeuntes aut paruo precio cessiones accipientes eorum quæ sunt vndique fragiles, aut etiam celantes de susceptæ existentia in minorum rebus, & ita cessiones accipientes secundum multas & plures occasiones*, Quarum rationum nulla sanè est quæ casui nostro adaptari possit. Finge enim tutorem hunc post susceptam tutelam factum esse creditorem pupilli sui, & quidem hypothecarium sed ex causa licita & permissa, fortè quòd creditori hereditario, eidémque pignoratitio tanquam heres successerit, quo exemplo vtitur Iustin. *dict. Nouell. cap. 2.* Quidni obsecro licebit ei offerre & soluere priori creditori etiam hypothecario, vt non modò pignoris sui ius confirmet verùm etiam in ius & locum prioris illius creditoris succedat? Vtique enim necessarium id ei est, vt sibi prospiciat non tam aduersus pupillum quem iam habet satis obligatum, quàm contra posteriores alios creditores,

l. Arist 3. D. quæ res pignor. oblig. poss.

d. l. non fit.

Nouell 72. Vt qui oblig. hab. se perh.

d. Nou. 72. cap. 5.

d. Nou. 72. cap. 2.

qui

quitamen isto priores inuenirentur si non succederet in ius & locū antiquioris. Itaque non video quid possit dolo malo facere videri, cùm iure communi vtitur, iuris sui tuendi gratia, cúrque ratione officii sui debeat periclitari, ne sibi aut contra pupillum ipsum, aut saltem contra cæteros creditores pupillares possit consulere in ea re in qua nullum sit damnū & incommodum pupilli. *l. vlt. D. de inoff. test. l. cùm quædam 26. C. de adm. tut. l. videlicet 28. D. ex quib. caus. maior.* iūct. *l. 1. C. qui potior. in pign. hab. l. si duorum 42. D. de action. empt.* Cū enim posterior creditor à priore pignus emit, non tā acquirēdi dominii aut alterius noui iuris quàm seruandi pignoris sui causa intelligitur pecuniā dedisse *l. cùm posterior 6. D. de distr. pign.* vbi ex hoc benè infert Modestinus adhuc ei offerri à debitore posse, ac multò magis ab alio quocumque eiusdē debitoris creditore, vt scriptū est in *l. 2. eo. tit.* Subiecta per Papinianū eleganti ratione illa, quòd huiusmodi venditio transferendi pignoris causa non nisi necessitate iuris fieri soleat. Quæ ratio tantò apertius probat, quod nos volūmus, nihil posse imputari tutori qui nihil fecerit nisi quod pro tuendo iure suo ex iuris necessitate facere debuit. Fatendum igitur est nouellam Iustiniani constitutionem ad hunc casum non pertinere. Planè si poneres tutorem hunc iam priùs quàm tutelam susciperet fuisse pupilli creditorem, faceret sanè constitutio Iustiniani vt tutor esse non posset. Rursus si poneres factū quidē creditorē susceptā tā tutela, sed per solutionē ab eo factam vltrò & sponte creditori pignoratitio aut etiā chirographario vt in locum ipsius succederet iuxta *l. 1. & 2. C. de his qui in prior. cred. loc. succed. & l. si ventri 24. §. vlt. aliàs D. de reb. aut. iud. possid. aliàs l. 9. in fin. De priuileg. cred.* quoniā hoc sine cessione & quidē volantaria ex parte cessionarii fieri non potest, facebor non inuitus impediri ex Iustiniani constitutione hanc cessionē quæ olim habere locū potuisset, & hoc quoque casu respōsum Marciani abrogatum esse. At non similiter si ponas tutorem hunc factum esse posteà creditorē, siue pignoratitiū, qui casus est quem nos tractauimus, siue chirographarium, Cùm tantò magis necessarium sit creditoribus chirographariis vt antiquioris creditoris pignoratitij ius sibi cōparent, quantò certius periclitantur si chirographarij manere velint. Denique nihil facit tutor contra Iustiniani constitutionem, vt neque contra Senatusconsultum, quoties bona fide facit quod cum pro tuendo iure suo facere necesse est.

l. cùm quædam 26. C. de adm. tut. l. cùm posterior 6. D. de distr. pign.

l. 2. eod. tit.

Marciani responsum in d. l. non sit, quibus casibus hodie abrogatum.

ILLATIO XC.

De venditione prædij pupillaris facta per tutorem ex voluntate defuncti.

NOnagesimò ex eodem Principio fit, vt siue tutores pupilli, siue curatores adulti filij prædium ipsius rusticum vendiderint secundum voluntatem defuncti scriptam in testamento quod posteà irritum esse apparuit, nihil tamē videantur fecisse contra orationē Diuorum Principum *l. vlt. D. eod. tit. De reb. eor. qui sub tut.* quia nihil possunt videri fecisse mala fide & contra officiū tutelæ, qui defuncti patris iudicium secuti sunt, cùm is casus oratione nominatim excipiatur iis verbis *nisi vt id fieret parentes testamento vel codicillis cauerint l. 1. §. 1. eod. tit.* Nec ad rem facit quod testamentum in quo ea voluntas declarabatur posteà ruptum vel irritum esse apparuerit. Nuda enim voluntas ex testamento alioue actu nullo æquè ac ex bono validóque declaratur *l. licèt transferam 20. l. ex parte 22. D. de adim. legat. l. vltim. Cod. famil. erciscun.* Nec minus prætor quàm tutor ipse eam patris voluntatem sequi cogeretur, quia tū

l. vlt. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. §. 1. eod. l. licèt transferam. 20. l. ex parte 22. D. de adim. legat. l. vlt. C. famil. erciscu.

quoque cùm prætoris decretum necessarium est, debet ille pronior esse ad cõsentiendum patri *l.si pupillorũ 7.§. si pater De reb.eor.* vt & cùm agitur de cõfirmando tutore vel curatore quem minùs ritè pater delerit siue impuberi, siue adulto, siue furioso *l.1. & tot.tit. De confirm.tutor. l.si furioso 16. D. de cur.fur.*

l.si pupillorũ 7.§. si pater D. de reb. eor.

l.1. De confirm tut. l.si furioso 16. D. de curat. furios.

PRINCIPIVM VIII.

De minore qui magis de præda quàm de damno sollicitus est.

PVpillis & minoribus tunc fauendum & succurrendum est cùm aliquid iis abest, non etiam cùm de præda magis quàm de damno solliciti sunt *l.si minoris 25. D. de adm. & peric.tut.* id est cùm id agant vt capiant lucrum ex damno alieno. Nam hoc naturæ æquum est, Neminem cum alterius iniuria fieri locupletiorem *l.nam hoc naturæ 14. D. de condict.indeb. l.iure naturæ 206. De reg. iur.* Multóque magis ex iure gentium idem dicendum erit *l.rerum quidem 25. in fin. D. rer. amot.* Quod quia naturalem intellectum habet, in eo probando diutiùs non immorabimur.

l. si minoris 25. D. de admin. tutor.

ILLATIO I.

De minore qui consecutus est à curatoribus quanto minus eorum culpa consecutus est à tutoribus.

EX hoc Principio fit, quod Vlpianus scribit in *d.l.si minoris 25. De admin. tutor.* Si minoris actum fuerit cum tutore adhibitis curatoribus, & pupillus ob hoc egerit cum curatoribus, & sint ei condemnati, in id quod sua intererat minoris tutorem culpa eorum condemnatum non esse, non eo quidem minùs posse pupillum restitui contra tutorem, Et ideò curatores si nondum iudicatum fecerint posse prouocantes vel per doli exceptionem consequi vt eis mandentur aduersus tutorem actiones, quia etiam post condemnationem permissum est tam curatoribus quàm tutoribus desiderare mandari sibi actiones aduersus eos pro quibus condemnati sunt *l.1.§. non tantum 18. D. de tut. & rat. distr.* Sed tamen si iam fecerint iudicatum curatores, id est si solidum persoluerint ita vt nihil iam minori absit, profuturum hoc tutoribus, quoniam, inquit, nihil minori abest, qui de præda magis quàm de dãno sollicitus est. Ex qua ratione apparet, id quod sequitur *nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus* vel delendum esse tanquam glossema imperiti interpretis, vel ita emendandum vt pro *nisi* legamus *nec si*. Nam quod pupillus paratus sit mandare actiones curatoribus, non facit vt eo magis quicquã absit pupillo, nec prodest vt contra tutorem suum vel ipse agere vel actionem aliquam mandare possit: Etsi enim curatores quod ex iudicato solucrunt non tam pro tutore minoris summæ condemnato quàm pro seipsis & ob culpam propriam soluisse videntur, ob idque nec tutorem ipso iure liberasse ex *reg.l. Papinianus 28. D. mandat.* cùm tamen tutelæ actio non nisi ex bona fide competat & ex quasi contractu, nec ad aliud quàm ad id quod pupillo abest, omnino consequens sit vt si iam plene & integre satisfactum sit pupillo, nulla ei actio superstit, saltem vtilis & cum effectu, ac quæ non potius per doli exceptionem elidi debeat quia

d.l.si minoris.

l.1.§. non tantum 18. D. de tut. & rat. distr. Emendatus Vlpianus.

l. Papinianus 28. D. mandat.

bona

bona fides non patitur, vt bis idem exigatur, quemadmodum ſcriptum eſt in regula iuris: Abſurdum namque eſſet actionem quæ in tutorem inutilis pupillo foret & inefficax, ob id ſolum fieri vtilem & efficacem, quod ab eo ceſſa fuiſſet curatoribus quibus propter condemnationem & ſolutionem ex condemnatione ſecutam aliquid abeſſet: Quiſquis enim ceſſa, & mandata actione vtitur, non plus iuris habere poteſt ex ceſſione, quàm cedens habuerit tempore ceſſionis, Nec quicquam intereſt tutoris, an ea actio qua potuit aliquando conueniri ſi qua ſupereſt poſt ſolutionem à curatoribus factam, ceſſa eis ſit à pupillo, an verò penes pupillum manſerit. Cùm vtroque caſu æquè verum ſit eam rationem facere pro tutore quod nihil abeſt pupillo cui curatores ad vltimum vſque quadrantem ſatisfecerunt. Atque ita legendum & intelligendum eſſe Vlpianum ex illo etiam conſtat quod non tam ſuam quàm Papiniani ſententiam eo loco refert ſumptam ex libro ſecundo Reſponſorum, quæ extat in *l. alterius* 20. §. 1. D. *de tut. & ration. diſtr.* vbi tamen nihil tale ſcriptum legimus de actione præſtanda contra tutorem curatori qui iam & condemnatus ſit & ſoluerit. Hoc enim tantum ait Papin. Actionem quæ poſt vigintiquinque annos ætatis intra tempus reſtitutionis aduerſus tutorem minore pecunia tutelæ iudicio condemnatum redditur, non idcirco inutilem eſſe quod adoleſcenti curatores ob eam culpam fuerint condemnati, Poſſe itaque curatores per doli exceptionem conſequi eam actionem præſtari ſibi, ſed ita demùm & ſub ea exceptione *ſi non factum ſit à curatoribus iudicatum.* Sic enim legendum eſt, vt apud Vlpianum in *d. l. ſi minoris*, non *iudicium* vt vulgo. Quæ exceptio probat apertiſſimè quod volumus, Cùm ergo iudicatum à curatoribus factum eſt, nullam exinde actionem à pupillo, vel adoleſcente præſtari curatoribus contra tutorem poſſe. De quo ne dubitare quiſquam poſſit illud etiam obſeruari volumus, Papinianum de ea tantùm actione loqui quæ aduerſus tutorem minore pecunia condemnatum competit beneficio in integrum reſtitutionis, Nec de alia actione Vlpianum intelligi poſſe, quod & Bart. ad eum locum fatetur. Nã actio tutelæ conſumpta & perempta eſt hoc ipſo quod fuit in iudicium deducta cùm per conteſtationem litis nedum per iudicatum & ſententiam extinguatur actio tutelæ, iure cuiuſdam nouationis ſicut & actio alia quælibet *l. vlt. C. de vſur. rei iud. l. aliam* 29. *D. de nouat.* Vt proinde nullus diſputationi locus relinquatur, An poſtquàm curatores iudicatum fecerunt, poſſit adhuc eis cedi actio quæ amplius nulla eſt. *l. 1. C. de contr. iud. tut. l. Modeſtinus* 76. D. *de ſolut.* Atqui actio reſtitutionis in integrum ſiue aduerſus rem iudicatam, ſiue ex quo uis alio edicti De minoribus capite per minorem reſtitutio poſtuletur non aliter competit, quàm ſi minor ſe læſum probet *l. nam poſteaquã* 9. §. *ſi minor.* D. *de iureiur. l. verum* 11. §. *ſciendum l. quòd ſi minor* 24. §. *non ſemper & paſſ.* D. *de minor.* & quidem eo tempore quo poſtulat reſtitutionem. Quod enim aliud tẽpus inſpicere prætor poſſet? ſiquidem nec læſus videtur qui non durat læſus. Porrò non poteſt dici læſus adoleſcens eo tempore quo actionem beneficio reſtitutionis ſibi competentem præſtare vult curatoribus tùm cùm iam curatores ei ſatisfecerunt quandoquidem nihil tunc ei abeſt. Nulla ergo ſupereſt ratio dandæ ei reſtitutionis aduerſus rem iudicatam, aut quod idem eſt, aduerſus tutorẽ minore pecunia condemnatum, quia nec poſſet ei cõpetere niſi de ſuperfluo vt loquitur *l. 1. C. ſi aduerſ. rem iud.* id eſt de eo, quod minùs conſecutus eſſet pupillus quàm ipſi deberetur. Planè cùm curatores condemnati tan-

l. alterius 20. §. 1. *D. de tutel. & rat. diſtr.*

Emendatus Vlpianus.

d. l. alterius §. 1.

l. 1. C. de cõt. iud. tut. l. aliam 29. *D. de nouat.*

l. 1. C. ſi aduerſ. rem iud.

Digitized by Google

tùm sunt,necdum satisfecerunt,nihil prohibet ipsis cedi ab adolescente actionem restitutionis,quæ adhuc competit,quia non facit condemnatio curatoris quominùs adhuc verum sit abesse adolescenti id quod consequi debuerat iudicio tutelæ,Nec enim cõdemnationẽ pati,soluere est.Illud igitur semper inspiciendum est an restitutio petatur,aut restitutionis cessio priusquàm iudicatũ factum sit à curatoribus qui in superfluam quantitatem condemnati sunt, an postea. Tunc enim & restitutio competit,& restitutionis cessio valet cùm iudicati executionem præcedit.Quo casu id est,cùm pupillus tutelæ actione cõtra tutorem siue alteri tutori siue curatori quem iudex in solidum condemnauit,cessit,quamuis postea iudicatum fiat,tamen actio data non intercidit,quia pro parte tutoris condemnati non tam tutela reddita quàm nominis precium solutum videtur vt eleganter ait idem Papinianus in *l.cùm pupillus* 21. *D.eo.* vbi quod ait de cessa tutelæ actione non pugnat cum eo quod diximus actionem tutelæ quæ in iudicium semel deducta fuit hoc ipso consumptam esse,Consumitur enim illa demum,quæ competit contra eum ipsum cum quo agitur,nõ autem illa quæ cõpetit aduersus contutorem cum quo actum non est,Sicuti dicimus,conuento tutore vel herede tutoris iudicio tutelæ curatorem eiusdem, neque ipso iure liberatum videri,neque exceptionem rei iudicatæ ei dandam, idémque in magistratuum heredibus obseruandum esse.At vbi pupillo plenissimè satisfactũ est qũisquis ille sit qui satisfecerit,omnis actio tollitur, quia ex eo tẽpore incipit pupillus esse sollicitus de præda non de damno. Alius apud Vlpianum error est vulgatæ lectionis in illis verbis *posse prouocantes per doli exceptionem consequi.* Legendum enim est *prouocantes vel per doli exceptionem.* Alterutrum enim auxilium sufficit vel appellationis vel exceptionis doli vt extorquere possit cessionem actionis & restitutionis à pupillo contutor vel curator qui fuit in solidum condemnatus. Idque constat apertissimè ex Papiniano in *d.l.alterius* §.1. vbi requirit solam exceptionẽ doli nõ etiam prouocationem.Nos de eo scripsimus pluribus in libris Coniect.neque hîc repetemus.

l. cùm pupillus 21. D. de tut. & rat. distr.

Alia emendatio Vlp. in d.l. si minorus.

ILLATIO II.

De adolescente vindicante prædium venditum cum decreto nec restituente precium.

l. sine herede 32. §. interposito eo tit. De adm. tut.

l. 2. C. de prad. min.

l. 1. & 3. de reb. eor.

SEcundò ex eodem Principio fit,quod scriptum est in *l.sine herede* 32. *§.interposito eo tit. De adm.tut.* Adolescens fundum Titio vendiderat interposito curatore. Adde interposito etiam decreto,Alioqui venditio nõ valeret,quæ facta esset cõtra prohibitionẽ Senatusconsulti,nec ad eã rescindendã vlla opus esset restitutione *l.2.C.de prad.minor.* Nisi poneres ex voluntate & permissu patris factam fuisse venditionem aut similem casum aliquem interuenisse in quo non sit opus decreto *l.1.& 3.D.de reb.eor.* Postea fraude agnita in integrũ restitutus adolescens & in possessionem induci iussus est,Cùm ex ea venditione nec ipsius condicio melior facta esset,nec in rem ipsius quicquam versum probaretur,quærebatur apud Modestinum an adolescens precium fundi emptori restituere,non deberet.Modestinus respondit, Pretium fundi ab adolescente venundati si rationibus eius non profuit, nec quicquam de eo à iudicante de in integrum restitutione statutum est,emptorem frustra postulare,Nimirum quia restitutio quæ minori conceditur,non aliam rationẽ aut æquitatem habet,

habet,quàm ne quid ei abſit,& vt in lemnis ſeruetur,quod non contingeret ſi precium ex cuius ſolutione nullam vtilitatem percepiſſet, reddere cogeretur. E contrario ſi poneres pecuniam precii verſam fuiſſe in rem adoleſcentis,dubitari non oporteret,quin etiamſi nihil de eo in ſententia expreſſum fuiſſet, reſtitui tamẽ preciũ emptori deberet,ne alioqui locupletaretur minor ex detrimento & iniuria emptoris,magiſque de præda quàm de dãno ſollicitus eſſet. Quãquã enim fundos ſuos,neque diſtrahere, neque obligare ſine decreto minor poteſt,nec minoris curator,ſi tamen vendiderit,& acceptũ preciũ creditoribus paternis,adoleſcentis ſolutum fuerit,quandocumque vindicanti ei prædiũ cum fructibus iure dominij non inutiliter doli mali opponetur exceptio, ſi non offerat ille preciũ,ac medii tẽporis vſuras quæ creditoribus deberentur, ſi ſolutũ ipſis non fuiſſet,vt ex Papiniano Paulus tractat in *l.ſi fundus* 13.§.*quãquam D.de reb.eor.* Si tamen ex cæteris facultatibus minoris æs alienũ ſolui nõ potuerit.Hanc enim addebat condicionẽ Papinianus. Ad quã tamẽ Paulus notat,Etſi ſolui potuerit æs alienum ex aliis rebus minoris,Si tamen illæ res ſaluę erunt ex quarũ precio æri alieno ſatisfieri potuit,adhuc dicendũ eſſe doli exceptionem obſtare debere,ſi lucrũ capteẽ pupillus ex damno alieno. Qui locus in hanc noſtrã ſententiã omnium accõmodatiſſimus eſt,Eique cõuenit quod ſcriptũ eſt in *l.prædiorũ* 10.*l.vtere* 14.*l.ſi prædium* 16.*C.de prad.min.* Ex quibus locis apparet legendũ eſſe in *d.§.quamquam*, non vt vulgò *debentur*, ſed vt in *d.l.vtere*,*deberentur*.Nullæ ſiquidem vſuræ debentur creditori cui ſors ſoluta fuit,nimirũ ex die ſortis ſolutæ,ſed deberentur ſi ex pecunia illius emptoris nõ eſſet ſors ſoluta.Illud tamen mirum videri poſſit,& accõmodatè ad Principiũ quod nunc tractamus explicatione dignum eſt,quod ſupradictis omnibus locis traditur,Emptori onus incumbere probandi,quòd pecunia precij verſa ſit in rem minoris,tùm quoque cùm ipſi curatori facta ſolutio eſt.Ita enim fieri videtur vt minori faueatur etiam cùm de præda magis quàm de damno ſollicitus eſt,ſiquidem dubitari non poteſt quin pecunia ſoluta tutori verſatur in actionem tutelæ,ſoluta verò curatori in actionem negotiorum geſtorum,cùm eiuſmodi ſolutione obligentur tutor & curator vt pecuniæ rationem reddant. Nã & ad eorum officiũ pertinebat vt prouiderent ne pecunia illa malè conſumeretur.Quod cùm ita ſit illud etiam conſequens ſit, vt verſa omnimodo ſit pecunia in rem minoris,quoties conuerſa eſt in actionem quæ fuerit per ſolutionem acquiſita.Nec enim quiſquam negauerit locupletiorem fieri eum qui acquirit actionem,quam qui habet,rem ipſam habere videtur vt eſt in iuris regula.Sed de tota quæſtione illa videnda ſunt quæ ſcripſimus in Rationalib. ad *l.quòd ſi minor* 24.§.*reſtitutio* D.*de minor.* & quæ ſcribemus pluribus in tertia parte Chiliadis noſtræ *De error.pragmat.*

l.ſi fundus 13.§. *quamquã eod.tit.*

l.prædiorum 10. *l.vtere* 14. *l.ſi prædium* 16. *C.de prad.minor.* *Emendatus a §. quamquam.*

ILLATIO III.

De ſumptibus voluntarijs ab emptore factis in prædium minoris.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod ſequitur apud Modeſtinum in *d.§. interpoſito, verſ. item reſpondit*, ſumptibus voluptatis cauſa factis ab emptore non eſſe onerandum adoleſcentem: Qui tamen ab codẽ ædificio ita auferri poſſit vt in facie priſtina id eſt quæ fuit antè venditionẽ ædificiũ manere poſſit emptori aufferre permitti oportere,Nẽpe quia nõ videtur quiſquam id habere quod niſi voluptatis cauſa non habeat, Nemo ſaltem dixerit ex volu-

d.§.interpoſito l.32. de adm. tutor.

ptariis impensis fieri quemquam locupletiorem,cùm nullius omnino sint vtilitatis,ob idque ab impensis vtilibus & re & nomine distinguantur *l. voluptaria 7.cum quatuor seqq.* De *impens. in reb. dotal.fact. l. impensa 79. De verb. signific.* Quæ tamen possunt à fundo separari eas si minor retinere velit non aliter potest quàm si earum precium offerat,dummodo tales sint quibus ablatis eadem nihilominùs ædificii facies permansura sit,quoniam alioqui de præda esset sollicitus minor qui eas impune retinere vellet,& ex aliena iactura locupletaretur.Duo igitur,quantum ad hanc rem attinet cóncurrere necesse est, Vnum vt commoda sit istarum vtilium impensarum separatio,id est talis quę rei faciem pristinam non possit immutare,Alterum vt postquàm separatæ fuerint,aliquam vtilitatem aut potiùs voluptatem ei qui separauerit adferre possint.Neque enim malitiis indulgendum est,si tectorium puta quod induxerit emptor picturásque corradere velit,nihil inde laturus nisi vt officiat vt Celsus tractat in *l. in fundo* 38. *D. de rei vindicat.* Nec superioribus contrarium est quod Scæuola respondit in specie *§. vlt. l. intra vtile* 39. D. *de minor.* non esse restituendum minorem volentem in integrum restitui aduersus fundi venditionem à curatore factam,nisi maluerit omnes expensas,quas bona fide emptor fecisse adprobauerit ei præstare:si paratum sit minori auxilium aduersus curatores qui idonei prop onantur. Nam præter id quod de vtilibus tantùm impensis sensisse videtur Scæuola,cùm per voluptarias fundus non fiat melior, sed ornatior,Potest eam videri species illa propriam quandá habere rationẽ, quòd non alia de causa videretur minor impulsus fuisse ad petendã restitutionẽ,quã quia per eiusmodi impẽsas fundus melior factus esset,nõ petiturus restitutionem si factæ impensæ non fuissent:quæ res facit sanè multò fauorabiliorem causam emptoris,& odiosiorem minoris,cui hoc casu sufficere debet, quod à curatoribus idoneis constitutis indemnitatem consequi possit,Quãuis regulariter verum sit non eo minùs restituendum esse minorem,quòd aduersus idoneos curatores paratam habeat actionem,*tot. tit. C. si tutor. vel curat. interuen.* cùm ipsius interest corpus habere potiùs quàm æstimationem *l. si ex causa 9. in princip. D. de minor.* Iusta scilicet adfectione retinendorum bonorũ quæ patris maiorúmve ipsius fuissent *l. si in emptionem* 35. D. *eod.* Restitutio nãque in integrum reddit minori corpus ipsum quod fuit venditum, Actio verò de indemnitate quam contra curatores exercere potest,nihil nisi pecuniã, qua omne id quod minori abest,æstimandum est.Ex quo intelligimus, quoties nihil aliud petit minor per in integrum restitutionem quàm vt sibi pecunia & indemnitas præstetur,nullam esse rationem cur ei succurrendum sit cõtra emptorem aliúmve quemlibet,quandiu indemnitatem potest consequi à curatore,quoniam cæteris paribus promptior & paratior est actio quæ aduersus tutorem vel curatorem competit iure ordinario,quàm quæ contra emptorem aliúmve tertium per in integrum restitutionem,Nec proinde fieri potest vt quicquam minori absit hoc nomine,tametsi restitutio in integrum ei denegetur:Longéque iustius & æquius est fauere emptori qui bona fide contraxerit,vel ob hoc ipsum,Ne fiant de lite lites si condemnatus emptor postmodum aduersus curatorem regressum habere cogatur,siue propriis,siue cessis sibi à minore actionibus quibus vtique semper cedere minor cogitur *d. l. si minoris 25. l. vlt. D. de adm. tut. l. in creditore 38. D. de euict.* Alioqui si vel nolit vel non possit cedere summouendus est exceptione cedendarum actionum, tanquam qui hoc casu sollicitus sit de præda,magis quàm de damno. ILLA-

l. voluptaria 7. cum quatuor seqq. De impens. in reb. dotal. fact. l. impensa 79. de verb. signific.

l. in fundo 38 D. de rei vindic. l. intra vtile 39. §. vlt. D. de minor.

tit. C. si tut. vel cur. interuen.

l. si ex causa 9. in prin. de minor. l. si in emptionem 35. eod.

l. si minoris 25. l. vlt. D. de adm. tut. l. in creditore 38. D. de euict.

ILLATIO IV.

De duobus tutoribus cum quorum altero actum fuit.

QVartò ex eodē Princip. fit, vt ex duobus tutoribus si cū altero actū fuerit? alter ob hoc solùm nō liberetur *l. qui tutor* 18. §. 1. D. *eo. ti. De adm. & per. l. qui tutor tut.* Quāuis enim ita receptum sit in pluribus correis debēdi, aut fideiussoribus si ius vetus inspiciatur, vt vnius electione alius liberetur, vt refert Paulus *lib.* 2. *sent. tit.* 17. *Ex empt. & vend.* §. *vlt.* (aliud enim hodie obtinet post Iustiniani cōstitutionem in *l. vlt. C. de fideiuss.*) tutorum tamen ideo alia ratio est, quod pupillis eousque fauendum est, vt nihil iis absit, Abest autem tandiu quandiu ipsis satisfactum non fuit, nec eo minùs quòd cum vno ex tutoribus actum sit. Non enim quisquis cœpit agere hoc ipso haberi debet pro eo acsi id cuius nomine agit iam esset consecutus.

l. qui tutor 18. §. 1. De admin. tut.

l. vlt. C. de fideiuss.

ILLATIO V.

De vsuris etiam post finitum officium in diem vsque tutelæ restitutæ præstandis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt tutor etiam post finitum officium vsuras nihilominùs debeat in eum vsque diem quo tutelam restituit *l. tutor qui repertorium 7. §. vltim. l. Lucius* 46. §. *quæsitum* D. *eod. tit. De admin. & peric. tutor.* Quandiu enim abest ei pecunia quæ ex ratione tutelæ ipsi restitui debet, tandiu absunt etiam ei vsuræ quas ex pecunia illa posset redegisse si suo tēpore fuisset restituta, Ideóque ne quid pupillo absit, hactenus ei faueri oportet vt vsurarum quoque ratio habeatur, Nimirum si non multò post tutelam finitam tempore ratio tutelæ petatur. Nam alioqui periniquum sanè est eum cui fortè post viginti annos, vel amplius in mentem vēnerit, tutelam reposcere, etiam vsuras postulare, Maximè si non contra tutorem agatur, sed contra heredem tutoris *l. maximéque* 29. *eod.* Extra hunc casum non satis erit tutori, quòd per eum non steterit, quominùs conuentus restitueret tutelam, Nisi etiā obtulerit pecuniam quam sciuit se debere? At neque sufficit obtulisse nisi & deposuerit obsignatam tuto in loco, vt contra Marcellum Vlpianus disputat in *l. tutor* 28. §. 1. *eod.* Sola namque obsignatio non etiam oblatio vim solutionis habet *l. acceptam* 19. C. *de vsur. l. obsignatione* 12. C. *de solut.* Tandiu autem verum est abesse pupillo quandiu non fuit ei solutum quod debebatur.

l. tutor qui repertorium 7. §. vlt. l. Lucius 46. §. quæsitum de admin. & peric. tutor.

l. tutor 28. §. 1. eod.

ILLATIO VI.

De tutore duorum impuberum quorum vnus factus sit pubes, alter sit adhuc impubes.

SExtò ex eodem Principio fit, vt si quis duorum impuberum tutelam sustineat quorum vnus pubes factus sit, alter adhuc sit impubes, tutelæ iudicium non ideò differri oporteat quantum ad personam puberis quod impubes alius idémque coheres adhuc sit sub tutela, & potestate eiusdem tutoris *l. tutores* 39. §. *penult. eod. tit.* Cùm enim pupillo absit, quod ei ex causa tutelæ debetur, esset contra vtilitatem pupilli facti puberis si ob personam alterius impuberis actio tutelæ differretur, vel ob id maximè quod fieri potest non soluendo tu-

l. tutores 39. §. pen. eod. tit.

Digitized by Google

tor,qui nunc fortaſſe ſit ſoluendo,nec tutor tantùm,ſed ipſius etiam fideiuſſores.Neque ad rem pertinet quod propter indiuiduã hereditatibus poſſeſſionẽ non facilè videatur ratio tutelæ quantum ad vnum ex coheredibus expediri poſſe quin vtrique communiter ratio reddatur.Nam imò verò nihil prohibet reddi ſingulis coheredibus ſeparatim,acii tot eſſent patrimonia quot ſuntperſonæ coheredum,vt ſanè ſunt.Quod ſi quid occurrat ita indiuiduum, vt nili communiter reddi ratio non poſſit,tùm quoque nihil vetat eandem conſtitui reddendæ rationis formam quæ conſtitueretur ſi ambo eſſent puberes,ſed ita tamen vt pro parte illius qui impubes manet, remaneant omnia penes tutorem acſi nullæ,quod ad eum,rationes redditæ eſſent.Nihil igitur poteſt incidere propter quod actio tutelæ differenda ſit ob perſonam impuberis coheredis cùm verum ſit alterius qui agere vult, pubertate finitam eſſe tutelam *l.1.& 2. C.quand.tutor.& curat.eſſe deſin.* aliiſque vulgaribus.

ILLATIO VII.

De priuilegio quod habet pupillus in bonis tutoris ſui vt creditoribus chirographariis præferatur.

l. ex pluribus 42.eo.ti.

l.vlt. D.de tutel.& ration.diſtr.

l. dabimúſque 19. §.1. D. de reb. autor. iud. poſſ.

SEptimò ex eodem Principio fit,quod ſcriptum eſt in *l.ex pluribus 42. eod. tit.De admin.& peric.tut.* Si ex pluribus tutoribus vnus in ſolidum condemnatus ſit,iſque in rem ſuam procurator datus fuerit,non idcirco dandum ei eſſe priuilegium,quod habet pupillus in bonis tutoris ſui vt cæteris creditoribus chirographariis præferatur *l.vlt.* D.*de tutel.& ration.diſtr.*quia nec heredibus pupilli priuilegium tale vllum datur *l.dabimúſque* 19.§.1.*De reb.autor.iud.poſſid.aliàs l.4.§.1.De priuileg.credit.* Nimirum quia vt Papinianus ſubiungit in *d.l.ex pluribus*,huiuſmodi priuilegium introductum eſt, vt ſuccurreretur non cauſæ, ſed perſonæ,quæ præcipuum meruit fauorem. Fuit enim facũdum pupillo ne quid ei abeſſet cùm nihil poſſit ei imputari cur ſibi meliùs non proſpexerit, qui vtique proſpicere non potuit propter ætatis imbecillitatem. Quæ ratio ceſſat in perſona heredis, cui etiamſi aliquid abfuturum ſit ex eo quod pupilli priuilegium non habeat, nihil tamen ex eo iniqui emergit, cùm heredi qui ſemper habet cauſam lucratiuam nulla fiat iniuria ſi communem ſequatur cæterorum creditorum condicionẽ,qui vt plurimùm certant etiam de damno vitando. Quare nec aliud erit etiamſi hic pupilli heres ipſe quoque pupillus proponatur. Æquè enim habet cauſam lucratiuam,nec ſuccedit vt pupillus,ſed vt alius heres quilibet: Neque quicquã poſſet iniquius dici, quàm vt cæterorum tutores creditorum condicio ob id fieret durior, quod pupillus pupillum heredem reliquiſſet. Succurritur quidẽ pupillis, & minoribus in quibuſdam quę non tam ad perſonæ quàm ad cauſæ fauorem pertinẽt, vt cùm agitur de beneficio in integrum reſtitutionis,Et in his non minùs heredi pupilli minoriſve ſuccurritur, quàm ipſi minori pupillóve *l.minor autem* 18.*§.vlt.& l.ſeq. D.de minor.* Sed beneficium illud dicendum eſt veriùs quàm priuilegium,quo nomine priuilegij ſolemus intelligere priuatas leges in fauorem certarum perſonarum latas,qualis non illa eſt,vt pupillus poſſit in integrum reſtitui aduerſus contractum in quo læſus ſit, (nam & alis pleriſque perſonis prętor tribuit auxilium reſtitutionis ex variis cauſis, ſi ratio & æquitas cauſæ id ſuadeat potius quàm fauor perſonæ *l.3.*D.*de in integr.reſtit.* neque rurſus pupillos & minores paſſim prætor reſtituit, ſed cauſa cognita

l.minor autem 18. §. vlt. & l.ſeq. D. de minor.

l.3.D. de in integr.reſtit.

cognita & ita demũ ſi capti proponãtur *l.verũ* 11.*§.ſciendum eſt l.quod ſi minor* 24.*§.non omnia D.de minor.l.nam poſteaquàm* 9.*§.ſi minor.D. de iureiur.*) Sed iſta,vt pupillus præferatur cæteris creditoribus chirographariis etiam tempore anterioribus in bonis ſui tutoris,vel protutoris *d.l.vlt.De tutel.& rat.diſtr. diſt.l.dabimúſque* 19.*§.1.de reb.autor.iudic.poſſid.* Cuius priuilegij ratio alia reddi non poteſt,quam fauor perſonæ impuberis, qui fauor cùm pendeat omnino à perſona tranſire in pupilli heredem numquam poteſt. In eum verò qui à pupillo conſtitutus ſit procurator in rem ſuam, multò minùs: quia ceſſionarius quiſquis ille ſit & ex quacumque cauſa ſemper ſingularis ſucceſſor eſt,heres verò ſemper vniuerſalis,ac proinde in quẽ facilius iura omnia tranſire poſſint & debeant,quàm in ſucceſſorem ſingularem,Vt nõ abs re ſoleant interpretes ex illo Papiniani reſponſo probare,Non eſſe ceſſibile, vt loquuntur id quod non eſt tranſmiſſibile.Quamuis non æquè facilè admitti è contrario poſſit,quod tamen iidem interpretes vulgo iactitant, Tranſmiſſibile non eſſe quod non eſt ceſſibile. De quo alibi erit tractandum. Sic & in dote euenit,vt pleraque beneficia dotis cauſa habeat,quæ etiam ad mulieris heredes tranſmittuntur,quale illud eſt, vt tacitam habeat hypothecam & ſtipulationem *l.vnic.C.de rei vxor.act.* Alia verò non tam dos quàm perſona mulieris, Cuiuſmodi illud eſt, vt præferatur omnibus creditoribus expreſſam quoque & anteriorem hypothecam habentibus, Ex Iuſtiniani conſtitutione in *l.aſſiduis* 12.C.*qui potior.in pignor. hab.* Item vt non poſſit conueniri niſi in quantum facere poteſt,vt nec viciſſim maritus *l.quia tale* 14.*cum l.preced.* D.*ſolut. mat.* Ex hoc autem intelligimus priuilegiũ illud pupilli antiquo iure non fuiſſe priuilegium tacitæ hypothecæ,vt plerique putant, ſed prælationis, quia ſi eſſet priuilegium tacitæ hypothecæ tranſmitteretur ad heredes pupilli cùm per hypothecam conſtituatur ius in re quod proinde tranſit in heredem quẽlibet,Non enim ſunt perſonalia priuilegia, quæ afficiunt rem ipſam *d.l.vnic. C.de rei vxor.act.& tot.tit.*D.*&* C.*In quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.cont.*Neque rurſus priuilegium prælationis vllum habere pupillus poſſet,aut deberet,ſi tacitæ hypothecæ ius haberet. Hoc ipſo enim præferretur ex iure communi ex quo quiſquis creditor hypothecarius eſt licèt tacitam duntaxat hypothecam habeat,omnibus tamen chirographariis præfertur *l.pro debito* 6.C.*de bon. autor.iudic.poſſid.l.eos qui* 9.*C.qui potior. in pign.hab.* Neque verò de alio quàm de prælationis priuilegio & de chirographariis creditoribus accipi poteſt *tit. ille De reb.autor.iudic.poſſid.* aut ille qui eſt in vulgaris codicibus *De priuileg. credit.*Dixi *antiquo iure,* quia ſi nouum inſpicias non eſt dubitandum quin hodie tutorum & curatorum omnium bona taciti pignoris titulo ſint obligata *l.vlt.*C.*de legit.tutel.l.pro officio* 20.*C.de admin.tut.*Sed hoc primus induxiſſe videtur Cõſtantinus in *d.l.pro officio,*ad cámque conſtitutionem refero quod Iuſtinianus de hac tacita hypotheca ſcribit in *d.l.vnic.§.1.C.de rei vxor.act.*Nam quod ſcriptum eſt in *l.vnic.*C.*rem alien.ger.non eſſe interd.*quæ lex eſt Seueri & Antonini qui Conſtantinum præceſſerunt facilè poteſt intelligi de alio iure quàm quod ſit tacitæ hypothecæ, ſcilicet de iure reuocationis, quod cõpetit cuilibet in cuius fraudem aliqua facta ſit alienatio ab aduerſario condemnato: Vix enim eſt vt non alienet in fraudem qui alienat poſt condemnationem ſi ex eo fiat non ſoluendo , Non quòd per ſolam ſententiam bona debitoris condemnati obligata eſſe incipiant,ſed quia incipiunt eſſe in ea cauſa, vt pro

d.l.vlt. De tutel.& rat. diſtr.d.l. dabimúſque 19.§.1. de reb. autor.iudic. poſſid.

Non eſſe ceſſibile quod non eſt tranſmiſſibile.

l.vnic.C.de rei vxor. act.

l.aſſiduis 12. C.qui potior. in pign.hab. l. quia tale 14 cum preced.& ſolut. matr.

l pro debito 6.C.de bon. autor. iud. poſſid. l.eos qui 9 C.qui potior.in pig. hab.

l.vlt. C.de legit. tut.l. pro officio 20.C.de admin.tut.

d l.vnic.§.1. C.de rei vxor.act.

l.vlt.C.rem alien.gerent

iudicati executione obligari & pignori capi à magiſtratu poſſint *l. à Diuo Pio* 15. §. 1. *D. de re iud.* Quod à nobis iam fuſiùs tractatũ & diſputatũ fuit ad *Prin. 3. illat. 11. hoc tit.* Superioribus conſequens eſt, vt ea Papiniani ſententia quæ extat in *d. l. ex pluribus*, itémq; Vlpiani in *d. l. dabimúſque* 5. 1. ſit hodie abrogata. Nec enim dubitandũ eſt quin ius tacitæ hypothecæ nõ tãtùm pupillis, ſed etiam minoribus indultum non modò tranſmiſſibile ſit in heredem, ſed etiã ceſſibile, aut vt alij loquũtur credibile, ſiue contutori in ſolidũ condẽnato fiat ceſſio vt in *d. l. ex pluribus*, ſiue alij cuilibet in rem ſuam conſtituto procuratori. Cùm enim rem ipſam afficiat, nihil iam eſt quod impediat quominùs & tranſmitti & cedi poſſit, quia non tam perſonæ pupilli, vel adulti, quàm cauſæ fauorem reſpicit, planéq; inauditum eſt, vt ius pignoris, ſiue expreſſi, ſiue taciti per creditoris mortem extinguatur, quomodo tamen pupilli priuilegium de quo nunc agimus ipſius morte extinguebatur: Sicut autem plenius eſt ius pupilli tacitam hypothecam habentis, quàm eſſet olim cùm non haberet niſi ius prælationis, Ita è contrario plenius aut, vt verè dicam, amplius erat olim priuilegium illud prælationis quàm hodie ſit tacitæ hypothecæ, quia competebat pupillo non tantùm in bonis tutoris veri, aut etiam eius qui pro tutore geſſiſſet *d. l. vlt. D. de tut. & rat. diſtr.* Sed etiam in bonis cuiuſlibet qui negotium impuberis ex ſolo amicitiæ officio adminiſtraſſet *l. ſi negotium* 23. *D. de reb. autor. iudic. poſſid.* Cùm tamen nemo probabiliter dicturus ſit hodie bona iſtius, qui ex ſolo amicitiæ officio negotium pupilli geſſerit, eſſe pupillo tacitè obligata, Quãuis nõ ignorem placere noſtris poſt Accur. ad *d. l. pro officio*, etiã protutoris ſicut & tutoris bona pro adminiſtratione teneri vinculo taciti pignoris. Ex *d. l. vl. De tute. & ra. diſt.* quæ tamẽ nõ de tacitæ hypothecæ, ſed de prælationis priuilegio accipiẽda eſt, vt diximus. At illud etiã obſeruatione dignum eſt, quod quamuis Conſtantinus in *d. l. pro officio*, dederit ius tacitæ hypothecæ adultis quoque in bonis curatoris, prælationis tamen priuilegium quod olim habebat pupillus inter creditores chirographarios in tutoris bonis, non habebat adultus in bonis curatoris, Fortaſſe ideò, quod minùs neceſſe videretur faueri huic re adulto, qui ſicut curatorem ſibi petere poterat, ita & ſibi ſtipulari & proſpicere, ſiue fideiuſſoribus, ſiue pignoribus acceptis: quorum omnium nihil eſt quod de pupillo dici poſſit. Aliorum quibus tanquam debilibus & infirmioribus eſt, quorum non modò bonis, ſed etiam perſonis curatores dantur, alia ratio eſt, Hi enim pupillo æquiparantur melius quàm adoleſcentes, cuiuſmodi ſunt furioſus, prodigus, mutus, fatuus & aliæ ſi quæ ſunt ſimiles perſonæ de quibus agitur in *d. l. dabimúſque §. 1. cum trib. ll. ſeqq. D. de reb. aut. iud. poſſid. & d. l. vlt. D. de tutel. & rat. diſtr.* Ex quo intelligimus quantùm referat, an de prælationis priuilegio, an verò de tacitæ hypothecæ beneficio agamus, etiam nouo iure inſpecto. Etſi enim fruſtra eſt tractare hodie de priuilegio prælationis in iis caſibus, in quibus competit ius tacitæ hypothecæ, Tamen extra illos caſus ſaluum etiam hodie eſt priuilegium prælationis vbi ius tacitæ hypothecæ deficit, vt puta ſi quis neque quaſi tutor, neque quaſi protutor, ſed tanquam amicus negotium pupilli geſſerit *d. l. ſi negotiũ* 23. Et contrà poteſt ius tacitæ hypothecæ locum habere habẽtque in cauſa adulti rationem adminiſtrationis à curatore repoſcentis, qui tamen prælationis priuilegium olim nullum habebat.

d. l. ex pluribus 42. *D. de admin. tutor. d. l. dabimúſque* §. 1.

d. l. vlt. D. de tutel. & rat. diſtr. l. 5. negotiũ 23. *D. de reb. aut. iudic. poſſid.*

Adultus nõ habebat olim priuilegium in bonis curatoris.

Quantũ referat an de priuilegio prælationis tractetur, an de priuilegio tacitæ hypothecæ.

ILLA-

ILLATIO VIII.

De tutoris defensore condemnato.

OCtauò ex eodem Principio fit, quòd Paulus scribit in *l. defensor* 22. *D. de tutel. & ration. distr.* defensorem tutoris condemnatum non auferre priuilegium pupilli. Neque enim, inquit, sponte cum eo contraxit. Sensus non ille est, si quis tutorem vltrò defenderit aduersus pupillum, & condemnatus sit, idem priuilegium competere pupillo in bonis defensoris, quod competeret in bonis tutoris, scilicet vt inter cæteros creditores chirographarios habeat ius prælationis, Quasi pupillo abesset aliquid si non eodem iure vteretur aduersus tutoris defensorem quo aduersus tutorem ipsum. Nulla enim vnquam lex fuit quę priuilegiũ pupillo dederit in bonis eius qui tutorẽ, siue ex volũtate, siue ex necessitate defenderit, quod nec datur ei in bonis magistratus *l. 1. §. priuilegium* D. *de magistr. con.* Sed Pauli sententia est, Priuilegium quod habet pupillus in bonis tutoris non esse ipsi aufferendum ob id solum quod cum tutoris defensore iudicium acceperit. Etsi enim potest videri eo iudicij genere nouatio quædam facta esse propter mutationem personæ, cùm alia sit persona tutoris alia defensoris, Dici autem solet perire priuilegium tutelæ si nouatio fiat *l. si pupillus* 9. *D. de nouat.* (quę dubitãdi ratio erat apud Paulũ) ius tamen pupilli illud tuetur, quod non sponte & vltrò quasi contraxit cum defensore tutoris, sed ex necessitate, in eum incidit, quia recusare non potuit quominùs ab amico tutor defenderetur, Proinde imputari ei non potest cur defensoris personam secutus sit, nec ei nocere debet nouatio, quæ non fuerit voluntaria *l. aliam* 19. *eod. tit. De nouat.* Illa igitur ratio semper pro pupillo facit, quòd indemnis omnino seruandus est ne quid ei absit, quod nequaquam fieret si priuilegium ei aufferretur, cuius auxilio possit consequi ante cæteros creditores quicquid ex tutelæ causa debeatur, mansurus alioqui in damno. Non enim de priuilegio quæri solet nisi cùm debitor soluendo non est, Eáque nimirum etiã ratio est propter quam visus fuit dignus pupillus cui priuilegium hoc in bonis tutoris concederetur, Scilicet quod non sponte contrahat, aut quasi contrahat cum tutore, sed incidat in tutorem *l. vlt. in fin.* D. *rem pupil. salu. for.* Ex qua ratione tantò magis confirmatur, quod proxima illatione dicebamus non idem adulto competere priuilegium in bonis curatoris. Adultus enim vltrò & sponte contrahit, aut saltem quasi contrahit cum curatore, cùm non detur curator nisi volenti & petenti *§. item inuiti Instit.* De *curat.*

l. defensor 22. D. de tutor. & ration. distr.

l. 1. § priuilegium De mag. conuen.

l. si pupillus 9. D. de nouat.

l. aliam 19. eod.

l. vlt. in fin. D. rem pupil. salu. for.

ILLATIO IX.

De pupillo qui tutoris sui reliquationem secutus agit in bona tutoris vendita.

NOnò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus scribit in *l. qui nominibus* 44. De *admin & pericul. tutor.* Si pupillus post pubertatem rationibus à tutore acceptis reliquationem eius secutus vsuras acceptauerit, non idcirco eum amittere priuilegium suum in bonis tutoris venditis. Prætorem enim priuilegium ei suum seruare debere, Nempe quia vsurarum perceptio non facit nouationem, vt tutelæ actionem perimat cui priuilegium hoc datũ est fauore personæ pupilli, nec quod pupillus factus sit pubes, efficere debet,

l. qui nominibus 44. D. de admin. tut.

vt eò minùs fauorabilis videri possit, quandoquidem priuilegium hoc non tã ætati datur, quàm personæ propter ætatem, Persona autem per pubertatem non mutatur licèt tutela finiatur: Tandiúque fauor debitus personæ pupilli durat, non quandiu ipse pupillus manet, sed quandiu verum est ei abesse aliquid ex causa tutelæ, Negari porrò non potest quin absit ei summa illa quam ex reliquatione pupillo debitam fuisse constitit, & cuius vsuras pupillus post pubertatem percepit. Neque tamen iis assentior qui notãt, Esse hoc aliud & nouum priuilegium pupilli, vt accipiendo vsuras à tutore vetus priuilegium suum non amittat ex *l. si ventri* 24. §. 1. *D. de reb. aut. iudic. possid. aliàs l. 9. De priuileg. cred.* vbi scriptum est, Eum qui fidem publicã secutus deposuit pecunias suas apud mensularium potiorem quidem cæteris creditoribus causam habere post priuilegia, id est post priuilegiarios creditores: Sed tamen si depositis nummis vsuras à mensulario acceperit non esse à cæteris creditoribus separandum. Id enim propriam, & specialem rationem habet, quam Vlpianus subiungit, quoniam ista vsurarum perceptio facit, vt creditor hic nõ tam deposuisse pecuniã quàm credidisse videatur, & exinde non tam fidem publicã secutus esse, quàm priuati sui debitoris. Excedit enim ea res notissimos depositi terminos, vt depositarius quisquis ille sit, & pecuniis depositis vti possit, & vsuras persoluat *l. Lucius* 24. *D. depos.* Aliud autem est deponere, Aliud credere, Nec quod priuilegium habet is qui deposuit in bonis mensularij, idem etiam concessum est creditori, cuius causam nulla fidei publicæ quam secutus sit, ratio fauorabilem facit. At in priuilegio tutelæ nihil tale est, quia remanet pristina tutelæ obligatio & actio etiam postea quàm pupillus à tutore vsuras perceperit, siquidẽ nihil in eo pupillus facit quod videri debeat alienum à tutela. Neq; enim tutelæ terminos excedit, quod vsuras pupillus acceperit quas ipso etiam tutelæ iudicio consequi posset *tot. tit.* C. *de vsur. pupill.* Est igitur ex iure communi non ex nouo pupilli priuilegio, vt vetus priuilegium etiam post vsurarum perceptionem pupillo saluum superstit, Déque illo potiùs dubitari potest, quẽnam fuerit apud Paulum ratio dubitandi. Illa verò fuisse mihi videtur, quòd periisset priuilegium tutelę si actione tutelæ expertus pupillus vsuras tantùm consecutus fuisset, quia licèt sola contestatio non perimat priuilegium tutelę tanquam quæ coacta non voluntaria sit nouatio, *d. l. aliã* 19. D. *de non.* agi tamẽ tutelę sępius quàm semel nõ potest, ob idque nimirũ, vt suo loco suprà diximus, actionẽ tutelę in tẽpus pubertatis differri placuit, ne priùs proposita, priùs consumeretur. Porrò plus quàm egisse videtur, qui exegit, cùm exactio nihil aliud sit quàm actionis effectus & executio. Sed ratio decidẽdi est, quia lõgè dispar est hac parte ratio actionis & exactionis. Actio totam tutelæ obligationem consumit, quia totam illam in iudicium deduxit, Nec tam inspiciẽdum est hac parte quis iudicii effectus fuerit, quàm quis finis & quæ potestas propositæ actionis. At exactio quoniam facti non iuris est nihil consumit, nisi quatenus exactum solutúmque est, Nemo autem dixerit solutis vsuris sortem quoque solutam videri. Mirum igitur non est vsurarum perceptione priuilegium tutelæ non amitti.

l. si ventri 24. §. 1. *De reb. autor. iudic. possid. aliàs l. 9. De priuil. credi.*

l. Lucius 24. *Depos.*

Ratio dubitandi apud Paulum.

Alia ratio est actionis alia exactionis.

ILLA-

Digitized by Google

ILLATIO X.

De pupillo qui alterum ex suis tutoribus post pubertatem liberauit.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si pupillus alterũ ex tutoribus post pubertatem libẽrauerit, improbe alterũ illius nomine conetur interpellare *l. si pupillus* 45. D. *eo. tit. de admin. & peric. tut.* Iam enim de præda magis quàm de damno sollicitus est minor, qui ab altero consequi velit eam ipsam quantitatem à qua alterum tutorem liberauerit, siue liberatio illa gratuitò facta sit, siue accepta pecunia, cùm perinde haberi debeat acti consecutus esset cã quantitatẽ à qua alium liberauit. Nã neque pro ea quantitate posset suis actionibus cedere contutori contra quem in solidum ageret, ideóque cedendarum actionum exceptione repellendus esset *l. si minoris* 25. *& l. vlt.* D. *eo.* Nec obstat quod gratuita liberatio sit donatio, quæ proinde minori quamuis puberi interdicta videatur *arg. l. tutores* 39. *§ ab eo qui restitutionis* 3. *eod. tit.* Nam præter id, quod is qui donat sibi alium naturaliter obligat, in eóque videtur fieri locupletior si postea *aliquid* acceperit, *l. sed & si lege* 25. *§. consulitur. de petit. hered.* nulla lex est quæ minorem prohibeat donare illi quem habet tutorem dummodò post pubertatem donet, quamuis aduersus eam donationem in integrum restitui possit beneficio ætatis tanquam læsus *tot. tit. C. si aduers. donat.* Haud dubiè nãque legitur quisquis donat hoc ipso, quod donat, cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias* 7. *D. de don.* Neque repugnat quod scriptũ est in *d. §. ab eo*, in illis verbis *nec donatum, sed transactum videtur.* Non enim eorum verborũ sensus ille est, quasi minor nihil possit remittere ei qui tutor fuit, per speciem donationis, sed tantùm per speciem trãsactionis, cùm eo loco tractet Papinianus de remissione per eum facta qui neque pupillus, neque minor amplius sit, siquidẽ ponit talem cũ esse qui restitutionis auxilio iuuari amplius nõ possit, qua proculdubio iuuaretur minor perinde aduersus transactionem atque aduersus donationem *tot. tit. C. si aduers. transact.* Sed ita loquitur Papinianus respiciens ad legem Cinciam quæ supra certum modum donari prohibebat nõ etiam transigi *l. pen. §. 1. l. Aquilius* 27. *D. de donat.* & Papiniani sensus est, si ab eo qui restitutionis auxilio non iuuatur quæstio culpæ tutorum conuentione remissa sit, omnimodo & indistincte valere remissionẽ, id est nõ adhibita distinctione illa Quantum ex ea remissione lucri & commodi tutor consequatur, quia tunc ei distinctioni locus est & de modo emolumenti quæritur, cùm de donatione agitur non etiam cùm de transactione: In proposito autem trãsactum potiùs quàm donatum videtur. Sequitur apud Paulum in *d. l. si pupillus Idémque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum respublica conuenit*, vt nimirum pro huius portione alter postea improbe conueniatur. In quo obseruãdum est non sic loqui Paulum, vt exigat alterum ex magistratibus collegis fecisse liberatum, sed satis ei esse, vt alter ille fuerit à republica conuentus: quia in eo melioris conditionis sunt, Magistratus collegę, quàm contutores, quòd vnius conuentione alij liberãtur, sicut euenitebat olim quoties eiusdem pecuniæ plures erant correi debendi *l. vlt.* C. *de fideiuss.* Quod omnium optimè hic Pauli locus probat. Subiungit enim Paulus, *sed hæc in magistratibus tractani, quasi duo rei eiusdem debiti essent omnimodo.* Ita significans apertissimè in duobus reis debendi hoc ius esse, vt conuento vno in solidum alius in solidum liberetur, sicut & è contrario agente vno ex pluribus

l. si pupillus 45. *De admin. tutor.*

l. si minoris 25. *l. eod. l. iuueres* 19. *§ ab eo qui restitutionis eod.*

l. pen. §. 1. l. Aquilius 27. *D. de don.*

l. vlt. C. de fideiuss.

l. ex duobus 16. D. de duob. reis.

correis credendi, alij amplius ſolui non poteſt *l. ex duobus 16. D. de duob. reis.* Sed tamen monet Paulus non ita eſſe vt collegæ magiſtratus correorum iure cenſeri debeant. *Nam ſi vterque idoneus eſt*, inquit, *electio locum non habebit*, Supple quæ locum haberet ſi eſſent correi. Nam in correis ſine dubio locum habebat electio temporibus Pauli, habuitque ſemper vſque ad tempora Iuſtiniani qui primus in *Nouell. 99. De reis prómitt.* dedit iis beneficium diuiſionis. Tutorum ſeparata ratio eſt. Aliquando enim correis comparari poſſunt, quod attinet ad hanc electionem, aliquando non poſſunt: Si conſtet pro qua parte quiſque adminiſtrauerit, pro ea ſola parte conueniri debet, quandiu contutor ſoluendo eſt, qui pro alia parte adminiſtrauerit, ſi verò

l. ſi plures 38. D. de admin. tut. l. §. nunc tractemus De tute. & rat. diſtr.

nullæ partes adminiſtrationis inueniantur, electioni locus eſt *l. ſi plures 38. eod. tit.* iunct. *l. 1. §. nunc tractemus D. de tutel. & ration. diſtr.* Itaque priore caſu non habentur contutores pro correis, at potius pro confideiuſſoribus: poſteriore verò pro correis habentur, Niſi hactenus quod non electione vnius quomodo in correis euenit, ſed ſolutione demum ab vno ex tutoribus facta contutor alius liberatur. Quid ergo habent commune contutores cum collegis magiſtratibus? Hoc vnum, quòd liberato vno alius non niſi improbè ac perperam conueniri poteſt parte illius qui liberatus fuit, Cæterum aliter in contutoribus, Aliter in magiſtratibus collegis liberatio contingit. Faciliùs liberatur correus debendi item magiſtratus collega, cùm alterius electione liberetur. Cõtutor difficilius, quia niſi per ſolutionẽ, aut naturalem, aut ciuilẽ & imaginariam qualis acceptilatio eſt, liberari non poteſt. Quod cùm ita ſit nõ poſſum intelligere quid ſibi Paulus velit in iis verbis quæ ſequuntur in

d. l. ſi pupillus

d. l. ſi pupillus. Is autem qui tempore liberatus eſt, non ei ſimilis eſt, qui nihil habet, ſed ei potius qui ſatisfecit. Habet enim quod obiiciat petitori. Quid enim hoc cõmune habet cum præcedentibus in quibus tractatur de contutore quem non tempus, ſed pupillus ipſe liberauerit? Deinde quis neſcit tempus non eſſe modum inducẽ dæ liberationis, cùm non ſit modus tollendæ obligationis? *l. obligationum ferè 44. §. placet D. de oblig. & act.* Vtiq; enim ſemel nata obligatione, fieri nequit vt inducatur liberatio quin tota obligatio tollatur, ſiquidem liberatio nihil aliud eſt quàm obligationis peremptio & extinctio. Poſtremò ſi verũ eſt vt eſt, actiones de quibus eo loco tractat Paulus, id eſt quæ & pupillis dantur aduerſus tutores, & reipublicæ cõtra ſuos magiſtratus, ciuiles eſſe (illa enim eſt ex lege 12. tab. hęc verò ex ſenatuſconſulto de quo in *l. 2. D. de magiſtr. conuen.* & cõſequenter perpetuas, præſertim quòd rei quoque perſecutionẽ cõtineant, cuiuſmodi quæ ſunt etiãſi honorariæ ſint & ex prætoris iuriſdictione deſcẽdentes, perpetuæ tamẽ ſunt *l. in honorariis 35. D. de oblig. & act.* quomodo fieri obſecro poteſt vt tutor aut magiſtratus tempore liberetur? Primus ſiquidẽ Anaſtaſius fuit qui induxit, vt actiones triginta annorũ præſcriptione tollantur in *l. ſicut 3. C. de præſc. 30. vel 40. annor.* Sed & cùm quis expreſſim cõuenit, vt non niſi ad certũ vſq; tẽpus teneatur, quo caſu poſt elapſum tempus adiuuatur exceptione pacti ad ſubmouendam actionem *d. §. placet*, licèt nulla talis pactio poſſit incidere in actionem tutelæ aut eam quæ contra magiſtratũ datur, quia priuatorum pactionibus iuri publico derogari non poteſt. Non idcò tamen poteſt dici tẽpore liberatus is, qui nõ niſi pacti exceptione tutus eſt. Qui enim liberatus eſt is cõueniri poſtea nequit *l. minor 32. D. de min.* qui verò exceptionẽ dũtaxat habet, non ſolùm conueniri adhuc poteſt, ſed etiam debet, vt exceptioni

l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.

l. in honorariis 35. D. de oblig. & act.

l. minor 32. D. de min.

locus

locus esse possit, Ob idque nec nisi valdè impropriè cōparari potest ei qui satisfecit, quādoquidē is qui satisfecit ipso iure liberatus est, quocūque tandē modō satisfecerit, quia satisfactio pro solutione est *l. satisfactio 52. D. de solut. l. si rē 9. §. omnis D. de pignor. act.* Me ista omnia cogunt fateri corruptum esse hunc Pauli locum, & ita restituendum vt legamus *Is autem qui eo tempore liberatus est*, Eo, inquam, tempore, id est post pubertatem. Nam & de illo nominatim loquitur Paulus in principio legis qui liberatus fuit à pupillo post pubertatem: Nempe quoniam liberatio tutori à pupillo facta ante pubertatem non valeret, quandoquidem necesse esset factam eam esse vel sine tutoris autoritate, vel eo ipso tutore autore, qui fuisset liberatus, Vtrouis modo nullius momenti esset liberatio, quia neque pupillus sine tutoris autoritate agere quicquam potest, neque tutor autoritatem in rem suam pupillo præstare *l. 1. 2. l. pupillus 5. l. obligari 9. D. de autor. tutor.* Nisi poneres fortasse præstitam autoritatem ab altero tutore ad contutorem liberandum. Sed de hoc casu Paulum intelligi non posse apparet ex eo, quod non improbè pupillus contutorem illum qui autoritatem præstitisset, conueniret alterius quoque contutoris nomine, quem non tam pupillus quàm hic ipse tutor autoritatem præstando liberasse videretur: Neque rursus huic casui conuenirent verba illa Pauli *post pubertatem*. Necessariò igitur debet intelligi de liberatione quam pupillus ipse fecerit post pubertatem, non accipiendo solutionem, sed per acceptilationem. Sed illa rursus hic incurrit hæsitatio, quòd si dicamus intelligendum esse Paulum de eo qui sit liberatus ipso iure, quique ideo nullam habeat exceptionem, non videbuntur commodè explicari posse verba illa *Habet enim quod obiiciat petitori.* Quid enim est quod actori possit reus obiicere præter exceptionem? Verùm facilis responsio est, non ita Paulum scribere, vt dicat habere hunc tutorem, quod obiiciat actori, sed quod obiiciat petitori, Quo nomine significat pupillum petentem extra iudicium, & agere instituentem necdum agentem. Agere namque sine actione nemo potest *l. si pupilli 6. §. vltim. De negot. gest.* neque rursus quisquam habere actionem contra eum qui iam sit ipso iure liberatus. At petere extra iudicium potest etiam is cui nihil omnino debeatur, & cui tamen cùm agere volet, actionem denegaturus sit prætor. Habet igitur quod petēti pupillo obiiciat tutor qui ipso iure liberatus est, cùm possit ei obiicere se liberatum esse: nec quærendum est an exceptionem aliquam obiicere possit, cùm nequeat conueniri, neque actor vllus sit, qui exceptione possit aut debeat summoueri. In quo sanè nos errauimus libris Coniectur. vbi hanc Pauli sententiam sub Papiniani nomine sic accepimus, quasi esset de tutore liberato tempore, & per exceptionem duntaxat, Secuti nimirum vulgatam lectionem quæ nos in hunc vsque diem fefellit, Potest etiam meóque iudicio lōgè probabilior alia interpretatio adferri horum verborum *eo tempore*, vt scilicet referantur ad proximius, id est ad tempus electionis factæ per pupillum agentem in solidum aduersus contutorem minimè liberatū: Eodem sensu acsi scriptum esset apertiùs, *Is autem ex tutoribus qui liberatus inuenitur eo tempore quo pupillus eligit alium contutorem, non est similis ei qui nihil habet, sed ei potiùs qui satisfecit.* Sic enim loqui Paulum oportuit, quoniam cùm de diuisionis beneficio siue inter tutores, siue inter fideiussores, siue inter magistratus collegas inducendo loquimur, non aliud tempus inspiciendum est quàm quo agitur vt sciatur an sint idonei & soluendo, nec enim diuidi potest actio inter alios, quā-

Paulus emendatus.

Alia Pauli interpretatio.

Digitized by Google

l. interessit. §. 1. D. de fideiuss.

qui conteſtationis tempore ſoluendo reperiuntur *l inter eos.51.§.1.D. de fideiuss.* Optima verò eſt Pauli ratiocinatio,qua probat contutorem,qui liberatus non fuit,in ſolidum conueniri non poſſe,Nempe quia contutor qui liberatus inuenitur eo tempore,quo actio in ſolidum inſtituitur aduerſus alium tutorē, non eſt æquiparandus ei qui nihil habet,quique non ſit idoneus,ſed ei potiùs qui ſatisfecit.Nam ſi eſſet æquiparandus ei qui nihil habet, non impediret facta ei liberatio quominùs contutor ipſius in ſolidum conueniendus eſſet, Vt euenit quoties ex pluribus contutoribus alter reperitur non ſoluendo.At quoniam æquiparandus eſt ei qui ſatisfecit, cùm nihil amplius ab eo peti poſſit, non magis quàm ſi iam ſatisfeciſſet,prorſus conſequens eſt vt,ea liberatio nō debeat adimere contutori beneficium diuiſionis quod haberet ſi in ſolidum conueniretur,& partim ex perſona contutoris,qui ſoluendo eſſet, tametſi nihildum ſoluiſſet:Prodeſſe enim potiùs quàm nocere debet,quod contutor liberatus fuerit,quia plus eſt haberi quem pro eo qui iam ſoluerit,quàm haberi pro idoneo,quod ipſum tamen ſufficeret ad exceptionem diuiſionis contutori accommodandam.Atque ita Paulum & legendum & intelligendum eſſe arbitramur, Niſi quod ſuſpicamur nec fortaſſis temerè aliud ſubeſſe mendum in illis verbis,*Idémque dicemus in duobus magiſtratibus collegis quorum alterum reſpublica conuenit* & pro *reſpublica* legendum potiùs eſſe *pupillus* aut ſi durius non videatur *expupillus*, quo nomine ſignificatur pupillus qui factus ſit pubes.Eſt enim ſanè conuenientius tractare Paulum de magiſtratibus collegis, qui tutorem pupillo dederint,ac proinde qui pupillo non reipublicæ fuerint obligati,& conſequenter quorum alterum pupillus conuenerit,non reſpublica,Vt & in *l.in magiſtratus 7.D.de magiſtr.conuen.l.3.C.eod.* Alioqui dicendum eſſet mutari omnino ſpeciem à Paulo,nec quicquam ſimile habere ſecundam ſpeciem cum prima, ſi prima ſit de pupillo,ſecunda de republica , prima de contutoribus,ſecunda de magiſtratibus collegis , Prima de vno ex contutoribus liberato,expreſſa pupilli conuentione, Secunda de magiſtratu in ſolidum conuento.Sunt enim iſta prorſus contraria,Conueniri quem,& liberari, Nec enim ob id ſolùm quis vnquam liberatur,quòd conuenitur,cùm idcirco conueniatur vt tantò citiùs condemnetur. Diximus quidem in præcedentibus quod & verum eſt , Conuento per rempublicam vno ex magiſtratibus alium liberari,Sed nihil ex eo apud Paulum inferre potes,niſi addas alium collegam poſtmodum in ſolidum conueniri: Atque ita ponendum erit vtrumque magiſtratum, in ſolidum fuiſſe conuentum,quod tamen Paulus non ponit,ſed alterum duntaxat, illis verbis *quorum alterum reſpublica conuenit.* At benè quadrabit ſimilitudo , optiméque conuenient omnia ſi ponas Paulum in poſteriore quoque ſpecie perſonam pupilli retinere,ac de eo pupillo tractare,qui vno ex magiſtratibus collegis liberato,alterum poſtea voluerit in ſolidum conuenire.Hîc enim eadem ratio locum habet,quæ in prima ſpecie de contutoribus, quod improbè faciat pupillus qui magiſtratum alterum velit interpellare in ſolidum,hoc eſt etiam pro portione illius,quem idem ipſe pupillus iam liberauerit poſt pubertatē.Ita etiam fiet vt quod poſt vtràmque ſpeciem propoſitam ſubiungit Paulus *is autem qui eo tempore liberatus eſt* , non minùs poſteriori ſpeciei conueniat,quàm priori,nec minùs aptari poſſit ei ex magiſtratibus collegis quàm ei ex contutoribus qui electionis & inſtitutæ actionis tempore liberatus inuenitur.Et verò nemo eſt qui non videat iis verbis *is autem*

Aliud mendum apud Paulum.

l. in magiſtratus 7. D. de magiſt.conuen. l.3.C.eod.

cum

eum significari de quo proximiùs actũ fuerat, potiùs quàm cũ solũ, de quo remotiùs, Ergo magistratum collegam potiùs quàm contutorem, si de alterutro tantùm Paulus sensit, etsi melius est vt ad vtrumque is versiculus pertineat cũ ratio iuris non refragetur. Porrò si tam de magistratu collega quàm de contutore Paulum sensisse admittimus, quod omnimodo admittendum est, eodem quoque sensu intelligere debemus vtrumque liberatum fuisse, Ergo à pupillo non à republica, & per acceptilationem non per actionem in solidum aduersus alterum institutam, Nam nec facilè aliquem Resp. liberare potest, cùm omnes municipes vni consentire non possint *l.1.§.vlt. De acq.poss.* nec rursus dolo quicquam facere *l.sed & ex dolo* 15.§.1.D.*de dolo.* Et tamen de doli exceptione Paulus sentit cùm ait improbè vnum conueniri ex persona alterius qui fuerit liberatus. Facilè autem potuit nasci error ex litera *p* inuersa & mutata in *b* cùm tribus literis addito puncto scriptum esset *pup.* pro *pupillus*, Nisi putes expeditius quod & probabilius certè est, vt legamus *pubes*, qua dictione significatur is qui pupillus & fuit & esse desiit. Estque hic error minùs intolerabilis, quàm qui irrepsit in *l.vlt.* D.*de in integr.restit.* vbi pro *rempublicam* legendũ esse *rem iudicatam* & Antonius Goueanus primus obseruauit & Cuiacius laudauit, & iam docti omnes consentiunt. Quo exemplo ausim dicere erratum etiam esse in *§.vlt.l.*1 *D. de magistr. conuen.* & ibi pro *rempublicam* legendum esse *rem pupilli* vt in sequentibus comprobabimus. illat. 45. Erit verò secundum hanc nostram emendationem eadem sententia Pauli in *d.l.si pupillus* quæ Celsi in *d.l.magistratus* 7.D.*de magistr.conuen.& d.l.*3.C.*eod.* Vt nimirum quoties pupillo danda est actio in magistratus qui tutores dederunt, non sit optio eius qui pupillus fuit cum quo potissimùm agat, sed pro virili duntaxat cuiusque portione in singulos actio danda sit, si tantùm culpa non etiam dolo malo ipsorum id factum sit, & illud præterea concurrat vt eo tempore quo agitur omnes idonei reperiantur. Hoc enim addendum est ad plenam interpretationem *d.l.in magistratus ex Paulo in d.l.si pupillus*, Sicut è conuerso quod Paulus eo loco scribit non esse pupilli electionem vtrum ex magistratibus conuenire velit si omnes sint idonei, distinctionem & exceptionem recipit ex Celso in *d.l.in magistratus*, Niti dolo malo magistratuum factum sit vt minùs idoneè pupillo cautum esset. Aequitatem enim diuisionis quæ magistratibus exemplo tutorum & fideiussorum accommodatur odium doli excludit *arg. l.si plures* 38.*eod.l.penult.in fin.D.ad SC.Trebell.* Itaque sicuti contutores aliquando sunt correi debendi, aliquando non sunt, ita & magistratus, sed alio atque alio sensu, & aliis atque aliis casibus. Contutores correi debendi sunt duobus casibus, Vnus est, si omnes administrauerint, nec tamen administrationis partes vllæ reperiantur propter connexam omnium administrationem *d.l.si plures*, Alius est si doli mali nomine conueniantur. At magistratus numquam correorum iure censentur, nisi vno illo casu, quo pupilli vtilitatem offenderint dolo malo. Quod cùm dico, de magistratibus idoneis intelligo, sicut & de idoneis tutoribus. Etenim quo casu alter ex tutoribus aut magistratibus idoneus non est perinde conuenitur in solidum alius qui idoneus est, acsi esset correus debẽdi, quamuis ea res non faciat ipsum correum. Nam omnes quidem illi qui correi sunt debendi conueniri in solidum possunt, sed non omnes qui in solidum conueniri possunt correi sunt debendi. Alioqui etiam confideiussores omnes correi essent eo casu quo alter ipsorum idoneus non esset, quod falsum est.

l.vlt. D. de in integr.restit.

l.1 §.vlt.D. de magistr. conuen.

l pen in fin. ad SC.Trebell.

l.si plures 8. D. de adm. tut.

d.l. si pupillus 45. D. de admin. tut.

Igitur quod Paulus ſcribit in *d.l. ſi pupillus, ſ. demque dicemus in duobus magiſtratibus collegis, quorum alterum pubes conuenit*, ita erit accipiendum acſi addidiſſet quod plenioris explicationis gratia neceſſariò ſupplendum eſt *poſtquàm alterum magiſtratum pubes iam factus liberauit*, vt poſterior hæc ſpecies aptetur priori, Et verbum *conuenit* in præſenti tempore ſumendum eſt, non in præterito, Vt & in illis ſequentibus *is autem qui eo tempore liberatus eſt* verbum *eſt* non in præteriti temporis ſenſu accipi debet pro *fuit*, ſed in præſenti pro *inuenitur*, quæ obſeruatio ſola poteſt ſufficere vt appareat non modò probabilem, ſed etiam neceſſariam eſſe noſtram & interpretationem & emendationem. Nam quod Paulus interſerit *ſed hæc in magiſtratibus tractani, quaſi duo rei eiuſdem debiti eſſent omnimodo, quod non ita eſt, Nam ſi vterque idoneus eſt electio locum non habet* optimè quadrat præcedentibus eo quo diximus modo intellectis. Hoc videlicet ſenſu quaſi Paulus diceret non videri bonam quæ ab eo facta eſt tutorum & magiſtratuum comparationem: non enim quemadmodum contutores correi debendi ſunt ob communem adminiſtrationem ſi adminiſtrationis partes non inueniantur, Ita & magiſtratus collegæ ſimiliter correi debendi dici poſſunt ſi nihil dolo ipſorum malo factum probetur. Et tamen videbatur Paulus præſuppoſuiſſe quod ſint illi correi debendi, quoniam in iis qui non ſunt correi debendi, quique partes tantùm debẽt fruſtra eſt quærere, An poſſit vnus ex alterius perſona & pro alterius parte conueniri, nec quicquam intereſſe videtur eius qui conuenitur, an collega liberatus ſit, nécne, cùm ab initio partes debiti habuerint ſeparatas. Toties ergo locum habere poterit hęc contutorum & magiſtratuũ comparatio, quoties magiſtratus collegæ cẽſeri poterunt iure correorum debendi, quod eueniet ſi vel alteruter non ſit idoneus, vel vterque ſit in dolo, Quibus duobus caſibus diximus electionem eſſe pupilli quem ex ipſis in ſolidum conuenire velit. Nam & quod in contutoribus Paulus ſcribit non indiſtinctè verum eſt, quaſi ſint etiam illi correi debendi omnimodo & indiſtinctè, ſed reſtringendum eſt ad eos caſus quibus ſupra diximus ita iis eſſe vt pupillus habeat optionem contra quẽ ex tutoribus agere malit, Id eſt ſi vel omnes ſimul adminiſtrauerint ita vt adminiſtrationis partes non reperiantur, vel omnes in dolo ſint, vel alter eorum ſit non idoneus. Nam extra hos caſus cùm habeant contutores quoque beneficium diuiſionis *l.1. §. nunc tractemus D. de tut. & rat. diſtr.* nihil prorſus intereſt contutoris an contutor ſit liberatus nécne, quia etiamſi liberatus non eſſet, non eo magis contutor ex ipſius perſona & pro ipſius parte conueniri poſſet.

l.1. §. nunc tractemus de tut. & rat. diſtr.

ILLATIO XII.

De magiſtratibus conueniendis quorum dolo vel culpa minùs idoneè cautum eſt pupillo.

VNdecimò ex eodem Principio fit, conſequenter proximæ illationi, vt ſi vel dolo vel culpa magiſtratuum (quando iam de magiſtratibus conueniendis dicere cœpimus) non ſit idoneè cautum pupillo, quia vel nulli prorſus vel minùs idonei fideiuſſores accepti ſint qui caucrint Rem pupilli ſaluam fore ſubſidiaria in ipſos magiſtratus actio comparata ſit eiuſdem effectus & poteſtatis cuius illa ipſa eſt quæ datur in tutores *l.1. & vlt. & paſſ. D. de magiſtr. conuen.* Ne ſcilicet alioqui moretur in damno pupillus cui proſpicere magiſtratus

l.1. vlt. & tot. tit. De magiſtr. conuen.

ſtratus debuit,cùm ipſe ſibi proſpicere per ætatem non poſſet. Quare nec recta datur hæc actio pupillo contra magiſtratum ſed in ſubſidium duntaxat *d. l.1.in princip.* id eſt ita demum ſi alia actio nulla ſit per quam pupillus indemnitatem conſequi ſuam poſſit. Quandiu enim vel vnus ex tutoribus aut ex eorum fideiuſſoribus idoneus eſt ad magiſtratus qui eos dederunt veniri non poteſt *l.1.§.vſque adeo* D.*de tutel. & rat.diſtr.* vbi tamen Vlpianus monet hoc ita accipiendum eſſe ſi non contutor ob hoc conueniatur,quod ſuſpectum contutorem facere vel ſatis ab eo exigere noluit,quia prior culpa eſt magiſtratuum qui tutores dando non curauerunt idoneè caueri pupillo, quàm contutorum quibus nulla poſt ſuſceptam tutelàm huius rei ſatagendæ cura incumberet, ſi magiſtratus officio ſuo bene functi fuiſſent. Idque nos ſuo loco ſuprà explicauimus. Cætera quæ pertinent ad illum *tit.De magiſtr.connen.* in illationem 45. & ſequentes,differemus.

d. l. 1.in pr.

l.1.§. vſque adeò D. de tut. & rat. diſtr.

ILLATIO XII.

De adulto,qui debitorem ſuum procuratorem fecit,an idcirco curatorem ſuum liberauerit.

DVodecimò ex eodem Principio fit,quod ſcriptum eſt in *l. Lucius 46. in pr.D.de adm.& perieut.* Lucius Titius curator Seij tempore curæ fundũ Cornelianum locauerat Sempronio, qui Sempronius reliqua traxerat,id eſt ex cauſa conductionis debitor manſerat,neque ſoluerat. Pupillus ætate probata,id eſt cùm ſe aut ex aſpectu,aut qua alia ratione probaſſet maiorem annis vigintiquinque vt appareret eum nullo amplius curatore indigere ad procuratorem conſtituendum *l.neque tutores 11.C.de procurat.* eundem quondam colonum ſuum Sempronium fecerat procuratorem, Quærebatur, an ex eo, quod Sempronius vt procurator egerat omne debitum adoleſcens agnouiſſe videretur,eóque nomine curatorem ſuum liberaſſe, quem alioquin habebat obligatum actione curæ vt id præſtaret quod à Sempronio exigere adoleſcens non poſſet,ſi fortè is idoneus non eſſet,Quomodo ponendũ eſt idoneũ nõ eſſe,vt quæſtioni locus eſſe poſſit. Paulus reſpondit,Non ex eo quod adultus eũ qui prædia eius coluit procuratorem habere voluit,debitum quod procurator ex conductione reliquatus eſt agnouiſſe eum videri. Nempe quia maneret in damno ſi quod ſibi debereur conſequi non poſſet, neque à Sempronio qui non eſſet ſoluendo,neque à curatore quem Sempronij nomen agnoſcendo liberaſſet. Numquam autem ea ſiue facti ſiue iuris interpretatio capiẽda eſt per quam fiat vt pupillus vel adultus in damno moretur,quoties alia interpretatio vtilior,& benignior capi poteſt. In propoſito autem etſi adultus conſtituendo procuratorem hunc ipſum quem curator elegerat in colonum,ipſius fidem ſecutus eſſe videbatur,cúmque pro idoneo agnouiſſe(quotuſquiſque enim eſt qui rerum ſuarum procurationem velit ei credere quem minùs idoneum eſſe putet?)quæ apud Paulum dubitandi ratio erat, Quid tamen commune habet procuratio cum conductione? quid,quod debetur iam ex cauſa conductionis initæ cum locatore,cum eo quod ex cauſa procurationis debebitur? Quinimò fieri facilè poteſt vt adultus procuratorem hunc conſtituerit tanquam idoneũ quòd ſciret habere ſe curatorem obligatum de omni eo quod conductionis titulo debebatur,qui ſi Semproniũm ipſum eo quoque nomine conuenire voluiſſet,minùs idoneum fortaſſe fuerat exiſtimaturus. Facilius enim eſt vt quis vni debito diſſoluendo idoneus ſit,quàm vt duobus.

l.Lucius 46. in princ. D. de adm. & peric. tutor.

Ratio dubitandi apud Paulum.

Google

ILLATIO XIII.

De *pluribus curatoribus quibus indiuiduum curæ officium magistratus iniunxerant.*

d. l. Lucius 46. §. 1.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus tractat in *d. l. Lucius* 46. §. 1. Sempronius ex pollicitatione debitor patriæ suæ extiterat (potest enim quis etiam ex nuda pollicitatione vtiliter obligari, dū reipublicæ facta sit pollicitatio *l. 1. & tot. tit. De pollicit.*) Ei filius heres extiterat, sed tamē abstinuerat bonis eius ex beneficio edicti de quo in *l. impuberibus 12. & seq. l. necessarijs 57. D. de acq. her.* ideóque respublica iussu prætidis bona possederat tanquam creditrix, Ex illa parte edicti *Quib. ex causa poss. eat. &* *De reb. aut. ind. possid.* Eorum bonorum tres curatores constituerunt magistratus reipublicæ, qui curatores apud Græcos ἐπιμελητὰς vocantur, Illi postea inter se sine consensu reipublicæ & magistratuum administrationem bonorum Sempronij diuiserunt, Ex quibus quidam cùm reliqua traherent idonei in ipso tempore administrationis esse desierunt: Postea pupillus heres Sempronij quem absentū posuimus, impetrauerat à Principe vt bona paterna ei restituerentur, Nec enim iure ordinario potuisset id à prætore impetrare per in integrum restitutionem, rebus amplius non integris, & iure iam reipublicæ quæsito, *l. quòd si minor 24. §. Scæuola D. de minor. l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.* Quærebatur à Paulo, An ex bonis eorum qui idonei essent, indemnitati pupilli consuli oporteret, cùm illis indiuiduum curæ officium à magistratibus iniunctū esset, Respondit, si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit Principi (alioqui enim si non id specialiter impetratum sit, concessum non videtur, quandoquidem pro republica non pro pupillo constituti erant curatores à magistratibus, & vt reipublicæ non vt pupillo rationes redderent, neque restitutioni in integrum simile est hoc beneficium Principis ad omnia in statum pristinum reponenda) pro eius tamen portione qui idoneus non esset, non alios concuratores qui essent idonei conueniendos esse, sed magistratus ipsos qui constituerunt. Cur verò ipsos magistratus? Nec enim videtur quicquā iis posse imputari cùm indiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxissent, Nimirum solo fauore pupilli ne quid ei absit ex bonis patris quæ sibi restitui impetrauit ab Imperatore. Nā extra hunc casum nec magistratus ipsos teneri

l. cùm alicui 26. D. de negot. gest.

constat apertissimè ex *l. cùm alicui 26. D. de negot. gest.* in cuius non dissimili specie respōdet Modestinus, Quod ab vno ex curatoribus & actoribus ob ea quæ solus gessit, negotiorum gestorum actione seruari nō potest, ad damnum eius cui legitima hereditas quæsita erat pertinere. Quamquam vt liberè dicā quod sentio, non possum videre quis hac in re fauor pupilli esse debeat redeuntis ad bona paterna non iure communi, non beneficio edicti prætorij, non auxilio restitutionis in integrum, sed ex priuilegio, & speciali concessione imperatoris à quo tamen nihil impetratum sit, quod ad hoc vt eius nomine qui idoneus non sit alius quisquam conueniatur. Nam si speciali cōcessione opus fuit, vt aliquam aduersus curatores actionem pupillus habere posset, quem diximus sensum esse illorum verborum *si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit*, quantò magis opus fuit, vt ex persona vnius non idonei cæteri curatores idonei conuenirentur? Quanto etiam magis vt magistratus ipsi qui eos dedissent pro non idoneis tenerentur? Nam etsi pupillo huic suprà modum ac

præter

præter id quod bonum & æquũ est fauere vellemus, æquius tamen esset actionem ei dari pro non idoneo in idoneos concuratores quibus imputari potest cur indiuiduum curæ officium sibi à magistratibus demandatum vltrò inter se diuiserint sine reipublicæ voluntate, & magistratuum autoritate, quam contra magistratus ipsos, quibus planè nihil potest imputari cùm non diuiserint ipsi administrationem inter contutores, sed è contrario indiuiduum curæ officium ipsis iniunxerint. Accedit quod eo tempore quo curatores cõstituti sunt à magistratibus, neque cogitabant magistratus, neque cogitare poterant de pupillo, qui tùm abstentus proponebatur, quémque non poterant diuinare impetraturum aliquando à Principe, vt bona sibi paterna restituerentur. Cur ergo iis nocere debeat fauor pupilli cum quo neque contraxerunt, neque quasi contraxerunt *arg. l. 3. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Nam & perpetuum illud est vt numquam pupillus extra ordinem iuuandus sit si nouum beneficium cum alterius iniuria postuletur *l. sed cùm ab herede 12. D. ad SC. Trebell.* Denique si Senatusconsulto fuit opus vt ex persona tutoris non idonei magistratus qui tutorem dedisset pupillo in subsidium teneretur *l. 2. D. de magistr. conuen.* quonã obsecro iure aut iuris colore induci potest vt dicamus in ea specie quam Paulus tractat, obligatos esse magistratus non in subsidium, sed principaliter & primo loco? Nullum siquidem de ea re factum est Senatusconsultum, nihil ab imperatore decretum, nihil à prudentibus per interpretationem aut extensionem Senatusconsulti constitutum. Quinimò ipsa ratio quam Paulus subiicit pro magistratibus non minùs quàm pro concuratoribus facit, cùm sit *Alia enim causa est tutorum, Alia eorum qui reipublicæ negotia administrant.* Quid enim hoc aliud est quàm dicere, Non quemadmodum datis pluribus tutoribus si quidam ex eis non idonei sint tempore finitæ tutelæ, cæteri qui idonei sunt conueniuntur, adeóque magistratus ipsi in subsidium, qui eos dederunt, Ita & pluribus constitutis curatoribus reipublicæ quorum aliqui facti sint non soluẽdo onerandos esse concuratores aut magistratus qui eos constituerunt. Nullã enim hac de re legem, nullam constitutionem, nullum Senatusconsultum extare. Atqui durior esset condicio magistratuum, qui curatores reipublicæ nomine constituissent, quàm eorum qui pupillo tutores dedissent si in Pauli specie actio aliqua contra magistratus danda esset. Daretur enim directò & sine exceptione contra magistratus qui curatores reipublicæ nomine constituissent, quæ tamen non daretur contra magistratus, qui tutores dedissent nisi in subsidium, & ita demum si nemo ex tutoribus aut eorum fideiussoribus soluendo esset. Non igitur ea Pauli sententia esse potest vt in proposita specie danda sit actio pupillo contra magistratus qui curatores constituerant reipublicæ nomine, Nisi fortè quis putet Paulum cùm scribit aliam rationem esse tutorum, aliam curatorum qui reipublicæ negotia administrant, hoc ipsum velle, Duriorem esse causam magistratuum qui curatores reipublicæ nomine constituerunt, quàm eorum qui pupillo tutores dederunt. Sed præter id quod non est hoc probabile, cùm fauor pupilli extorserit Senatusconsultum illud contra magistratus factum qui tutores dederint, nullum autem tale Senatusconsultum sit contra magistratus qui curatores ad reipublicæ negotia administranda constituerunt: Illud etiam apertũ est si ita Paulus sensisset, aliter eum debuisse sententiam suam exprimere, Ita nimirum vt diceret, Aliam causam esse magistratuum qui tutores

l. 3. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.
l. sed cùm ab herede 12. D. ad SC. Trebell.
l. 2. D. de magiſtr. conuen.

pupillo dederunt, Aliam magiſtratuum qui curatores reipublicæ nomine conſtituerunt. At non ſic loquitur Paulus, imò nec vllum de magiſtratibus verbũ facit, ſed tantùm aut aliam eſſe rationem tutorum, aliam eorum, qui reipublicæ negotia adminiſtrant. Hoc vnum igitur proculdubio ſenſit, Non præſtare mutuum periculum curatores iſtos vt qui ſunt idonei cõdemnandi ſint ex perſona eius qui ſoluendo non eſt, quomodo in tutoribus contingeret. Quod ſi ita eſt illud ſanè fateri nos oportet, mendoſum eſſe hoc Pauli reſponſum, & addita negatione ſic emẽdandum vt legamus *nec magiſtratus conuenirí oportere*. Dices, etiam ſecundum hanc emendationem futurum vt idem abſurdũ ſequatur, quod ſequeretur retenta vulgari lectione, Nempe vt Paulus ad propoſitam quæſtionem non reſpondeat accommodatè. Non enim conſultus erat de magiſtratibus, quos vtique certum erat non teneri cùm neque dolo malo, neque culpa quicquam feciſſent, ſed indiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxiſſent, nec diuiſioni inter eos poſtea ſecutæ autoritatẽ præſtitiſſent, At de concuratoribus an ex perſona eius qui non idoneus erat, conueniri poſſent. De concuratoribus ergo reſpondere debuerat non de magiſtratibus. Et hoc fortaſſe eſt quod imperitum aliquem ſiue librarium ſiue interpretem fefellit, vt hanc negationem ſuſtulerit, Præſertim quòd putaret non eſſe perfectam orationem præcedentem ſi per coniunctionem iſtam negatiuam *nec* interrumperetur. Ego verò reſpondeo inconcinnam ſanè fore reſponſionem & extra propoſitum ſi affirmatiuè legatur, ſed non æquè ſi negatiuè. Nam cùm Paulus ita ſcribit *nec magiſtratus conuenirí oportere*, perinde eſt acſi pluribus verbis ſcriberet non ſolũ curatores nõ teneri ex perſona eius qui nõ eſt idoneus, ſed neque magiſtratus, ac proinde quamuis de magiſtratibus nihil petitum fuiſſet, hoc ipſo tamen quod de magiſtratibus reſpondet Paulus per dictionem *nec* quæ hîc eſt implicatiua, reſpondet etiam ad propoſitam quæſtionem, Idque ſubtiliter & eleganter, ne quis ſcrupulus ſupereſſet. Si enim nihil aliud Paulus reſpondiſſet niſi ad id quod petebatur de curatoribus, Conueniri ſcilicet eos non poſſe ex perſona minùs idonei concuratoris, illa ſuperfuiſſet adhuc dubitatio, An igitur magiſtratus ipſos qui curatores dediſſent eo nomine conueniri oporteret. Nam & in magiſtratibus qui tutores dederunt ſic plerumque euenit vt ex perſona vnius ex tutoribus qui ſoluendo non ſit teneantur ante cæteros contutores idoneos, Nimirũ ſi pupillus nullã aliã cauſam habeat conueniendi cæteros cõtutores idoneos, quàm quòd ſuſpectũ facere contutorẽ aut ſatis ab eo exigere noluerint *d.l.1.§.vſque adeò D.de tut & rat.diſtr.* Ex eóque tantò magis apparet non poſſe cum vulgata lectione conſentire rationem illam Pauli *Aliam eſſe rationem tutorum, Aliam eorum qui reipublicæ negotia adminiſtrant*, nec ſi tam impropriè accipiatur, acſi Paulus ſcripſiſſet aliam eſſe rationem magiſtratuum, qui tutores dederint, aliam eorum qui reipublicæ nomine conſtituerint curatores. Nam de magiſtratibus qui tutores dederunt illud ipſũ plerumque dici poteſt, quod vulgata lectio dicit de magiſtratibus qui ad negotia reipublicæ adminiſtranda curatores conſtituerunt, conueniri eos oportere pro parte illius qui idoneus non ſit, etiamſi alij contutores idonei proponantur. Vt ergo accommodata ſit ratio ad id quod reſponſũ eſt, ſic Paulũ ſcripſiſſe neceſſe eſt vt nec magiſtratus ipſos conueniri oporteat, ac proinde nec concuratores. Tunc enim optimè conueniet ratio illa quæ ſequitur, quòd alia ſit ratio tutorum, alia curatorum reipublicæ, ſiue de tutoribus & curatoribus ipſis vt par

Emendatus Paulus in d.l. Lucius 46.§.1.

l.1.§. vſque adeò D. de tut. & rat. diſtr.

vt par est intelligatur, siue de magistratibus qui tutores, aut curatores dederũt, quia quotiescunque tutores dati sunt, ex quibus aliquis tempore tutelæ finitæ non idoneus reperiatur, nullus omnino casus est in quo verum sit, neque contutores, neque magistratus conueniri oportere, cùm pupillus omnimodo indemnis præstandus sit, vel à contutoribus, vel à magistratibus. Et vero quid attinebat eam condicionem adscribi à Paulo *si pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit*, vt inferretur magistratus conueniri oportere? Quomodo enim hoc ex illo sequitur? Quin potiùs è contrario inferendum erat, magistratus conueniri non oportere, quippe in quos nullam actionem pupillo Imperator dedisset quam tamen non minùs necesse erat dari quàm in curatores bonorum, vt pupillus contra eos agere posset. Nam quemadmodum curatores ideò non tenerentur pupillo si nihil de actione in eos danda Imperator decreuisset, quia non tanquam pupilli, sed tãquã rei publicæ negotia administrassent, ita neque possunt pupillo teneri magistratus qui curatores illos constituerunt, non vt pupilli, sed vt reipublicæ bona administrarent. Et quamuis aliqua eorum culpa interuenisset, non alij tamen quàm reipublicæ actio in eos competere posset, quam proinde ab ipsa republica pupillo cedi oporteret vt ea experiri pupillus posset. Quod si nec in curatores ipsos qui administrarunt vllam actionem pupillus habere posset, si neque facta ei cessio à republica, neque de ea re quicquam ab imperatore decretum esset, quis ferat agere illum contra magistratus ipsos citra cessionem, & citra decretum? Difficilius enim esse, vt contra magistratus ipsos agat pupillus quàm cõtra curatores ipsos ex eo intelligimus, quòd si pupillo ipsi tutores dati essent, aut curatores constituti ad bona pupilli administranda, haberet pupillus directam in eos actionẽ sine decreto vllo imperatoris, & sine vlla cessione: quis enim alius haberet, vt posset cedere? at in magistratus ipsos non haberet nisi specialiter data ei esset per senatusconsultum de quo in *d.l.*2.D. *de magistr.conuen.* Multò minùs ergo in proposita specie danda est actio pupillo cõtra magistratus, qui ne quidẽ contra curatores ipsos vllam haberet si nõ ei daretur ex decreto imperatoris, Porrò decretum quod actionem istam extraordinariam inuita iuris ratione cõtra curatores ei dedit, nemo dixerit ita posse, aut debere accipi, vt det etiam actionem contra magistratus de quibus nihil in decreto expressum fuit, & cõtra quos vt actio aliqua dari deberet longè minor ratio suadebat: Nam curatorum qui administrationis suæ rationẽ vtique alicui reddere deberẽt, parũ interesse videbatur, an reipublicæ an pupillo redderent, dum ne quid ex persona non idonei concuratoris præstarent, idcóque nulla iis fit iniuria si pupillo aliqua in eos actio decernatur. At magistratuum valde interest, nec sine magna ipsorum iniuria fieri potest, vt pupillo teneantur, qui alioquì nullomodo tenerentur, id est ne reipublicæ quidem *d.l cùm alicui* 26. *D.de negot.gest.* in cuius specie si magistratus qui curatores constituerunt, reipublicæ tenerentur, sanè periculum inopis defuncti ad legitimum heredem non pertineret, cuius indemnitati cõsultum esse posset per actionis cessionem ei faciendam à republica in ipsos magistratus. Quidni enim hactenus obligata esset respublica, vt actionem illam quam in magistratus haberet, legitimo heredi præstaret ad quem tota hereditas pertineret? *arg.l.in creditore* 38. *D.de euict.* Et verò non quemadmodum in tutoribus dandis magistratuum officio incũbit vt non solùm idoneos tutores dent, sed etiam ab iis satis exigant, vt pupillo cautum sit

*d.l.*2.*D. de magistr.conuen.*

d.l.cùm alicui 26.*D.de negot.gest.*

l.1.§ si magistratus D. de magistr. conuen d.l. 3.C. eod l non est 11. D. de probat.

si fortè postea contingat tutores labi facultatibus *l.1.§.si magistratus D.de magistr.conu d.l.3.C.eo.l.non est necesse* 11.*D.de probat.* Ita & in curatoribus bonorũ reipublicæ constituendis. Sufficit enim ad excusandos magistratus, vt idoneos curatores dederint, licèt ab iis satis non exegerint, vt apparet ex *d.l.cùm alicui*, Maximè verò si individuum curæ officium curatoribus omnibus iniunxerint, vt in ea Pauli specie quam tractamus, nec diuisioni administrationis postea consenserint. Hæc enim requiritur tam apud Modestinum, quàm apud Paulum, Non quia teneri deberent si diuisioni consensissent eo tempore quo essent adhuc omnes idonei curatores (quid enim refert potest, an coniunctim an diuisim pluribus curatoribus administratio deferatur cùm omnes idonei sunt?) sed quia si consensissent diuisioni, esset inquirendum & distinguendum an eo tempore fuissent curatores omnes idonei necne, Cuius distinctionis inducendæ nulla necessitas subest cùm magistratus, qui individuum curæ officium curatoribus iniunxerunt, postea diuisioni administrationis non consenserunt. Nec est quod quis dicat magistratuum officio magis incumbere, vt rempublicam saluam esse prospiciant, quàm vt rem pupilli, cùm à republica creentur, & in id maximè vt reipublicæ consulant. Satis enim consuluerunt cùm idoneos curatores elegerunt quamuis sine fideiussoribus, quando quidem potuit respublica & debuit eos conuenire per actorem suum, eo saltem tempore quo incipiebant labi facultatibus: quod in pupillo diuersum est, qui neque per se, neq; per aliquem ex tutoribus suis potest conuenire tutorem antè finitam tutelam tametsi palam sit fieri eum pauperiorem, Ob idque bene prouisum & prouidendum fuit, vt non sufficeret ad excusandos magistratus quod tutores idonei ab initio dati essent, si non fideiussores quoque accepti fuissent, quod in creãdis curatoribus bonorum reipublicæ perinde obseruandum esse nullibi constitutum reperias. Sed etsi magistratibus qui curatores istos idoneos sine fideiussoribus constituerunt imputari posset cur fideiussores ab iisdem non accepissent, vt reipublicæ magis cautũ esset, non possis tamen ex eo inferre eandem actionem pupillo dandam esse in magistratus, Possent enim illi semper excipere non debere se præstare rem pupilli saluam esse, sed rem publicam *l.1. in princip. & §. vlt. De magistr. conuen.* rem verò quæ sit pupilli, publicam dici non posse. Quamquam non indigent exceptione magistratus qui iure ipso non tenentur., Nisi fortè ponas cessam pupillo fuisse à republica actionem. Illud enim saltem fatendum est cessionem hoc casu necessariam esse. Semper igitur tuti sunt cõtra pupillum magistratus illi qui curatores istos idoneos bonorum reipublicæ cõstituerunt. Quamquam magis in specie Modestini quàm in specie Pauli. Nam in specie Modestini cùm ex postfacto appareat testamentum ex quo fideicommissum ciuitati præstitum fuerat irritum fuisse, apparet quoque nunquam reipublicæ fuisse bona illa, licèt administrata fuerint quasi essent reipublicæ: sed semper legitimi heredis cui verum est delatã fuisse hereditatem à lege 12.tab. ex instanti mortis testatoris. At in specie Pauli verum semper est fuisse aliquando reipublicæ bona quibus administrandis curatores à magistratibus constituti erant, quia extraordinarium beneficium Principis iubentis paterna bona restitui pupillo qui antè abstinuerat, non perinde retrotrahitur atque aditio legitimi heredis ad hoc vt in omne tẽpus præteritũ bona huius pupilli semper fuisse retrofingãtur, quia nihil absurdi est si ditatur bona ad eũ aliquo tẽpore pertinuisse, id est ante abstẽtionem, Aliquo verò

Differentia pupilli & reipublicæ.

verò tempore non pertinuisse,id est post absentionem, & rursum ad eundē pupillum rediisse ex die decreti à Principe impetrati.Nec periculū est,vt propter hoc videri possit pater heredem hunc pupillum habuisse pro parte temporis,& pro parte temporis non habuisse. Nihil enim commune habet hereditas cum bonis. Pupillus etiam qui se abstinuit semper heres manet *l. cùm quasi* 30.*§.sed etsi suus D.de fideic libert.* Sed bona hereditaria quæ ad eum tanquam heredem peruenerant ab eo recedunt saltem quantum ad dominium bonitarium,& aliis acquiruntur quos prætor,vel ad bonorum possessionem vocat,vel bona sibi possidere iubet *l.ex contractu* 44. *D.de re iudic.*iunct. *l.si finita* 15.*§.Iulianus D.de damn.infect.* Ex quo fit vt tantò minùs in specie Pauli danda sit actio pupillo contra magistratus,cùm verum sit non fuisse gesta negotia quæ re vera essent pupilli,eo tempore quo curatores à magistratibus constituebantur,cùm eo tempore absentus esset pupillus necdum à Principe decretum impetrasset, vt sibi paterna bona restituerentur. In ea verò specie quam Modestinus tractat, licèt magistratus in constituendis curatoribus putassent se reipublicæ non autem legitimi heredis rem tractare, non tamen faceret ea res quominùs etiam legitimo heredi actione saltem vtili negotiorum gestorum tenerentur, cùm habuerint animum gerendi rem alienam ac proinde se obligandi,tametsi in persona errauerint *l.in hoc iudicium* 14.*§.1. l.si quis cum* 29.*D.commun.diuid.* Tenerentur, inquam, si non idoneos curatores elegissent, ob idque ponit Modestinus idoneos ab initio fuisse curatores,nec vlla in eam rem cessione legitimus heres indigeret, Qua tamen indigeret pupillus in specie Pauli, etiamsi curatores ab initio idonei non fuissent,quia magistratus in constituendis huiusmodi curatoribus,neque putabāt se rem pupilli tractare,neque rem quæ ipsius vllomodo nequidem spe esset, tractabant,sed rem quæ erat reipubl.& tanquam quæ esset reipublicæ. Proinde aliqua saltem cessione opus esset,quam in hac specie ratio illa implicitæ cōtradictionis minimè impediret,quod non possint eadem negotia esse & pupilli & reipublicæ.Fuerunt enim re vera reipublicæ, & consequenter habuit habétque semper respublica eo nomine actionem in suos magistratus, quam si pupillo cedere,aut sponte velit,aut à Principe iubeatur,nihil prohibet. Verum quid apertius est quàm de actione cessa non loqui Paulum? Nullum siquidem apud eum de cessione verbum. Tantò igitur manifestius est non potuisse illum scribere quod vulgata lectio habet,magistratus à pupillo conueniri oportere. Errant verò valde meo iudicio,qui disputant apud Paulum,Cur inopis debitoris damnum non spectet ad legitimum heredem, vt in specie Modestini,Quasi verò possit aliquis legitimus heres esse suo herede existente *d.l.cùm quasi §.sed etsi suus de fideic.libert.l.nihil* C. *pro hered.* Loquitur sanè Modestinus in *d.l.cùm alicui*,de legitimo herede, Sed non ponit suum heredem testatori aliquem fuisse,Et qui apud Modestinum est legitimus heres, is apud Paulum est filiusfamilias pupillus,& consequenter suus heres: Ac proinde quemadmodum Modestinus in ea specie de qua fuerat consultus,respondit id quod seruari non potest ab inope curatore damnum legitimi heredis pertinere,ita si de ea specie de qua Paulus respondit consultus fuisset, vtique respondisset damnum de quo quæreretur ad pupillum spectare.

l.cùm quasi 30.§.sed etsi suus de fideic. libert.

l.ex contractu 44. D.de re iudic. l.si finito 15. §. Iulianus de damn. inf.

l.in hoc iudicium 14. §.1. l.si quis cum 29. D. commun. diuid.

l.nihil C. pro hered.

igitized by

ILLATIO XIV.

De pupillo commento ex dolo tutoris.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quod culpa tutoris pupillus ex hereditate quam nullo iure possidebat desiit possidere si quæratur an eius æstimatio veniat in petitionem hereditatis, distinguendum sit an pupillo de hereditate cautum sit necne, id est, an tutor soluendo sit an non. Cautum enim esse videtur non solùm si tutor fideiussores idoneos dederit, sed etiam si idoneus ipse sit à quo seruari possit omne id quod pupillus ex litis æstimatione subierit, Si soluendo est, sine vlla dubitatione veniet in petitione hereditatis contra pupillum etiam id quod culpa tutoris pupillus desierit ex hereditate possidere *l. vlt.* D. *de admin. tutor.* Nam ob dolum malum, vel culpam tutoris pupillum possessorem condemnari posse certum est, (quamuis non quãti actor in litem iurauerit) nec id tamen aliter quàm si modò pupillus rem à tutore seruare possit *l. 1. D. quand. ex fact. tutor.* Si enim vtraque lex Pomponij eandem Aristonis sententiam vtrobique & referentis, & probantis, sed si tutor soluendo non sit nec aliter idoneè cautum pupillo, maior dubitatio est vtrum calamitas pupilli an detrimẽtum petitoris esse debeat, perindéque haberi oporteat, quod huiusmodi tutoris dolo periit acsi res fortuito casu periisset. Aut similiter atque si pupillus qui propter ætatem nõ minùs culpæ quàm doli expers est, aliquid ex hereditate, diminuisset, corrupisset, perdidisset. Eadémque quæstio de furioso alienæ hereditatis possessore tractari potest, si quid ne in rerum natura esset per furorem eius accidisset. Pomponius autem putat in *d. l. vlt.* veram quidem esse Aristonis sententiam quod ad primam distinctionis partem, Sed quod ad posteriorem de qua nihil Aristo scripserat non esse cunctationi aut dubitationi locum, quasi dicat nec fuisse cur de eo quicquam scriberet Aristo, Cùm certi iuris sit, Etiamsi tutor non sit soluendo nihilominùs teneri pupillum ex dolo & culpa tutoris, sed tamen hactenus tantùm, vt quas habet actiones contra tutorem eas præstet, vt fieri solet, quoties quis ob eam duntaxat causam alicui tenetur, quod aliquam habeat aduersus alium actionem. Illius siquidem actionis cessio pro iusta præstatione est *l. quod debetur* 51. *in fin.* D. *de pecul.* Nam si quis interroget. Cur pupillus qui neque dolum, neque culpam vllam admisit nihilominùs ex tutoris dolo teneatur, nõ aliud responderi potest quàm quia contra tutorem habet actionem. Quidni ergo tenebitur eam saltem actionem præstare, aut quodnam in eo pupilli damnum est, præsertim cùm actio illa quæ ceditur inanis futura est, siue in totum, siue pro parte propter inopiam tutoris *l. in creditore* 38. D. *de evict.* Illud difficilius est, Cur non idem admittamus vt pupillus liberetur præstando actionem quam habet contra tutorem etiam cùm tutor idoneus est: Quis enim ferat esse pupillum in hoc deterioris condicionis quàm cæteros, qui si non aliam ob causam teneantur quàm quòd in aliquem habeant actionem, eius actionis præstatione liberantur vt diximus. Et tamen verum est pupillum qui regressum vtilem pro sua indemnitate habere potest aduersus tutorem idoneum non eo magis liberari posse, quod suam actionem præstare paratus sit, sed omnimodo condemnandum esse ex dolo, vel culpa idonei tutoris *d. l. vlt.* De *admin. tutor. d. l. 1.* D. *quand. ex fact. tut.* At respondendum est pupillum quoties tenetur ex facto tutoris, non ideò tantùm teneri quod paratam actionem habeat

L. vlt D. *de admin. tut.*

l. 1. D. quand. ex fact. tut.

l. quod debetur 51. *in fin. D. de pecul.*

habeat contra tutorem, Sed ob id etiam quod tutor domini loco constituatur, siue à testatore, siue à lege, siue à magistratu, in his omnibus quæ ad causã administrationis pertinẽt, id enim est, quod Vlpianus scribit in *l. at si 4. eo. tit. quand. ex fact. tutor.* si quid tutor dolo malo admiserit *extrinsecus*, id est extra causam administrationis, pupillo nihil id nocere oportere. Satis ergo pupillo esse debet vt liberetur præstatione actionis, quam contra tutorem habet, illo demũ casu quo tutor idoneus non sit, quoniam ita fit vt indemnitati pupilli vtroque casu consulatur, siue liberetur præstando actionem quam habent contra tutorem non idoneum, quia fit locupletior cùm liberatur *l. si pupilli 66. D. de solut.* nec pauperior cùm inutilem cedit actionem, siue cogatur indemnitatem ei præstare, qui damnum ex pupilli dolo, vel culpa sensit, quando tutor idoneus est, à quo vicissim ille indemnitatem sit consecuturus. Fiunt ergo ista omnia ex nostro Principio quod habet hactenus fauendum esse pupillo non vt in lucro moretur, sed vt damnum non sentiat, quod planè sentiret si eo casu quo tutor non esset soluendo non magis liberaretur præstando actionẽ, quàm alio illo casu, quo tutor soluendo est. An igitur dicendum erit liberari pupillum præstando actiones quas habet contra tutorem quoties conuenitur ex facto tutoris si tutor non sit soluendo? Ita putat Bart. ad *d. l. vlt. & ad l. si dolo 24. D. si quis omiss. caus. testam.* Omnino malè si Vlpianum non Pomponium consulamus, Nam si tutor pupilli nomine rem aliquam vendiderit, siue bona fide, siue mala, quasi rem pupilli quæ erat aliena dubitandum non est quin pupillus ipse de euictione teneatur, & quidem in solidum etiamsi tutor soluendo non sit *l. illud 4 §. 1. D. de euict.* vbi ratio redditur ab Vlpiano, quia non malè contrahitur cum tutoribus. Nec possis cum Bartolo dicere, ita id intelligi debere vt tamen liberetur pupillus si cedere velit actione, quam habet contra tutorem. Primùm, quia nihil est apud Vlpianum ex quo possit interpretatio, aut potiùs suppletio ista colligi. Deinde quia è contrario repugnat huic interpretationi ratio qua mouetur Vlpianus, Cùm enim ait non malè cõtrahi cum tutoribus, nihil aliud sibi vult, quàm perinde tutum esse debere qui cum tutore contraxit de re pertinente ad tutoris administrationem, atque si cum ipso pupillo iam facto pubere, adeóque maiore annis 25. contraxisset. Atqui eo casu haberet venditorem suum de euictione in solidum & efficaciter obligatum, si modò esset venditor soluendo, nec præterea quæri oporteret an alius quisquam soluendo esset. Idem ergo dicendum est etiamsi tutor pupilli nomine vendiderit, dummodò emptio facta sit bona fide. Nam si facta est per collusionem tutoris cum emptore, vt haberet ille pupillum in solidum obligatum, nemo diceret collusionem tutoris vendentis & emptoris debere pupillo nocere ad ipsum de euictione obligandum *l. meminerint 6. C. vnde vi l. 4. illa etiam quæstio de doli excep.* adeò vt neque hoc casu cogendus esset actiones vllas emptori aduersus tutorem præstare. Qua enim fronte posset hoc desiderare emptor qui ipse collusisset cũ tutore dolúmque ipsius participasset *arg. l. si plures 38. in fi. D. de adm. tut.* Planè, secundũ Põponiũ dicendũ est, Ex facto quidem tutoris, qui neque dolũ, neque culpã admiserit, sed bona fide pupilli nomine contraxerit, pupillum in solidum teneri, neque liberari etiamsi pararum se dicat præstare actiones, nec si talem casum fingere possis in quo aliquas haberet, siue tutor soluendo esset, siue non esset. At tunc demum locum esse Aristonis sententiæ de præstandis à pupillo contra tutorẽ qui sol-

l. at si 4. D. quand. ex fact. tutor.

l. si pupilli 66. D. de solut.

l. illud 4. §. 1. D. de euict. l. 4. §. illa etiam quæstio D. de doli mal. except.

uendo nõ eſt actionibus,cùm tutoris dolus aliquis culpáve argui poteſt, Quia licèt ex tutoris dolo & culpa pupillum teneri oporteat, hactenus tamen cum teneri æquum eſt,quatenus indemnitatem conſequi à tutore poſſit,ſi nõ poſſit,liberetur præſtando quas contra tutorem habet actiones.Semper enim aliquas habet cùm tutor in dolo, vel in culpa fuit. Immò nec vllas præſtare teneatur ſi aduerſarius aliquas habeat ex propria perſona, & quæ ſufficere ipſi poſſint,vt in ſpecie *l.1.§.hoc edicto* D.*ne vis fiat ei qui in poſſ.miſſ.eſt.* vbi idem Vlpianus ait,Eo edicto nõ ſolùm teneri pupillum ex dolo tutoris ſi tutor ſoluendo ſit, ſed & ipſum tutorem qui dolum & vim fecerit poſſe conueniri ab eo qui dolum & vim paſſus eſt. Neque verò fieri poteſt , vt quis dolum à tutore patiatur quin poſſit contra ipſum agere eo nomine,ſiue de dolo, ſiue alia qualibet actione. Sed non ſemper idem dici poteſt dolo per tutorem admiſſo.Euenit enim plerumq;,vt tutor dolo malo aliquid faciat in adminiſtratione rerum pupillarium,ſed ea mente vt pupillo ipſi non vt alij noceat dum putat ſe tractare res pupillares,quæ tamen re vera ſint alienæ ,vt in ſpecie *d.l. vlt.*D.*de admin.tutor.*hoc eſt cùm dolo malo aut latâ culpâ diſſipat res aliquas hereditatis ad alium pertinentis,ſed quæ poſſideatur à pupillo tanquam herede cùm heres non ſit. Nam ſi tutor res illas hereditarias non tractaret tanquam pupillares,ſed tanquam alienas,& in iis ita tractandis aliquid dolo malo admitteret,dicerem pupillum ex eiuſmodi dolo tutoris teneri nullomodo poſſe,poſteà quod is dolus admiſſus eſſet extrinſecus,& extra cauſam adminiſtrationis,vt modò dicebamus ex *d.l.*4.D.*quand.ex fact.tutor.* Atque ita poteſt accipi quod habet regula iuris,neque in interdicto,neque in cæteris cauſis pupillo nocere oportere dolum tutoris, ſiue tutor ſoluendo ſit, ſiue non, Scilicet de dolo tutoris extrinſeco vt in *d.l.*4. Aut etiam ita vt neque interdictum,neque actio de dolo vnquam danda ſit contra pupillum ob dolum tutoris:Non autem ita vt non teneatur pupillus præſtare dolum tutoris in ea re cuius nomine legitimis actionibus teneatur,quomodo tenetur petitione hereditatis in ſpecie *d.l.vlt.*Non enim ideò tenetur petitione hereditatis quod tutor aliquid dolo fecerit, ſed quia poſſidet hereditatem ,vt & in *l. ſi dolo* 24.*§ quis omiſ.cauſ.teſt.* Et tamen in ea actione tenetur præſtare dolum tutoris perinde ac proprium. Nec rurſum eo minùs verum eſt non nocere pupillo dolum tutoris,cùm vel indemnitatem conſequi poſſit à tutore, vel liberari præſtando actionem. Cùm autem dolum admiſit tutor in rerum pupillarium adminiſtratione vt ipſi pupillo non vt alij noceat ad quem res vere pertinet,non alia quàm pupillo poteſt dari in tutorem actio de dolo. Sicut enim ea actione de dolo numquam alius tenetur quàm qui dolum fecit,aut heres eius ideóque dicitur actio illa eſſe in perſonam *l.2.§.1.D.de dolo mal.except.* ita neque alius de dolo agere poteſt quàm qui dolum paſſus eſt,aut eius heres,licèt de dolo excipere quilibet poſſit dummodò eius intereſſit , Obidq; neceſſaria eſt hoc caſu ceſſio à pupillo facienda actionis de dolo,quam citra ceſſionẽ habere non poſſet contra tutorem is cui pupillus ex tutoris dolo tenetur. Ne is qui pupillum ipſum bene obligatum habet prohibeatur id ſaltem ab eo cõſequi quod ſine vllo ſuo damno,aut incommodo præſtare pupillus poſſit *d.l. in creditore.*Sic & in ſpecie *l.2.C.de his quib.vt indign.* quam idem Bart. adducit,cùm tutor nomine pupilli vult falſum dicere teſtamentum de quo tranſactum fuerat per defunctum cuius heres extitit pupillus, ſi qua in eo ſit culpa

l.1.§. hoc edicto D. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ.eſt.

l.1 C. de his quib. vt indign.

tutoris

tutoris, vt est proculdubio quoties perperam & sine causa vult ea retractare quæ finita fuerât per defunctum, Non dubitatur, quin culpa illa tutoris noceat pupillo in ea lite succũbẽti, vt nimirum cogatur pati iacturam eorum omniũ quæ alioquin ex eo testamento fuisset consecuturus, & pro sua indemnitate regredi aduersus tutorẽ, scilicet si tutor ille sit soluẽdo. Vtrumque enim probatur optimè ex istis verbis legis *dum memineris te portionem ei saluam facturum quam adimi pupillo necesse erit secundum iuris formam.* Nec enim adimendum quicquam pupillo esset si ei tutoris factum & culpa non noceret, neque posset hic tutor saluam pupillo facere portionem si soluendo non esset. At cum tutor soluendo non est perinde quidem nocebit factum & culpa eius pupillo ipso iure vt ei portio auferenda sit quæ auferretur si ipse maior factus falsum dixisset testamẽtũ, sed ignoscetur ætati pupilli & ei subuenietur ne dãnum vllum sentire debeat si ab inope tutore indemnitatem consequi non possit, Quomodo accipiendum videtur quod scriptum est in *l. post legatum 5. §. ætati D. de his quæ vt indign.* Alioqui nulla ratio est vt contra iuris communis formam succurratur pupillo vel minori, qui tutorem idoneum habet à quo indemnis seruari possit, quia nec læsus is videtur *l. intra vtile 39. in fin. D. de minor.* Probat igitur optimè locus ille contra Bartolum, id quod nos volumus, Non ob id posse pupillum effugere ne tutoris dolus, vel culpa ei noceat quod paratus sit suas in eum actiones præstare si modò tutor sit soluendo, quia secũdum eam Bartoli sententiam non esset necesse in specie *d. l.* adimi pupillo portionem hereditariam, pro qua posset sufficere actio quam pupillus in tutorem præstare paratus esset: Neque tamen perinde potes ex *d. §. ætati* contra nos disputare, Ex facto tutoris qui neque dolum, neque culpam admiserit non teneri pupillum, sed liberari actionum cessione si tutor non sit soluendo, Neque enim ignoscendum esset ætati pupilli si pupillus ex facto tutoris non teneretur: Neque caret culpa tutor qui temerè accusat de falso testamentum quod falsum non est. Quòd si ponas neque dolum, neque culpam tutoris in eo aliquam interuenisse fortè quod ex amicorũm & prudentissimorum virorum consilio instituerit accusationem, quam ex proprij animi sententia numquam fuerat instituturus, Nulla certè hoc casu ratio est, cur pupillo teneri debeat, Nec proinde cur quærendum sit an pupillus, cuius ætati ignoscatur ne dãnum subeat ex facto tutoris qui soluendo non est, præstare saltem debeat fisco aliquam actionem in tutorem cùm prorsus nullam habeat. Erit ergo hoc casu damnum fisci, non tutoris cui nihil potest imputari, nec pupilli quem iniquum esset in damno morari, sed tamen quoniam hoc casu ratio iuris facit cõtra pupillum, etiamsi ponas iustam esse causam propter quam pupillo succurri oporteat & ignosci, non puto posse ei sufficere auxilium prætoris, id est restitutionis in integrum, quæ ex prætoris edicto & iurisdictione dẽscendit, sed adeundum esse Imperatorem & ab eo impetrandam veniam accusationis per tutorem malè institutæ, atquè ita accipiendum esse quod scriptum est in *d. §. ætati.* Nam & eo loco rescripti mentio fit Imperatorum Seueri & Antonini quo scilicet continebatur ignoscere se ætati pupilli pro quo tutor falsi accusationem instituisset, non quo fiebat potestas, vel prætori, vel alij magistratui vt ignosceret, ac de mero iure fisci quicquam remitteret. Omnino autem ad quæstionem nostram non pertinet, quod Paulus scribit in *d. l. si dolo 24. D. si quis omiss. caus. testam.* Si dolo tutoris omiserit pupillus hereditatem

l. post legatũ 5. §. ætati D. de his quæ vt indig.

d. §. ætati.

l. si dolo 24. D. si quis omiss. caus. test.

Digitized by Google

testamentariam vt legitimam possideret dandam quidem esse in ipsum actionem legatorum, sed eatenus quatenus hereditas acquisita est. Non enim sensus ille est quem putat Bartolus vt nõ teneatur pupillus ex dolo tutoris etiam qui soluendo sit nisi in eo quod ad ipsum peruenit, sed vt nõ teneatur nisi pro ea parte hereditatis quæ ipsi ab intestato fuit acquisita. Nã vt subiungit Paulus, quid si cum alio possideat hereditatem? id est cum alio æquè proximo agnato vt proinde non nisi ex semisse hæreditas ad vnumquemque ab intestato pertinere possit cùm fortè pupillus solus & ex totó asse fuisset institutus. Iniquum sanè esset in solidum ad legata præstanda teneri hunc pupillum qui non sit nisi ex parte heres, cùm non alio iure teneatur, quàm quòd heres sit. Nec aliud in herede pubere seruandum est si fortè dolo malo causam testamenti omiserit & legitimam possideat hereditatem vt sequitur apud Paulum. Ratio tamen dubitandi tam in pupillo quàm in pubere illa erat, quod ex ea parte edicti non alio colore prætor legata tuetur, aduersus heredem qui ab intestato possidet hereditatem, quàm quòd institutum eũdémque legitimum heredem perinde habeat acsi ex testamento hereditatem adiisset, vt Paulus ipse ait, itémque Caius in *d. l. si duo* 18. *eo. tit.* Atqui si heres hic institutus, siue pupillus, siue iam pubes adiisset ex testamento, solus heres esset & ex toto asse, ideóque & legata omnia in solidũ deberet. Quidni ergo debebit etiãsi ab intestato habeat coheredem? sibi enim imputet qui testamento & legatariis fraudem facere voluit. Verùm facilis responsio est eum qui ab intestato legitimam possidet hereditatem pro parte tantùm, quoniam habet coheredem, non posse haberi pro eo acsi totã hereditatẽ ex testamento possideret, quia vt videatur adiisse ex testamẽto fit ex fictione quam prætor inducit, vt quærat colorem conseruãdorũ etiam ab intestato legatorum. Fictioni autem huic nón potest locum esse in ea portione quę ad legitimum coheredem pertinet, quãdoquidẽ ad aliũ spectat, nec magis fingi potest ad duos in solidũ pertinere, quàm re vera pertinere ne plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero, & ne veritas ipsa imagine & fictione ista adũbretur vt loquitur Pap. in *l. filio* 23. *De liber. & posthu.* Proinde nulla causa est cur is, qui ab intestato quidẽ dũtaxat hereditatis possidet, licèt pro ea parte fingatur adiisse ex testamẽto, legatariis supra eã partẽ obligetur, siue pupillus sit, qui ex dolo tutoris sui cõueniatur, siue pubes qui ex proprio. Tenetur ergo hoc casu pupillus non quidẽ nisi pro ea parte hereditatis quæ ad ipsum peruenit ex lege potiùs quàm ex dolo tutoris, sed tamẽ lõgè suprà quàm ex parte illa cõmodi & emolumẽti perceperit si fortè ponas partẽ illã nõ tantùm legatis, sed etiam ære alieno exhaustã esse ita vt plus habeat incõmodi, quàm cõmodi. Neq; sanè fieri potest vt in ea specie aliquid lucri & cõmodi accedat pupillo ex dolo tutoris, Cùm si habiturus ille sit coheredẽ ab intestato quẽ adita ex testamẽto hereditate nõ habuisset, potius dãnũ patiatur, iacturáque partis hereditatis. Si verò solus ab intestato heres sit, nullũ tamẽ lucrũ sentiat qui æquè solus ex testamẽto heres futurus erat si tutor nihil dolo fecisset. Quare nec ita Paulus loquitur, vt dicat eatenus condemnandum esse pupillũ quatenus ex tutoris dolo ad eũ peruenit quomodo Bartolus malè intelligit, sed quatenus ei acquisita fuit hereditas, id est pro qua parte heres est ab intestato. Cæterùm acquiritur ei, siue tota hereditas, siue pars hereditatis non ex dolo tutoris, sed ex lege quæ ipsam defert *l. lege obuenit* 130. *De verb. signif.* Vnde etiam fit vt tutor ipse qui dolum admisit in hac specie non possit

l. si duo 18. eod.

proprio

proprio nomine & ex proprio dolo conueniri, quia cùm non dolus sed heredi tas tribuat ius conueniendi, certum est non alium posse conueniri quàm qui re vera heres sit siue ex testamento, siue ab intestato: Nemo autem ex dolo suo fieri heres potest, nisi priùs ei hereditas à lege deferatur. Nec feliciùs Accursius quàm Bartolus ista explicauit, qui distinguit an tutor dolũ admiserit contrahendo, an delinquendo, an in medio, quod postremũ distinctionis membrum quẽ sensum aut quã rationẽ habeat, nec Bartolus ipse dissimulat se nescire. Iam ergo redeamus nos ad Põponium in *d.l.vlt. De adm.tut.* Is probat primũ Aristonis sententiã in illis verbis *Puto eum verè dicere.* Quid autẽ Aristo dixerat? Nimirũ quod in principio legis scriptũ est, Quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius æstimationem in petitione hereditatis sine vlla dubitatione fieri debere: ita demũ si pupillo de indemnitate (sic enim mallẽ legere quàm vt vulgo *de hereditate*, nã cur, aut quomodo aut à quo possit cautũ esse pupillo de hereditate?) cautum sit: Cautũ verò esse videri etiã illo casu quo tutor sit idoneus à quo seruari possit id quod pupillus ex litis æstimatione subierit, tametsi nullos dederit fideiussores. At de illo casu quo tutor nõ esset idoneus nihil dixerat Aristo, neque is qui Põponium cõsuluerat, quicquã affirmauerat quod ipse crederet, sed tantũ dubitauerat quid dicendũ esset. Ergo quod sequitur apud Põponiũ *sed quare cunctatus est si soluendo non sit tutor, cuius dãnum esse debeat*, non ita potest accipi quomodo Accurs. Bart. Din. Iacob. de Aret. & cæteri vulgo accipiunt, quasi Põponius Aristonẽ reprehendat, aut seipsũ corrigat in eo quod Aristonẽ proximè & immediatè adprobauerit, sed ita potiùs vt improbet ille dubitationẽ & hæsitationem consulentis, qui casum illũ de quo nihil Aristo scripserat hoc ipso difficiliorẽ esse putabat, cũ tamen è cõtrario præterminisisset eum Aristo, vel ob hoc potiùs quod minùs haberet dubitationis. Consequenter quod subiicit Põponius, non ad aliud teneri debere pupillũ quàm vt actiones quas contra tutorẽ habet actori præstet, referri nequit ad eum casum quo tutor sit soluendo, De quo casu & Aristo iã respõderat simpliciter teneri omnimodo pupillũ, & Aristonis sententiam Põponius adprobauerat, Sed ad alterũ casum referri debet quo tutor non sit soluendo. Secundũ quam interpretationem euenit, vt nihil malè ab Aristone dictũ, nihil temerè à Põponio adprobatum inueniatur. Est tamen insigne mendũ & à nobis emẽdandũ apud Põponium in illis verbis *venditori hereditatis præstandas esse.* Quis enim horũ verborũ sensus esse potest, cùm neque vendita hereditas proponeretur, neque fieri possit vt idẽ fuerit hereditatis venditor qui nunc est petitor. Qui namque vendidit hereditatem siue ad alium, siue ad se pertinentem, quo iure obsecro eam postea petere posset? Atqui nõ alij suas in tutorem actiones præstare pupillus potest aut debet quã petitori hereditatẽ vendicanti. Nõ ergo *venditori hereditatis* legere debemus, sed *vendicanti hereditatem*, quod facilè assequemur si ponamus ita scriptum fuisse, siue à Põponio, siue in prioribus editionibus *vendic.heredit.* quomodo moris erat omnia scribere non modò paucioribus literis, sed etiam plerumque notis. Adfert verò Põponius aliud exemplũ in quo similiter euenit vt qui hereditatis petitione conuenitur actionum præstatione liberetur *sicuti* inquit, *heres vel bonorum possessor si nihil culpa eius factum sit veluti si fundo hereditario vi deiectus sit aut seruus hereditarius ab aliquo vulneratus sit sine culpa possessoris, nihil plus quàm actiones quas eo nomine habet, præstare debeat.* Bona enim comparatio est huiusmodi possessoris, & pu-

d.l.vlt. D. de adm.tut.

Pomponius emendatus.

Aliud mendum apud Põponium.

Digitized by Google

pilli,quia neque vlla pupilli culpa intelligi potest in eo quod ipse tutor ve do
lo malo,vel culpâ fecerit. Sed tamen in hoc claudicat comparatio,quod a us
quilibet possessor hereditatis omnimodo & indistinctè liberatur præsiād z-
ctiones quas habet contra eum qui vel per vim deiecit,vel seruum hereditā iū
l.quod si 16. § Iulianus & seqq. de pet.hered. vulneraut,Siue tertius ille soluendo,sit siue non sit *l. quòd si 16. §. Iuliana & seqq.vsque ad finem legis D.de petit.hered.* Pupillus verò non liberatur om ni-
modo etiamsi paratus sit præstare actiones quas contra tutorem habet, sed co
tantùm casū quo tutor non sit soluendo,Idque ob rationem illam quam su ra
attulimus,quòd tutor in rerum pupillarum administratione domini loco ha-
beatur,quatenus indemnem pupillum seruare potest,vt non malè dici pos it,
Factum videri à pupillo,quod tutor ipse fecerit,dum ne pupillo quicquam eo
d.l.vl.D.de adm. tutor. nomine absit.Sequitur apud Pōponium,*Idem dicendum est etsi per curatorem fu rioſi culpa vel dolo quid amissum fuerit quemadmodum si quid stipulatus tutor vel curator fuisset aut vendidisset rem hereditariam*, In quo rursus vide ndum est ne decipiamur si cum interpretibus existimemus eam esse Pōponii sentētiam vt his casibus indistinctè liberetur furiosus præstando actiones quas habet con-
tra curatorem.Nam è contrario Pomponii sensus est,Eandem in furioso ad-
hibendam esse distinctionem cùm ex curatoris sui dolo in hereditatis petitio
ne conuenitur,quam priùs dixerat Aristo & Pōponius adhibendam esse in pu
pillo,An scilicet cautum ei sit de indemnitate,propterea quòd eius curator vel
idoneus sit,vel idoneos habeat fideiussores, An verò damnū sensurus sit ex do
lo vel culpa curatoris si quid aliud præter suas actiones præstare actori tenea-
tur.Priore casu omnimodo condemnandus est furiosus ex dolo aut culpa sui
curatoris,nec si actiones suas præstare paratus sit,liberandus erit:quia non mi
nor est potestas curatoris in caput & fortunas furiosi,quàm tutoris in caput&
fortunas pupilli,feréque in omnibus eodē iſti iure censentur,nisi quod plus iu
ris habet curator furiosi quàm tutor in hoc,quod omnia quæ ad furiosum per
tinent,per ipsum curatorem solum id est sine furioso expedienda sunt cùm ni
hil prorsus facere furiosus possit ne quidem cum curatoris sui autoritate,Pu-
pillus verò omnia potest facere tutore autore *l.in negotiis* 5.*De regul.iur.*& ple
raque sunt quæ nec tutor ipse facere possit sine pupillo,quale est adire heredi-
tatem *l.more* 8.*& seq.D.de acqu.hered.l.cùm in vna* 17.*§.*1.D.*de appell.* Super-
erat vt responderet Pōponius ad quæstionem quā consultor proposuerat iis
verbis *De possessore quoque furioso quæri potest.si quid ne in rerū natura esset per
furorem eius accidisset.*Hucusque enim tractauit Pōponius de furioso qui con-
ueniatur ex dolo culpáve sui curatoris.Respondet verò ad vltimam istam quæ
stionem,impune id furioso esse debere,perinde acsi vi aliqua maiore, & casu
fortuito damnum illud accidisset,quasi nec à furioso ipso nec à quoquam ho-
mine factum videatur,quod à furioso factū est per furorem.Id enim est quod
habent postrema legis verba *Impune autem puto admittendum quod per furo-
rem alicuius accidit,quemodo si casu aliquo sine facto personæ id accidisset.*Nec a-
liud est si pupillus expers culpæ aliquid ex ea hereditate diminuerit,aut perdi-
derit.Nam nec is qui Pomponium consolebat de hoc dubitabat,vt constat ex
verbis illis *similiter atque pupillus expers culpæ quid ex hereditate diminuisset,cor
rupisset,perdidisset.*Ideò autem loquitur lex de pupillo culpæ experte quoniam
in eo qui esset capax culpæ aliud probari oporteret. Culpæ autem is saltem ca-
pax est qui & doli.Alius sanè vix quisquam in ea ætate, licèt culpa minus ali-

quid

Digitize

quid sit quàm dolus. *l. quod Nerua* 32. *D. depos.* Atque ita elegans hoc totum Pomponij responsum explicandum est, Non quomodo ab iis interpretibus factum est, quos Bartolus refert distinxisse, An culpa tutoris vel curatoris fuerit talis, ex qua non oriatur actio durante tutela, vt eo casu non liberetur pupillus etiamsi paratus sit cedere actionem, quam scilicet præstare ac cedere nullomodo possit, An verò talis culpa fuerit ex qua nascatur actio etiam durante tutela, puta furtum vel rapina *l. si tutor reipublica* 9. *§. vlt. D. de tutel. & rat. distr.* vt eo casu non ad aliud tenèatur pupillus quàm ad præstandas actiones quas nõ solùm habet, sed etiam ita habet vt eas præstare possit, Nimirum hanc distinctionem induxerunt isti viri boni vt Pomponium cum Aristone aut potiùs cùm seipso conciliarent, & vt scopulum illum effugerent, ad quem allidunt cæteri qui putant in hac quæstione Pomponium non modò ab Aristone sed à seipso quoque dissentisse : quod est ridiculum. Illud sanè fatendum videtur, Pomponium & Aristonem in quæstione ista dissensisse à cæteris Iureconsultis, vt nos pluribus scripsimus in Rationalibus ad *l. sed & ex dolo* 15. *D. de dolo.* vnde peti volumus, quid nos circa personam pupilli, tutorisque dolosi magis probemus.

l. si tutor 9. §. vlt. D. de tut. & rat. distr.

ILLATIO XV.

De suspecto faciendo tutore qui malè administrat etiamsi satis dederit vel satis offerat.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt suspectus fieri possit tutor quilibet malè administrans, etiamsi satisdederit, vel nunc satis offerat *l. suspectus* 5. *D. de suspect. tutor.* Nimirum quia vt ibi Vlp. scribit, expedit pupillo rem suam saluam potiùs quàm tabulas habere cautionis Rem saluam fore. Nec ferendus est contutor si dicat ideò se non fecisse suspectum collegam quod sciret cautum esse pupillo, quia vt in *l. seq.* subiicitur ex Callistrato, satisdatio non mutat maleuolum tutoris propositum, sed diutiùs grassandi in pupilli re familiari præstat ei facultatem. Et sanè interest cuiuslibet non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.* 3. *D. de compens. at. l. si stipulatus* 15. *in pr. D. de fid.* melióque est ab initio prospicere minoribus ne quid damni sentiant, quàm post vulneratã eorum causam remedium quærere per quod indemnitatem consequantur *l. vlt. C. in quib. caus. restit. in integr. necess. non est.*

l. suspectus 5. D. de suspect. tutor.

l. quia 6. eo.

l. vlt. C. in quib. caus. restit. in integr. non est necess.

ILLATIO XVI.

Vbi morari pupillus vel educari debeat.

DEcimosextò ex eodem Principio fit, vt si disceptetur vbi morari vel educari pupillum oporteat, causa cognita id prætorẽ vel præsidẽ statuere oporteat *l. si disceptetur* 5. *D. vbi pupill. educ. vel mor. deb.* vbi addit Vlp. in causæ cognitione cauendos esse eos qui pudicitiæ impuberis possunt insidiari, Quomodo etiã ij qui possunt insidiari vitæ, qualis creditur vt plurimũ esse qui vitricus est *l. 1. C. eo.* Aut etiã qui pupillo ipsi substitutus fuit *l. 1. §. 1. D. eo. tit.* vbi scribit idem Vlp. vsque adeò solere prætorẽ ex persona, ex condicione, & ex tẽpore statuere vbi potiùs alendus sit pupillus, vt nõnunquã recedat etiã patris voluntate. Nã cũ quidã testamẽto suo cauisset vt filius apud substitutũ educaretur, Imperator Seuer' rescripsit æstimare prætorẽ debere ac perpẽdere vtrũ id fieri

l. si disceptetur 5. D. vbi pup. educ. deb.

l. 1. C. eod. l. 1. §. 1. D. eo.

Digitized by Google

debeat,Idque præsentibus cæteris propinquis liberorum: Id enim agere,inquit,prætorem oportet vt sine vlla maligna suspicione partus álatur & educetur.Nam si cauendum est ne in damno pecuniario pupillus moretur vt Principium nostrum habet,quantò magis ne damnum vllum persona ipsa pupilli sentiat?De quo plura ad Principium sequens dicemus.Erit enim locus ille accommodatior.

ILLATIO XVII.

De adulto aduersus quem restitutus sit heres vnius ex curatoribus condemnatis.

l.alterius 20.in princ. De tute. & rat.distr.

DEcimoseptimò ex eodem Principio fit,quod scriptum est in *l. alterius, 20.in pr. D.de tut.& rat.distr.* Alterius curatoris heredem,inquit,Papinianus,tanquam minorem,& condemnatum maiore pecunia quàm deberet in integrum restitui placuit.Ea res materiam litis aduersus alium curatorem instaurandæ non dabit,quasi minore pecunia condemnatum,si non sit eius ætatis actor cui subueniri debeat,Sed æquitatis ratione suadente per vtilem actionem ei subueniri in quantum alter releuatus est, oportet,Cur verò æquitatis ratione?Quoniam aliter eueniret vt pupillus in damno moraretur. Ei namq; abesset quod ex vna parte aufferret restitutio,nec altera ex parte sententia rederet.Quamquam vt alio loco monui si bene memini totus ille versiculus *sed æquitatis ratione suadente per vtilem actionem ei subueniri in quantum alter releuatus est oportet*,mihi valdè suspectus est,videturque dignior Triboniano,quã Papiniano,siue verba considero quæ sunt parum elegantia,siue sensum & vim verborũ,non solùm quia hæc adiectio destruit quod eleganter & ex iuris ratione Papinianus responderat,Verùm etiam quia iuris ratio pati non potest, vt aduersus eum qui in certam pecuniæ quantitatẽ condemnatus est licèt minorem, quàm re vera deberetur detur actio in maiorem quantitatem ex pristina obligatione tutelæ,Cũ actio tutelæ hoc ipso consumpta sit quod eã semel exercuit is qui pupillus fuit vt sæpius à nobis dictũ probatúmque est in superioribus:Sed etti maximè actio tutelæ aliqua hoc nomine supereſſet, attamen summoueretur per exceptionem rei iudicatæ cuius autoritas facit vt posteaquàm iudicatum est,non iam illud inspiciendũ sit quid debeatur, sed quid deberi iudicatum sit,quandoquidem res iudicata pro veritate habetur *l.res iudicata 208. De regul.iur. l.si fundus 16.§.si pluris D.de pign.* quàmuis illo etiam loco idem Tribonianus non dissimili & audacia & imperitia Marcianum quoque corruperit addita tota illa clausula quam proculdubio Marcianus numquã addidisset *sed humanius est non amplius eum quàm quod re vera debet dando hypothecam liberare*,vt pluribus scripsimus *lib.16. Comẽt.* Neque sanè si iuris rationem consulamus,alius casus excipi potest,quàm is quem Papinianus disertis verbis excepit-*si non sit eius ætatis actor cui subueniri debeat*, id est si non sit adhuc minor annis vigintiquinque,aut saltem intra annum illum vtilem qui minoribus ex edicto prætoris ad petendam restitutionem indulgetur, Non sententia contra minorem reddita ipsum non afficiat æquè ac maiorem, sed quia contra sententiam restitui minor potest,maior non potest *l.1.& tot.tit.C. si aduers.rem iudic.* Quomodo ergo fieri potest quantacumque æquitatis ratione vt releuetur iste qui ætatis beneficio in integrum restitui non possit, cùm nec minor ipse releuari possit nisi per in integrum restitutionem ? Nam quod de vtili actione tractat Tribonianus ridiculum est.Sublata enim directa

Tribonianismus in Papiniano.

l. si fundus 16.§. si pluris D.de pignor.

l.1.C. si aduers.rem iudic.

quæ

quæ & in iudiciũ deducta sit & effectũ habuerit nulla ratio est vtilis cõcedẽda. Solet siquidẽ vtilibus actionibus locus fieri, cũ directę locũ nũquã habuerũt, non vt ex eadem causa sæpius agatur, aut vt rei iudicatæ autoritas quæ directam actionem eneruatura esset per vtilem actionem conuellatur. Quare nec potest defendi ex ratione iuris quod notat Bart. ad *d. l. alterius*, Si minor in integrum restituatur contra maiorem, restituendam esse maiori actionem contra tertiũ minoris beneficio liberatum. Potest enim actori qui maior fuit imputari, cur non egerit melius aduersus curatores suos, conueniendo quemque ipsorũ pro ea parte & quantitate pecuniæ quam ipse verè deberet, & cur ab ea sententia nõ appellauerit, per quã alter ex curatoribus minore pecunia cõdemnatus fuerat, quàm condẽnari debuisset, cùm cogitare ac prospicere deberet fore vt heres alterius curatoris idémq; minor posset restitui aduersus sentẽtiã quæ ipsum condemnasset in maiorẽ, quàm ab eo debita esset quantitatẽ. Ac proinde sicuti non potest maior hic restitui ex edicto De minoribus, quia maior est, ita neque ex generali clausula edicti *si qua mihi iusta causa videbitur*, per quã maioribus subuenitur, quia nonquam per eam succurritur, illis quibus potest aliquid imputari. Nec rursus verum est quod supponit Bartolus pro vero, alterum curatorem beneficio minoris fuisse liberatũ. Beneficium enim sententiæ est non condemnationis heredi alterius curatoris minori irrogatæ, quod prodest concuratori ne supra eam quantitatem ad quam condemnatus fuit, vrgeri vnquã possit. Alia verò Accursij interpretatio longè improbabilior est nec minùs à iuris ratione quàm à Papiniani verbis aliena, licèt Bartolus eam in se verã esse fateatur, Vt nimirum minor heres curatoris mortui restituatur in integrũ cõtra curatorem qui fuerit in minori pecunia condemnatus (sic enim apud Bartolum legendum est.) Nam cur voluimus huic minori succurrere aduersus concuratorem, cum quo neque egit ille neque gessit quicquam? Edictũ siquidem De minoribus exigit omnimodo vt minor qui vult restitui ex ea parte edicti aliquid gesserit cum eo contra quem petit restitutionem. An non verò satis superque consulitur huic minori cùm restituitur aduersus eum cui fuit cõdẽnatus? Nam si alleget hic minor acceptũ sibi referri debere quod cõcurator maior in minorẽ pecuniæ quantitatẽ fuerit condemnatus, iam diximus immò fieri hoc beneficio sententiæ non correi simul condemnati. Eiúsq; rei argumentũ apertissimum est, quod etiamsi minor heres alterius concuratoris non in maiorẽ quàm quæ ab ipso deberetur pecuniæ quantitatẽ condemnatus fuisset, nõ ideo minùs tamen alius curator tutus esset exceptione rei iudicatæ, si quid ab eo supra iudicati quantitatem quæ eadem esset, peteretur. Dices posse fieri, vt adultus non sit soluendo contra quẽ damus minori restitutionẽ, quæ proinde inutilis ei futura sit, si non etiã aduersus concuratorem porrigatur. Et ob hanc nimirũ causam dicebat Rayñerius quem Bartolus refert, Minori plus soluenti restitutionis priuilegio de iure speciali restitutionẽ concedi contra illũ qui eius beneficio liberatus fuit in subsidiũ propter inopiam illius cui solutio facta fuit. Sed neque hoc casu verum esse puto vt restitutionis beneficium porrigendum sit contra eum qui nihil cum minore gessit. Is autem curator, qui minore pecunia condemnatus fuit, nihil gessit cum isto minore herede alterius curatoris, sed cum eo solo cuius curam administrauit. Nihil ergo causæ est, cur alteri teneri debeat siue soluendo sit siue non sit is contra quem restitui vult minor. Sed neque de hoc casu potest Papinianus intelligi, quo iã facta sit solutio per minorẽ. Ponit enim duntaxat condemnatũ fuisse, dátque ei restitutionẽ non

Bartolus cõfutatus.

aduersus solutionẽ, sed aduersus sententiã. Etsi non inficior idẽ iuris fore etiãsi post sententiã solutio secuta esset dũmodo in ea ætate quæ restitutionis benefi ciũ admitteret. Cæterũ ex hoc apparet in ea specie de qua Papin. respõdit, hoc est cùm agitur de restitutione concedenda duntaxat aduersus condemnationẽ non etiã aduersus solutionẽ, nihil interesse, an adultus sit soluendo necne, quia tũ quoque cũ soluendo non est perinde consuli potest indẽnitati minoris condemnati qui nihildum soluit, impetrata scilicet ab eo restitutione ad hoc ne ex sententia vrgeatur quicquam soluere supra id quod ab ipso re vera debeatur. Quòd si in damno aliquo minor hic moraretur non eo magis ei subueniri oporteret contra tertium cum quo nihil ipse gessisset. Nam quod habet Principium nostrum, fauendum esse minoribus ne in damno morentur, ita verum est si faueri eis possit citra iniuriam alterius *l. sed cùm ab herede* 12. D. *ad SC. Trebell.* Fieret autem iniuria pereuidens ei qui nihil cum minore gessisset, si ob factum aut inopiam alterius, in integrum restitutio contra eum daretur.

l. sed cùm ab herede 12. D. *ad SC. Trebell.*

ILLATIO XVIII.

De adulto nolente cedere tutori actionem quam habet aduersus curatorem condemnatum.

d. l. alterius 20. §. 1. *De tut. & rat. distr.*

DEcimo & auò ex eodẽ Principio fit, quod scriptum est in *d. l. alterius* §. 1. Nõ idcirco actionem quæ post vigintiquinque annos ætatis intra restitutionis tẽpus aduersus tutorẽ minore pecunia tutelæ iudicio cõdemnatũ inutilẽ esse, quòd adolescenti curatores ob eã culpã cõdẽnati sint, Nẽpe quia nõ eo minùs verũ est, abesse adhuc pupillo eã ipsam quantitatẽ quæ in iudiciũ deducta fuit quãdiu soluta nõ est. Lõgè nãque ista differũt, Cõdẽnatũ esse & soluisse. Ex quo benè infert Papin. quãdiu pupillo ea actio supersit tandiu ab ipso cedi eã posse. Nã quæ in ipsius persona inutilis nõ esset, nec inutilis erit in persona cessionarij, Et cõsequenter nõ potest pupillus recusare quominùs eam tutori præstet, quia nullũ prorsus damnũ est in actionis cessione dũmodò fiat ab eo qui totũ id quod sibi debetur cõsequatur. *l. in creditore* 38. D. *de euict.* Quinimò in dolo est minor qui recusat suas præstare actiones ei à quo accipit solutionem, ob idque ait Papin. repelli eũ posse per doli exceptionẽ. Magis enim de præda quàm de dãno sollicitus est qui & pecuniã cõsequi vult, & actionẽ quã eius pecuniæ nomine aduersus aliũ habet retinere, Nõ quòd postquàm à curatoribus solutionẽ acceperit, aliquã ex eiusmodi actione cõtra tutores vtilitatem adhuc sperare possit (intercidet enim actio per solutionẽ à curatoribus factam neque adultus hic suũ bis cõsequetur) sed quia cũ rẽ videri possit habere is, qui actionẽ habet aduersus idoneũ debitorẽ, nihil est quod æquã faciat intentionẽ eiusdẽ adulti contra curatores suos agere volentis, nisi eam ipsam actionem quam contra tutores habet curatoribus præstare paratus sit: Quasi videatur alioqui rursum velle cõsequi quod iã habendus sit pro eo acsi consecutus esset. Quidni enim cõsecutus videatur id pro quo cõsequendo efficacẽ habeat actionem quã nec sibi ereptã velit? Illud tamẽ curatoribus obstare videbatur ne cessionẽ illã petere possent, quòd ex propria culpa cõdẽnati proponebantur. Qua enim frõte cessionẽ desiderare potest is cuius vel dolus vel culpa coercetur? Inquit idẽ Papin. in *l. si plures* 38. D. *de adm. tut.* Sed benè Bart. respondet tunc id verè dici cũ plures cõueniũtur ratione paris culpæ. Quo casu absurdũ esset etiã post cessionẽ culpã ab eo obiici, qui ipse eiusdem culpæ reus esset. At è contrario tutores qui ob culpam curatorum condemnati sunt minore pecunia quàm cõdemna-

l. si plures 38. D. *de adm. tutor.*

demnari debuissent, non possunt nisi malè & improbè curatoribus post cessionem agentibus eam culpam obtendere ex qua lucrum consecuturi alioquin fuerint ipsi qui conueniuntur. Quid si curatores isti soluerent ante habitam petitámque cessionem? Iam diximus futurum eo casu vt cessionem postea petere nō possent nō quasi deficiente æquitate, sed quia tūc nulla amplius superesset actio quæ cedi posset. Id enim est quod Papin. ait *si non iudicatum à curatoribus factum est*. In quo tamen dubitandi ratio illa occurrit, quod curatores isti cùm iudicatum fecerunt, non tutorum sed suo nomine soluerunt, quod & Bartolus fatetur, & consequenter ipsos tutores non liberarunt. Quod enim quis suo non debitoris nomine soluit, numquam liberat debitorem *l. si quid possessor 31 D. de petit. her. l. Papin. 28. D. mandat.* Cur non ergo etiam post solutionem à curatoribus factam superest actio cōtra tutores quæ proinde cedi in eis possit? Respondeo id sum est non alia ratione cōparatam fuisse actionem tutelæ fauore pupillorū, quàm ne quid iis abesset, néve in damno morarentur, vt Principium nostrū habet. Quæ ratio cessat cùm indemnitatem pupillus à curatoribus consecutus fuit, etiamsi propter debitum proprium soluerint non propter debitum tutorum. Indéque apparet differentia elegans inter obligationem tutelæ & cæteras, quòd obligatio tutelæ facilius dissoluitur, hoc est ex eo solo quod nihil pupillo absit, licet neque à tutore neque ab alio vllo tutoris nomine facta solutio sit, quia & facilius contrahitur, nimirum sola ferè legis potestate magis quàm ex aliqua tutoris voluntate, siquidem tutor sit etiam inuitus quique nullam aliena negotia gerendi habeat voluntatem, ideóque nec eum tenere æquū est, nisi quatenus pupilli vtilitas & indemnitas requirit. Quod in cæteris omnibus diuersum est qui vltrò & ex voluntate propria obligantur. Eos namque non nisi certis & constitutis modis liberari æquum est, inter quos ille non est si quis non ipsorum nomine soluat, sed propter debitum suum, quamuis ea ratione fiat vt extra damnū sit is cui fuerant obligati. Quærit tamen Accursius, Quid si actio nulla amplius sit quæ cedi possit, facta scilicet iam à curatoribus cessione, An poterunt aliquam saltem habere vtilem actionē contra tutores quos per solutionem suam liberarunt? Et respondet habituros ex *l. 2. C. de cont. iudic. tut.* Bartolus verò improbat, quia neque ex persona pupilli actionem illam exercere contutores possent aduersus tutores, quando nec pupillus ipse vllam haberet, ne quidē per restitutionē in integrū, neque ex persona propria cū pro seipsis soluerint nō pro tutoribus. Nec moueri se ait *d. l. 2.* quia loquitur in collegis non liberatis. Ac sanè ita est, Loquitur Imperator eo loco de contutore, quia nondum ex causa iudicati satisfecerat, sed tantùm satisfacere cœperat, ac proinde qui nondum contutores suos liberauerat, quorum collega erat. Solis autem collegis indultum est ab Imperatore Antonino Pio cuius *dict. l. 2.* vt si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit vel ex communi gestu, nec ei mandatæ sint actiones, nihilominùs vtilis actio ei danda sit aduersus contutorem *l. 1. §. nunc tractemus verſ. & si forte D. de tutel. & ration. distr.* Atqui tutores & curatores non sunt collegæ, ob idque per actionem contra tutores institutam si solidum ab iis seruari non potuit, numquam intelligitur consumpta actio quæ competit aduersus curatores, cùm habeat alterius officii querellam vt idem Papin. loquitur in *l. tutores 59. §. adolescente D. de admin. tutor.* Nūquam ergo fieri potest vt curatores habeant vtilem actionem aduersus tutores cuā quos ipsi pecunia sua liberarunt. Nam si quā habere possent ea

l. si quid possessor 31. D. de petit. hered. l. Papinianus 28. D. mandat.

l. 2. C. de contr. iudic. tutel.

l. 1. §. nunc tract. ut verſ. & si forte D. de tut. & rat. distr. l. tutores 59. §. adolescente D. de admin. tut.

Digitized by Google

maximè esset negoriorum gestorum actio quòd videantur benè & vtiliter gessisse negotium illorũ quos liberarunt. At ne quidem hæc iusta potest esse causa iis dandæ actionis, quia licèt tutores liberauerint, non tamen soluerunt vt tutores liberarent sed vt seipsos, neque tanquam gerentes negotium alienum sed suũ *d.l.Papinianus* & *l.in hoc iudiciũ* 14.*§.1.verſ.& l ſi quis eum* 29. D.*commun. diuid.* Melius ergo hîc Bartolus quàm Accursius, Nitì quod actionem illam vtilem quam Diuus Pius dedit tutori contra tutorem, putat ille ad *l.cùm pupillus* 21.*eo.* esse actionem negotiorum gestorum, Malo enim intelligere de actione vtili tutelæ De qua& in *tit.C.de contr.iud.& vtil.tut.act.* Vtilem enim actionem cùm sine cessione dant Imperatores, solent dare eius nominis cuius esset actio si qua cessa fuisset vt in *l.1.C.de obl.ig.& act.* Diuersum est si pupillus tutelæ actione contra tutorem alterum cesserit tutori in solidum cõdemnato, quãuis enim postea iudicatum fiat tamen actio iam data & cessa non ideò intercidit, quia pro parte condemnati tutoris nõ tutela reddita sed precium nominis solutum videtur vt subiungitur ex eodem Papin. in *l.cùm pupillus* 21.*eo.tit.* quod nos in præcedentibus & suo loco explicauimus. Cætera quæ ad eam legem Bart. tractat de cessione vni ex correis aut contutoribus contra correum aut contutorem facienda, nos tractauimus *lib.*11.*Coniect.*

l.1.C. de obl.ig.& act.

l.cùm pupillus 21. D. de tutel.& rat. distr.

ILLATIO XIX.

De *contrario iudicio tutelæ.*

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt cõtrariam tutelæ actionem prætor proposuerit, & in vsum induxerit, vt facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligàtum fore ex sua administratione *l.1.D.de contr.tut.& vtil.act.* Quamquam enim sine tutoris autoritate pupilli non obligentur, vt ibidem Vlp. ait, nec in rem suam tutor obligare pupillũ possit, Attamen receptum est vt tutori suo pupillus sine tutoris autoritate ciuiliter obligetur ex administratione scilicet. Etenim prouocandi fuerãt tutores vt prõptiùs aliquid de suo pro pupillis impenderent, dũ scirent se recepturos id quod impendissent, Essétque pupillis ipsis magno dãno & incõmodo, si tutoribus suis non obligarẽtur. Quotusquisque enim esset qui ad rerũ pupillariũ administrationẽ alioquin accedere, aut in ijs administrandis vel tantillũ de suo impendere & prorogare vellet? Denique nec tutori officiũ suũ quod publicũ est debet esse dãnosum *l.videlicet* 28. D.*ex quib.caus.maior.l.ſed ſi quis* 7.*D.teſt.quem.aper.* nec pupillus locupletari debet ex tutoris sui iactura *l.naturaliter* 13.*§.vlt.cũ l.ſeq.* D.*de cond.ind.* Nã & inde est quod postea tandẽ D. Pius generaliter cõstituit vt ex alia qualibet causa pupillus locupletior factus ciuiliter obligetur, & in eũ actio detur. *l.3.§.pupilli D.de negot.geſt.* iunct. *l.ſi pupilli* 6. *l.Iitis* 37.*eo.* Neque ideo tamen possis dicere actionẽ hãc tutelæ cõtrariã ciuilẽ esse quemadmodũ ipsa tutelæ actio ciuilis est, itẽque obligationes omnes quæ ex quasi cõtractu nascũtur. Est enim prætoria & ex prętoris iurisdictione vt Vlpianus ait, Non solũ quia priùs inducta fuit, quàm prodiisset rescriptũ illud Diui Pij de pupillo, qui locupletior factus sit, ciuiliter obligando: Sed etiam quia propriũ hoc & speciale habet vt cõpetat tutori cõtra pupillũ, etiamsi pupillus locupletior factus nõ sit, puta si benè quidẽ & diligenter negotia pupilli tutor gesserit, sed a liter sum euentum habuerit id quod gestum est *l.3.§.ſufficit eod. tit. De contr tutel.& vtil.action.* quod diuersum esset in actione negotiorum gestorum si quis eam contra pupillum exercere vellet. Cogeretur enim præcisè probare pupillum factum esse locupletiorem. *dict. l.ſi pupilli & dict. l. Iitis.*

l.1.D.de contr. tutel. & vtil.act.

l. naturaliter 13.§. vl. & l ſeq. D*e cond.indeb. l.3.§.pupilli l.6 l.Iitis37. D.de negot. geſt.*

l.3.§ ſufficit De contr.tutel. & vtil. act.

Iliud

Illud tamen omnino requiritur vt tutor probet se bona fide negotium gessisse, & illud bene atque vtiliter inchoatsse: Alioqui si malè res cesserit nullúmque ex eo negotio lucrum ad pupillum peruenerit, nulla ratio est cur tutori suo teneatur, vt nec alius quilibet actione negotiorum gestorum alij cuilibet teneretur *l.sed an vltrò* 10.§.1.D. *eod.tit.*De *negot.gest.* In cóq; errat & contra hoc Princip.peccat Bartolus post Dinum,cùm scribit ad *d.l.1. num.*4. Nihil esse speciale in tutelæ actione contraria,siue bona fide tutor gesserit negotia pupilli,siue mala fide,Sed eo tantùm casu quo dubitetur an negotium fuerit malè inchoatum. Nam inrò verò quoties dubitatur an negotium bene an malè inchoatum sit,nulla ratio est,cur tutori faueamus ac non potiùs pupillo, cui actio ista cõtraria damnũ esset allatura: Cùm autẽ cõstat negotium pupilli bona fide inchoatum fuisse,sed tamen effectum non habuisse, proprium hoc habet actio contraria,vt non eo minùs pupillum teneat qui alioquin actione nulla teneretur. Etsi enim idem est in actione negotiorum gestorum si contra non pupillum exerceatur,*dicta l.sed an vltrò* §.1.secus tamen est in ea, quæ contra pupillum exercetur *d.l.*3.§.*pupilli d.l.*6.*&* 3. *de negot.gest.* Alterutrum enim omnimodo probandum est ad obligãdum, siue ciuiliter,siue etiam naturaliter pupillum,Nempe,vel factum esse ipsum locupletiorem si alius quàm tutor gesserit, vel saltem bene ac vtiliter inchoatum negotium esse si tutor sit qui agere velit. Illud quidem verè Bart.contra Accursium notat, Non esse speciale in contraria tutelæ actione,vt pupillus tutori suo sine alterius tutoris autoritate obligetur.Nam vt ille ait idem est in tutelæ actione directa, cùm si tutor rem aliquam pupilli emerit palam & bona fide,obligetur ei pupillus & ciuiliter & naturaliter *l.tutor rerum* 56.D.*de admin. & peric tutor.* Dixi *palam & bona fide*,quia si quid faciat tutor clam & mala fide non obligat sib pupillũ sed se pupillo *l.non existimo* 54.*eod.l.pupillus* 5.§.*sed si per interpositam* D. *de autor. & consens.tut.* Ex quo apparet quàm ridiculi sint qui post Dinum defendunt actionem tutelæ contrariam, non esse bonæ fidei. Cùm ex contrario nulla fuerit ratio eius inducendæ,nisi quod ex bona fide sit vt de iis quæ tutor in rem pupilli impendit, pupillus tutori obligetur. Indéque etiam est quod hæc actio non solùm tutori verùm etiam ei qui pro tutore negotia gessit cõpetere debet *d.l.1.§.hæc actio.* Sed etsi curator sit vel pupilli,eo nimirum casu quo pupillus curatorem habere potest, puta si iam habeat tutorem (nec enim tutorem habenti tutor dandus est,sed curator)vel adolescẽtis, vel furiosi, vel prodigi, dicendũ est etiam his curatoribus contrarium iudicium dandum esse: Idem in curatore quoque ventris probandum est *d.l.*1.§.*sed etsi*, vbi addit Vlpianus hanc fuisse Sabini sententiam existimantis cæteris quoque curatoribus ex iisdem causis dandum esse contrarium iudicium, Nimirum quia his omnibus casibus locum habet eadem ratio bonæ fidei & æquitatis, fuerúntque isti omnes curatores prouocãdi vt curã susciperent,nõ minùs quàm tutores ad tutelã gerẽdã.Cæterũ quẽadmodũ actio tutelæ nõ potest exerceri nisi post finitã tutelã,ita neque cõtrarium iudiciũ tutelæ quãdiu tutela durat *d.l.*1.§.*finito.* Nec enim bona fides patitur,vt priùs conueniatur pupillus à tutore, quàm tutorẽ ipsum cõuenire possit.At si pro tutore qui negotia gesserit,cùm tutor non esset, vel etiam curam administrauerit locus erit iudicio contrario etiã statim, quia hoc casu in ipsum quoq; statim actio cõperit, vt subiicit Vlpianus in *d.*§.*finito.*Siquidem cum eo qui pro tutore negotia gessit etiam ante

l.sed an vltrò 10.§.1.*de negot.gest.*

l.tutor rerũ 56.D.*de admin. tut.*

*d.l.*1.§. *hæc actio D. de cont.tut.& util.act.*

*d.l.*1.§. *sed etsi.*

*d.l.*1.§. *finito.*

l.1.§. eum eo D de eo qui pro tut. negot.geſſ.

pubertatem agi poſſe nulla dubitatio eſt,quia tutor non eſt*l.* 1. *§.cum eo* D.*de eo qui pro tutor.negot.geſſ.*Cum eo autem, qui curator verè fuit & eſt,ideò etiam durante officio exerceri actio poteſt,quia verēdum non eſt,ne ex eo quod ſemel in iudicium deducta fuerit tota conſumatur,cùm non ex lege 12.tab. vt actio tutelæ,ſed ex ipſa geſtione & adminiſtratione proficiſcatur, vt proinde toties & competat & exerceri poſſit,quoties curator probatur adminiſtraſſe.

l.2. C. de admin.tut.

Nec repugnat quod ſcriptum eſt in *l.*2.C.*de admin.tutor.* Aduerſus adoleſcentis curatorem cui collegæ dati ſunt quandiu adminiſtratio communis durat exerceri iudicium non poſſe.Id enim ita accipiendum eſt,vt non poſſit exerceri à collegis,Sicut nec contutor tutelæ actionem exercere poteſt aduerſus contutorem quandiu tutor manet etiamſi relegatus ſit *l.ſine herede* 32.*§.vlt. D.de admin.& peric.tutor.*quia minimum relegatio non facit, quin remaneat tutor *l.tutor petitus* 28.*§.vlt.cum l.ſeq.*D.*de excuſ.tut.l.quod ſi forte* 14.*§.quid ergo D. de ſolut.* At à minore ipſo aduerſus curatorem exerceri actio quandocumque poteſt, Non quòd pro vniuerſali curatione agi poſſit ante finitum officium,quod & Baldus notat ad *d.l.*2. ſed quia cùm tempus nullum à lege præſtitutum ſit curationi,ſiue vniuerſalis ea ſit,ſiue certarum rerū, finitur illa ſtatim atque ratio adminiſtrationis poſtulatur. Quāuis enim nō ſit liberū minori res ſuas ſine curatore adminiſtrare ante viceſimum quintum annum, attamen poteſt aliū petere curatorē,& à priore exigere rationes.In cóq; curatio differt à tutela,quia tutelę tempus eſt legitimum cùm nō niſi pubertate aliiſve certis & legitimis modis tutela finiatur. Vnde fortaſſis eſt quod in Inſtit. habemus titulum *Quib.mod.tutel.finit.ante tit.De curat.* Nullum autem de curatione, quando aut quibus modis finiatur.Eminuerò vt quis contrario tutelæ iudicio experiri poſſit,non illud etiam neceſſe eſt,vt in contrarium pupillus directam tutelæ actionem exerceat,ſed ſufficit vt tutelæ iudicio agi poſſit, licèt nōdum agatur.Etenim nonnumquam pupillus idcirco agere non vult, quia nihil ei debetur,ſcítque plus in eum impenſum eſſe quàm ei abſit, Nec impediendus eſt tutor contrario iudicio agere *d.l.*1.*§.vlt.de contr. tutel.& vtil.act.* Dubitandi ratio erat,quia contraria tutelæ actio videbatur præſupponere directam. Ob idque nec ſi Rationibus diſtrahendis actio intenderetur, locus videbatur fieri actioni contrariæ,cùm actio tutelæ in multis differat ab actione illa Rationibus diſtrahendis, vt explicauimus in præcedentibus. Sed ratio decidendi eſt, quod actio contraria præſupponit directam potentia & aptitudine non actu, vt philoſophi loquuntur. Quomodo euenit etiam in cæteris actionibus contrariis depoſiti, commodati, mandati,pignoratitia & cæteris ſi quæ ſunt huiuſmodi. Non enim exigimus vt directæ exerceantur, ſed tantùm vt competant eo tempore quo contrariæ exercentur. Et ideò benè Iulianus ſcribit in *l.*2.*eod.tit.*longè magis dandum eſſe contrarium tutelæ iudicium ſi Rationibus diſtrahendis actio intenderetur. Etſi enim qui actione iſta experitur non ideò tutelæ agit, maiorem tamen præbet occaſionem proponendæ actionis contrariæ, quàm ſi omnino taceret. Nam ſunt quidem duæ actiones, ſed quæ tamen ex vna eiuſdem tutelæ obligatione naſcuntur *l.*1. *§. in tutela D. de tutel.& ration.diſtr.*

l.1.§. vlt. D.de contr. tutel & vtil.act.

l.2.eod.

l.2.§. in tutela D.de tutel. & rat. diſtr.

ILLA-

ILLATIO XX.

De tutore reputante pupillo quod in ipsius rem impendit.

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt si tutor iudicio tutelæ conueniatur, possit reputare id quod in pupilli rē impedit *d.l.1.§.praterea* D.*de contr. tutel.& vtil.act.l.2.D.vbi pupill.educ.deb.* Sic erit in tutoris arbitrio an compensare, an sumptum petere malit *d.§.praterea l.vlt* C.*eod.l.2.C.de in lit. dan. tut.* Neque enim quicquam interest pupilli an tutor indemnis seruetur per cōtrariam actionem, an per compensationem, cùm vtriusque remedij idem sit effectus, vt neque in damno tutor moretur, neque pupillus ex tutoris iactura locupletetur. Quid ergo si iudex compensationis petitæ rationem nullam habuit? An contrario iudicio nihilominùs experiri tutor poterit? Vtique poterit, quia nihil vetat actionem ei competere qui non possit obicere compensationem, vt videre est in omnibus casibus in quibus compensatio non admittitur etiam eius rei quæ debetur, sed si reprobata est reputatio & compensatio post examinationē causæ, id est non ratione aliqua iuris, sed quasi nullo debito subsistente, & tutor sententiæ acquieuerit, aliud prebandum erit nec debebit iudex contrario iudicio id sarcire vt scriptum est in *d.§.præterea.* Quia obstat tutori exceptio iudicati, perinde ac si iudex pronunciasset ei nihil deberi *l.si autem* 8. *§.si quocumque D.de negot.gest.l.quod in diem* 7.§.1.D.*de compens.* Neque obstabit si quis dicat, futurum ergo hoc casu vt pupillus ex tutoris iactura locupletetur, Non enim dici hoc magis potest quàm si re vera nihil tutori deberetur, cùm res iudicata pro veritate habeatur *l.res iudicata* 208.D*e regul.iur.* Denique iudex qui oppositæ compensationis rationem nullam habet, de iure tantùm cogitasse videtur non etiam de facto, de quo nec quicquam pronunciat etiamsi exprimat nullam se compensationis rationem habere quod plerumque hodie fit iis verbis *sans nous arrester*, aut *sans auoir esgard à la compensation requise par le deffendeur.* Qui verò compensationem reiicit quasi debito nullo existente, hoc ipso pronunciat de facto, Non solùm si pronunciet nihil tutori deberi, sed etiam si post examinatam facti causam in eo positam, Vtrum aliquid tutori deberetur, dixerit nullam se habere rationem compensationis. Itaq; putarem non tam inspici debere hac parte verba sententiæ quàm vnum illud an de facto iudex cognouisset necne: quia de qua re cognouit de ea quoque pronunciasse credendus est, vt & pronunciare debuit *vulg.l.de quare* 74.D.*de indic.*

l.1.§.praterea de cont. tut & vtil. act l. 2 C. vbi pup. educ.

l.vlt.C.eod. l 2. C. de in lit. dand. tut.

l. si autem 8. §. si quocumque de negot.gest.l. quod in dit 7.§.1. D. de compens.

ILLATIO XXI.

De eo quod pupillus tutori suo debeat aliunde quàm ex causa tutelæ.

VIcesimoprimò ex eodem Principio fit, vt si quid pupillus aliunde quàm ex causa tutelæ suo tutori debeat, puta si quid à patre pupilli debitum ei fuit, non sit deducendum in contrarium tutelæ iudicium *dicta lege* 1.§. *an in hoc indicio D.eod.de contr.tutel.& vtil.act.* Nam cùm hæc actio non sit inducta nisi ex necessitate, & ex bona fide ne tutori noceat quod pupilli sui rem bene ac vtiliter administrauerit, apparet non posse nec debere hanc actionem produci ad ea de quibus integra est actio tutori *l.2.in fi.C.de in lit.dand.tutor.*

d.l.1.§. anim hoc indicio D.de contr. tut.& vtil. act. l.2 in fin C. de in lit. dand. tut.

Ergo si ideò expectauit nec exegit,quia tutor erat,magis probãdum est vt cõtrario iudicio tutelæ indemnitatem consequatur:vt supradicto loco subiungitur ex Vlpiano. Tunc enim ea ratio incipit locum habere quæ contrarium iudicium induxit,Ne tutori noceat quod tutor fuit , cùm si tutor non fuisset, tamdiu non expectasset:Nam sicuti quodcumque aliud gessit pro vtilitate pupilli id contrario iudicio cõsequetur,Ita etiam id quod sibi debetur consequi debebit,vel eius securitatem , Adeò vt & si ex causa quæ tempore finitur obligatio aliqua contracta fuerit,contrarium eo nomine iudicium ipsi dari oporteat *d.§.an in hoc iudicio in fin.* vbi hanc ob causam malo legere *ergo* quàm *ego*. Est enim ea illatio ex præcedentibus: Nempe quia credibile est tutorem hunc non fuisse passurum vt obligatio tempore finiretur si agere potuisset , nec tutor ipse fuisset. Quamuis enim videatur ei posse imputari cur non curauerit dari pupillo curatorem contra quem posset experiri,Non tamen sufficiens ea ratio est,propter quam debiti sui iacturam pati cogatur,cùm si qua in eo culpa fuit , causam ei sola tutela dederit. Nec enim coactus fuisset petere pupillo curatorem si alium tutorem pupillus habuisset. Sicut ergo non potest ei pupillus imputare cur tutelam agnouerit quam suscipere coactus fuit , ita neque cur damnum illud senserit,quod non sensisset si tutor non fuisset. Nam & si tutor ipse pupillo actione temporali tenebatur,nec à seipso intra id tempus exegisset,nihilominùs etiam post tempus elapsum id pupillo præstare perpetua actione teneretur *l.quotiès* 9.*§.item si temporali* D.*de admin.& peric. tutor.* Quod in cæteris quoque alienorum negotiorum gestoribus obtinet *l.si autem* 8.*in princip.l.atquin natura* 19. D.*de negot.gest.* Non debet igitur pupillus recusare,quominus veniat in contrariam actionem tutelæ,quod veniret in directam , cùm vtriusque actionis potestas quantum ad hoc eandem causam habeat,quæ tutori non magis nocere debet quàm prodesse,quòd turor fuit.

l.quotiès 9. §.item si temporali D.de admin. tutor.l si autē 8.in princ.l. atquin 19. D.de negot. gest.

ILLATIO XXII.

De tutore qui plus impendit in pupillum quàm esset in eius facultatibus.

VIcesimosecundò ex eodem Principio fit,vt si tutor plus in pupillum impenderit quàm sit in facultatibus pupilli & quæratur an contrario tutelæ iudicio possit id consequi , distinguendum sit an expediat pupillo tutelam ita administrari an non,vt si expediat possit consequi,si non expediat absolui pupillum oporteat *l.quid ergo* 3.*an prin. D.eod.de contr.tute.& vtil.act.* vbi ratione Vlpianus reddit quòd non ideò tutelæ administrentur vt mergantur pupilli.Iudex igitur qui de cõtrario iudicio cognoscet, vtilitatem pupilli spectabit, & an tutor ex officio suo sumptus fecerit,Nimirum vt prouideat ne quid absit pupillo quod ei conseruare tutor debuerit,& rursum ne quid absit tutori ex eo quod ipsum ex officio in rem pupilli impendere oportuit. Nam & hoc ipsum quod fauemus tutori contrarium tutelæ iudicium exercenti , ad ipsius pupilli fauorem pertinet,cùm alioqui,vt diximus , non tam facilè inuenirentur,qui tutelæ onus libenter susciperent , si non huius indemnitatis spe ad id prouocarentur. Quod autem Bartolus quærit , quomodo fieri possit vt pupillo expediat , plus in eum impendi quàm habeat ipse in facultatibus multos casus admittere potest , præter duos illos quos adfert Bart. quorum vnus ille est,si

l.quid ergo 3. in princ. D. de contr. tutel.& vtil.act.

eſt,ſi mota fuerat pupillo quæſtio ſtatus & libertatis,& ſumptus litis ſuperauerint facultates patrimonij, Nec enim poteſt imputari tutori cur tantos ſumptus fecerit pro libertate quæ inæſtimabilis res eſt *l.libertas* 106.*De regul. iur.* Alter eſt ſi tutor incèperit vtiliter,ſed res habuerit poſtea malum euẽtum *d.l.* 3.*§.ſufficit.* Addo enim tertium qui frequentiſſimè contingit, ſi pupillo qui locuples credebatur alimenta tutor per multos fortè annos præſtiterit qualia quantáque ex pupilli dignitate optimus quiſque vir fuerat arbitraturus,Poſtea verò euicta fortaſſis hereditate quæ pupilli nomine bona fide poſſidebatur, appareat ex poſtfacto non habuiſſe pupillum in tempus præteritum,vnde tam ampla alimẽta ei præſtare tutor deberet.Aut finge iã inde ab initio ſuſceptæ tutelæ tã egenũ fuiſſe pupillũ vt ipſius alimentis reditus patrimonij ſufficere nõ potuerint,nec tamẽ eius vel induſtrię,vel habitus corporis pupillus fuerit, vt aliũde quàm ex propriis facultatib* potuerit exhiberi.Quid obſecro eſt his caſibus quod poſſis imputare tutori etiãſi plus in pupillũ impẽderit,quàm ferrẽt ipſius facultates? An fortè iudex propitiis auribus pupillũ audiet tutori obiiciẽtẽ cur nõ potiùs eũ paſſus ſit fame periclitari? At nemo audiẽdus eſt alteri obiiciẽs culpã ex qua ipſe commodum ſenſerit *l.ſi extraneus* 33.*& l.cùm in ſumdo* 78.§ *quòd ſi mulier D.de iur.dot.* Et illud vtique conſtat tutorem egeno pupillo alimenta de ſuo præſtare non compelli, & ſi fortè poſt decreta alimenta ad egeſtatem perductus pupillus fuerit, diminui quidem exinde debere quæ decreta ſunt,quemadmodum ſolẽt augeri ſi quid patrimonio acceſſerit *l.*3.§. *vlt.D.vbi pupill.educ.deb.* ſed totius præteriti temporis erogationem impunitam eſſe oportere quæ fuit inculpata. Vnde enim diuinare tutor potuiſſet, quod tunc latebat? Idémque pro tutore tractari poteſt,ſi fortè pro tuendis bonis pupilli,ſiue aduerſus improbos litigatores & vexatores, ſiue aduerſus vim fluminis in prædia pupillaria irruentis magnos ſumptus facere coactus ſit,nec eo magis tamen pupilli rem ſeruare potuerit.Quamquam hi caſus in eum videntur incidere quem Bart.non prętermiſit de tutore negotium aliquod bene inchoante,ſed infeliciter citra culpam tamen perficiente.

d.l. 3. *§. ſuf-ficit.*

*d.l.*3.§. *vlt. eod.*

ILLATIO XXIII.

De tutore in hoc agente vt à pupillo conſequatur liberationem.

VIceſimotertiò ex eodem Principio fit,vt contrarium iudicium ad hoc cõ petere non poſſit,vt quis à pupillo exigat liberationem,Nemo enim dixit contrario quem agere in hoc poſſe, vt tutelæ iudicio liberetur,ſed tantùm de iis quæ propter tutelam ei abſunt *d.l.quid ergo §.contrarium eod.tit. De contr.tutel.& vtil.act.* Etſi enim aliquid abeſſe tutori videtur,& quidem propter tutelam quandiu abeſt ei liberatio,cùm interſit cuiuſlibet vt neque incidat in obligationem,neque in obligatione retineatur, quæ ad eum locum dubitandi ratio eſt, Nulla tamen actio in eam rem comparata eſſe poteſt, ſiquidem actio ius eſt perſequendi in iudicio quod ſibi debetur *l.nihil aliud* 51. *De oblig.& action.* Ei autem qui negat ſe pupillo quicquam debere ex cauſa tutelæ ſi nihil aliud ei viciſſim debeatur,ne quidem liberatio debetur, Cùm liberatio præſupponat obligationem, Nemo autem ex cauſa tutelæ ſit obligatus ob hoc ſolum quòd tutor fuerit, ſed ob id tantùm quòd vel malè adminiſtrauerit, vel ceſſauerit in adminiſtratione. Quibus ceſſantibus, nihil eſt quod vereri debeat, cùm ſit ſecurus. Alioqui cogendus eſſet pupillus tutelæ

d.l.quod ergo 3.§. *contrarium eo.*

iudiciũ exercere etiam ſine cauſa, quod à iuris regulis abhorret *tot. tit. C. vt nemo inuit. ager. vel accuſ. cogat.* Satiſque tutori eſſe oportet, quod nec ipſe quicquam debeat, nec ipſi debeatur. Nam ſi quid vel minimum ſit quod ei debeatur poteſt arrepta inde occaſione exercendi contrarij iudicij oſtendere nihil ſe debere, atque ita conſequi non modò ſolutionem eius quod ſibi debetur, ſed etiam liberationem totius tutelæ. Sed & cùm neque debet aliquid, neque ipſi debetur, nulla tamen ille indiget actione vt poſſit adminiſtrationis ſuæ rationes vltrò reddere, ex quarum redditione appareat nullam in cum tutelæ actionem exerceri vnquam poſſe. Et verò quis putet locupletiorem fieri pupillum ex tutoris iactura ob id ſolùm quòd actionem tutelæ habeat per quam inquietare tutorem poſſit, ſi eam exercendo nihil tamen ſit conſecuturus? Quid verò conſequi poteſt is cui nihil debetur? Quid rurſum intereſt tutoris, dummodo ſibi ſuiſque ſecuritatem acquirat? Quòd ſi nec rationes tutoris audire pupillus velit, interpellandus eſt denũciationibus frequenter interpoſitis & ad iudicium prouocandus, ac ſi tùm quoque rem diſſimulatione proferat, actis apud prætorem, vel præſidem prouinciæ factis voluntatis ſuæ rationem declarare tutor debet, Quo facto tam ſibi ipſi quàm heredum ſuorũ ſecuritati bene conſuluiſſe intelligitur, Non ne ratio tutelæ poſtea exigi ab eo poſſit quandocumque agere volente pupillo, ſed vt ſi quando aliquid ab ipſo debitum fuiſſe apparebit, nullas tamen eius pecuniæ vſuras debiturus ſit, quia non per ipſum, ſed per pupillum ſteterit ne ſciri potuerit quid & quãtum deberetur, vt vel ſolui poſſet, vel ſaltem obſignari ad inhibendum curſum vſurarum *l. vlt. C. de vſur. pupillar.* vbi quod dicitur de pupillo intelligi oportet de illo, non qui adhuc pupillus ſit, ſed qui aliquando pupillus fuit, nunc verò adultus eſt, cùm ante pubertatem tutelæ agere cum eo qui tutor manet, pupillus non poſſit nec ſi velit. Quare nec ratio vlla eſt diſtinguendi cum quibuſdam, Vtrum adultus capax ſit talium denunciationum. Quidni enim capax eſſe poteſt, qui etiam doli capax eſt? Ob idque nec verendum eſt vt aliquando aduerſus eas denunciationes beneficio ætatis reſtituatur, quia numquam reſtitutio patrocinatur minori qui in dolo fuit, quique auxilium ætatis implorat vt ex dolo ſuo lucretur, & alteri detrimentum adferat. Fieri autem non poteſt vt nõ ſit in dolo is qui totics interpellatus etiam apud iudicem noluit tamen rationes tutoris ſui audire, inſpicere, examinare, vt eum perpetuò teneret obligatũ. Ponimus enim nullam eum ſatis iuſtam recuſandi cauſam habuiſſe. Alioqui nec in mora eſſet *l. ſciendum* 21. *D. de vſur.* Ergo nec neceſſe eſt quod exigunt iſti vt neceſſariorum præſentia adhibeatur ad ſupplendam, inquit adoleſcentis imbecillitatem. Quænam enim excuſatio & allegatio imbecillitatis afferri poteſt, in ea re cuius faciendę tãta ſit ratio ac tam manifeſta? Quamquam ſi quis etiam neceſſarios adoleſcentis adhibere velit, vt tantò minùs ſit quod ſibi imputetur faciet ſanè conſultius, nõnamẽ neceſſariò, Niſi ponas ex regionis more & municipali conſuetudine ita comparatũ eſſe, vt neque contractus, neque denunciatio, neque aliud quicquam fieri cum minore poſſit ſine præſentia neceſſariorum. Eo namque caſu admittam libentiſſimè regionis morem ſeruandum eſſe, vt denunciationes illæ effectum habere poſſint. Addit Bartolus ex Bulgaro, Poſſe etiam iudicis officium à tutore implorari, vt nimiram cogat adultum agere, vel rationes audire ex *l. ſi contendat* 28. *D. de fideiuſſ.* & *l. Aurelius* 28. *D. de liber. legat.* Sed malè vt conſtat ex *d. l. vlt.* quæ etſi de prætoris quoque autoritate interponenda loquitur, non tamen ad aliud prodeſſe

l. vlt. C. de vſur. pupill.

l. ſi contendat 28. *D. de fideiuſſ.* *l. Aurelius* 28. *De liber. legat.* *d. l. vlt. C. de vſur. pupill.*

deſſe vult hanc autoritatem, quàm ad hoc vt tutor præſente magiſtratu voluntatis ſuæ rationem declaret, id eſt teſtificetur & affirmet paratum ſe eſſe rationes reddere, ad hoc vt appareat nihil ſe debere, aut vt ſi quid debeat, ſoluat. Nec eò vſque lex progreditur, vt dicat præſidem prouinciæ aliquid in adultũ ſtatuere vel poſſe debere, neq; ſanè Bulgari ſentẽtiã vllomodo probant ſupradicti iuris loci quibus ipſe nitebatur. Hoc tamẽ obſeruare tutor debet qui denũciationibus iſtis vtitur, vt tã adulto ipſi quãm magiſtratui nõ tãtùm verbo, ſed etiã re ipſa exhibeat rationes, & inſtrumẽta ad eas pertinẽtia, ne alioqui dicis tãtùm cauſa & perfunctoriè rationũ redditionẽ obtuliſſe videri poſſit. Solẽt autẽ hîc noſtri quærere poſt Accurſium & Bartolum, Si tutor curauerit fieri ſibi liberationem à pupillo iam aduito & pubere idque cum iuramento, an valeat talis liberatio, Parum accommodatè ad Vlpianum meo iudicio: Non enim Vlpiani ſententia illa eſt, vt tutelæ liberationem vniuerſalem à pupillo qui adultus eſt, conſequi tutor non poſſit ſi fortè adultus eum liberare velit, nullo etiam interpoſito iuramento. Sed hoc tantùm ſibi vult Vlpianus, non cõpetere tutori iudicium contrarium ad id vt cogat pupillum agere atque ita ſe liberet ab actione tutelæ. Reſpondent verò ad propoſitam quæſtionem, Valere huiuſmodi liberationem ex *Auth. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit.* quæ cõfirmat omnia geſta per puberem, qui iurauit, adeò vt nec indulgeri poſſit ei beneficium reſtitutionis auxilio ætatis, Quia, inquiunt, tametſi ea Imperatoris Friderici conſtitutio loquatur dẽ contractibus, liberatio autem ſit diſtractus, nec videatur protrahenda vltra ſuos terminos, vtpote quæ tam ſit odioſa quàm fauorabile eſt beneficium reſtitutionis quod illa minori auffert, liberatio tamen fauorabilis eſt *l. Arrianus 47. De oblig. & action.* & præterea, inquit Bart. quando quis liberat aliquem ipſe obligatur ſaltem naturaliter ad non petendum ratione illius obligationis naturalis, ac proinde nihil impedit quominùs ea liberatio validari poſſit per iuramentum. Ego verò & quæſtionem ocioſam & reſponſionem ineptam eſſe arbitror. Nam ſi hæc liberatio non valeret ſine iuramento, non poteſt iuramentum eam validare, quia non illa Imperatoris mens fuit vt contractus à pubere initi confirmentur iuramento ſi alioqui ſint inualidi, quod vulgo noſtri & interpretes & pragmatici malè exiſtimant, ſed vt ſi ab initio valeant non ſubiaceant periculo reſtitutionis in integrum quemadmodum alibi ſcripſimus. Vel ergo, quærimus, An talis liberatio valeat ipſo iure, vel an ita valeat vt neque per in integrum reſtitutionem reſcindi poſſit. Priore caſu nihil attinet quærere de iuramento ſi ius ciuile inſpiciamus, quia ſiue dicamus valere ſine iuramento, non poteſt iuramentum additum facere vt magis valeat: Siue dicamus non valere ſine iuramento certum eſt iuſiurãdũ contra leges interpoſitum nullius eſſe momẽti ipſo iure *l. non dubium 5. in fin. C. de legib. l. iuris gentium 7. §. & generaliter D. de pact. l. quis inquilinos 112. §. vlt. de legat. 1.* Dixi *ſi ius ciuile inſpiciamus*, quia fateor aliud eſſe iure põtificio & ſeruãdũ eſſe iuſiurãdũ quoties ſeruari poteſt ſine diſpendio ſalutis æternę *c. cum contingat & paſſ. D. de iureiur. c. quãuis pactum de pact. in 6.* Poſteriore verò caſu, id eſt ſi quæratur de iure reſtitutionis in integrũ, puto nec ſi minor iurauerit auxiliũ tamen illud ei denegandũ eſſe, Non illa tantùm ratione ſanè optima quàm Galli adferunt, & Sabaudi probant, quod eadem facilitate minores iurant, qua contrahunt, verum etiam quia quandiu rationes redditæ non ſunt eo modo, quo reddi debent, id eſt ita vt legendæ offerantur primùm, deinde cõputandæ vt explorari poſſit an imputationes pro-

Auth ſacramenta C. ſi aduerſ. vendit.

bè an improbè referantur, accepta rectè relata sint an non rectè, nesciri potest an aliquid, aut quid, aut quantum debeatur, Adeò vt nec sufficiat reliqua esse oblata in folle & sacculo, id est non priùs bene dispunctis & examinatis rationibus *l. cùm seruus* 82. *D. de condic. & demonstr. l.* 3. *§. si plus quàm iussus D. de statulib.* Non ergo potest fieri vt contingat liberatio. Prius tiquidem est vt certum sit aliquem debere quàm vt eius quod debet liberationē possit sibi acquirere, vnde est quod qui sub condicione debet si ante condicionis euentū soluerit nihilomagis liberatur, Nempe quia nihil adhuc debet *l. stipulatio ista* 38. *§. inter certam* D. *de verb. obligat.* Quomodo igitur liberari potest tutor qui numquam reddidit rationes, & de quo nescitur adhuc an aliquid ipse debeat, an potiùs ei debeatur? Quod si liberatio in hoc casu posset ipso iure contingere non tamen dubitari oporteret, quin succurrendum esset minori per in integrum restitutionem, quāuis iusiurandū interuenisse proponeretur, quia non nisi temerè ac sine certo iudicio potest ea liberatio facta esse per pupillum ignorantem quid & quantum sibi deberetur. Istas verò liberalitates incertas & hoc ipso captiosas interpretatio prudentum frangere debet *l. cùm Aquiliana* 5. *D. de transact.* hactenus saltem ne prætextu iurisiurandi restitutio in integrum aduersus eas denegetur, Præsertim minori qui etsi valide obligari potest, siue curatorem habeat, siue non habeat *l. puberes* 101. *De verb. oblig.* non tamen facilè priuari debet auxilio restitutionis, sed tantò difficiliùs eo casu quo faciliùs est, vt decipiatur. Nec ei nocere debet quod iurauerit, quia iudicium vnum est ex comitibus iurisiurandi, non autem potest videri certo iudicio iurasse qui iureiurando liberauit tutorem priusquàm comperisset quid & quantum sibi à tutore deberetur. In summa debet res incipere à facto, id est à rationum redditione, deinde peruenire ad pecuniam vt loquitur *d. l. cùm seruus*, sine quæramus de obligatione, siue de liberatione illius qui rationes reddere debet.

l. cùm seruus 82. de con. & dem. l. 3. §. si plus quàm iussus D. de statulib.

l. cùm Aquiliana 5. D. de transact.

l. puberes 101. de verb. oblig.

ILLATIO XXIV.

De vsuris etiam tutori contrario iudicio præstandis.

VIcesimoquartò ex eodem Principio fit, vt quod contrario iudicio tutori debetur, admittat vsurarum accessionem, *d. §. contrarium*, vbi Vlpianus scribit tutorem per hanc actionem consequi pecuniam, quam impendit cum vsuris. Nam & idem euenit in cæteris omnibus qui pecuniam suam in aliena negotia impenderunt si postmoduni agant negotiorū gestorum *l. atquin natura* 19. *§. pen. ver. contra quoque D. de negot. gest.* sicut è contrario is qui aliena negotia gessit, si quid ex ea causa debeat, etiam vsuras debet *l. liberto* 31. *§. qui aliena l. litis* 37. *§. si pecuniæ eod. l. tutori* 20. *C. eod.* Et generaliter in omnibus bonæ fidei iudiciis vsurarum rationem haberi certum est *l. in bonæ fidei* 13. *C. de vsur.* Est enim hoc ex bona fide, vt videatur ne in damno moretur is qui negotium alienum bene gessit, Esset autem in damno si careret vsuris quas ex pecunia sua percepisset, si eam non impendisset: Quamquam enim dici solet vsuras non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infligi *l. cùm quidem* 17. *§. si pupillo* D. *de vsur.* cùm tamen tractamus de eo quod interest non tantùm inspicimus quid abest ei qui agit, sed etiam quid lucrari potuerit *l. si commissa* 13. *D. rat. rem haber.* quod nostri solent dicere lucrum cessans & damnum emergens, vsuræ autem

d. l. 3. §. contrarium D. de cont. tut. & vtil. act. l. atquin 19. §. pen. D. de negot. gest.

l. in bonæ fidei 13. C. de vsur.

l. cùm quidem 17. §. si pupillo D. de vsur.

in con-

Digitized by Google

in contrario tutelæ iudicio debentur non similes pupillaribus,quæ sunt maximæ vt suo loco explicauimus,sed trientes tantùm vel si quæ maiores in regione frequentantur,quales sunt apud nos quincunces,dum tamen non excedant semisses.Hoc enim expresse Iustiniani constitutione cautũ est ne prætextu consuetudinis quæ in regione obtinet vsuræ vnquam præstari possint maiores semissibus,extra certos casus ea constitutione exceptos in *l.eos §. cæteris C.de vsur.* Excipiendus tamen etiam est ille casus , quem Vlpianus ponit in *dict. §.contrarium*,si mutuatus sit grauioribus vsuris,& necesse habuerit mutuari vt pupillo eas ex iusta causa prorogare,item pupillum liberauit ab vsuris grauioribus,aut si etiam ipse caruit maioribus vsuris quas à debitoribus suis exigebat, His vtique casibus omnibus non eas vsuras pupillus debebit,quæ sunt trientes aut quæ in regione frequentãtur,sed eas ipsas quas tutor ipse præstitit aut quibus pupillum liberauit,Aut denique quibus caruit,si nimirum profuit pupillo pecuniam esse his condicionibus exsolutam.Planè si fortè tutor pecuniam alicui quam pupillarem penes se retinuit,quam debuerit fœnerare , & ipse vicissim aliquid pro pupillo soluerit,nõ id obseruabimus vt ipse pupillo præstet vsuras pupillares,pupillus verò ipsi trientes,sed dicemus ipsũ nec vsuras cõsequi debere,nec vicissim vllas præstare tanquã facta ipso iure cõpensatione quantitatis quæ hinc inde debetur:Nec enim dubitatur,quin cõpensatio fiat ipso iure,præsertim in bonæ fidei iudiciis,atque ita impediat cursum vsurarum quantum ad concurrentes quantitates vt loquitur Imp.in *l.si constat 4.C.de compensat.l.cùm alter 11.& sequent.l.posteaquàm 21.D.eod.* Idque est quod addit Vlp. in *d. §.contrarium vers.planè*,vbi subiicit *Quæ etsi in vsus suos conuertit* , deinde aliquid impendit in rem pupillarem,desinit vertisse eam quantitatem cui respondet illa quam post impendit,& exinde id est ex eo demum tempore non præstabit vsuras quas alioqui maximas debebat,pecuniæ in rem suam versæ. Nec enim videtur versum,nisi quod durat versum *l.si pro patre 10.§.versum D.de in rem vers.* Et è contrario si antè impendit aliquid in rem pupillarem mox tantundem in vsus suos vertit,non tam videbitur vertisse quantitatem quæ concurrit cum quantitate sibi debita,quàm sibi eam soluisse,vt proinde nullas eius summæ vsuras præstet.Vsuras autem pecuniæ quam in rem pupilli impendit consequetur tutor non solùm quandiu tutor erit,sed etiam post finitam tutelam quoadusque indemnitatem fuerit consecutus,id est quoad ei reddatur pecunia,Nec enim debet sterilis tutori esse pecunia *d.l.3.§.vsuras de contr.tut.& vtil.act.* Sicut & vicissim tutor eius pecuniæ qua vsus est vsuras pupillo debet non tantùm in tempus vsque finitæ tutelæ,sed etiam post depositum officium finitámque administrationem vsque in diẽ accepti de tutela iudicij,id est quo restituit tutelam *l.tutor 7.§.vlt.l.Lucius 46.§.quæsitum D.de adm.tut.l.1.§.vlt. D.de vsur.* Subiungit tamen Vlpianus in *d.§.vsuras*,Si fuit in substantia pupilli vnde posset tutor consequi quod sibi debebatur,dicendum esse non oportere illum à pupillo vsuras exigere,Nempe quia sibi potiùs debet imputare cur non sibi soluerit,cùm posset,*l.quoties 9.§.sicut autem D.de admin.& peric.tut.* Quid ergo si de re pupillari non potuit sibi soluere, fortè quia pecunia pupilli erat deposita ad prædiorum comparationem,aut redituum annuorum , aut etiam mobiliũ,aliarúmve rerũ quarumlibet pupillo necessariarum,ex mandato nimirum vel prætoris,vel præsidis,vel testatoris. Hunc quoque casum tractat Vlpianus,& distinguit vt siquidem non postulauit à prætore vt promatur pe-

l.eos §. cæteris C.eod. d.§.contrarium.

l. si constat 4.C.de compens. l. cùm alter 11. & seq.l.12. D. eod. d.§. contrarium.

d.l.3.§.vsuras De contr. tut.& vtil. act.

d.§.vsuras.

l. quoties 9. §.sicut autẽ de adm.tut.

cunia,vel cùm nondum depoſita eſſet,vt hoc minùs deponeretur, ſibi debeat imputare,quia credibile eſt,id cũ fuiſſe impetraturum ſi poſtulaſſet, Cùm etſi pupillaris pecunia in arcam repoſita ſit ad prædiorum comparationem,ſoleat etiam citra permiſſum prætoris capi ab eo qui exequitur iudicatum & in iudicati cauſam conuerti *l.à Diuo Pio 15.§.vlt.D.de re iudic.* Si verò cùm hoc deſideraſſet tutor à prætore non impetrauit,dicendum eſt,inquit Vlpianus vſuras ei non deperire in contrario iudicio.Quid enim poſſis huic tutori imputare, An fortè quòd non appellauerit ab iniquitate prætoris,qui rẽ quã permittere debuerat,permittere noluerit?Minimè.Nũquã.n.is proquopronũciatũ fuit imputare aduerſario poteſt cur nõ appellauerit *l.ait prætor 7.§.1.D.de min.* nec ad hũc caſum pertinet quod ſcriptũ eſt in *l.ſi per imprudentiã 51. De euict.* vbi agitur de ſententia per imprudentiam aut errorem,aut ſordes iudicis inter alios lata.Pecuniam verò ad comparationem prædiorum depoſitam intelligere debemus,ſicut non eam quæ tantùm deſtinata fuit (ſola namque deſtinatio rei qualitatem & naturam numquam mutat *l.ſi id quod 58. §. 1. D. pro ſocio l.ligni 55.§.ſi lignum l.ſi chorus 79.§.1.de legat.3.* ſed prodeſt tantùm ad priorem qualitatem & naturam rei retinendam *l.fundi 17.§.pen.& vlt.cum l.ſeq. D.de action. empt.l.qui res 98.§.aream D.de ſolut.*) Ita nec illam quæ fuerit redacta ex venditione rei immobilis, quomodo Zaſius malè interpretatur. Nihil enim refert vnde prouenerit pecunia,cùm illa etiam quæ ex bonorum mobilium venditione redacta eſt poſſit depoſita eſſe ad comparationem prædiorũ,hodie præſertim poſtquàm tutoribus remiſſa eſt fœnerandi,& iniuncta bonorum omnium mobilium vendendorum neceſſitas *Auth. nouiſſimè* iunct.*l.lex quæ tutores 22.C.de admin.tutor.* Hæc verò omnia non aliam rationem habent,quàm quòd ex bona fide ſit huiuſmodi diſtinctiones adhiberi, quarum æquiſſimo temperamento proſpiciatur,ne qua ſiue pupillo,ſiue tutori fraus& iniuria fiat. Ex quo apparet,nihil cum hac Vlpiani ſententia commune habere,quod Bartolus tractat ad *d.§.vſuras*, An filiofamilias currat præſcriptio ratione bonorum aduentitiorum in quibus pater nullum habeat vſumfructum. Nam ſiue filiusfamilias petierit à patre vt præſtaret ſibi autoritatem ad agendum & obtinuerit,ſiue non obtinuerit,ſemper eſt quod ei imputetur, quare non adierit prætorem qui ex officio ſuo potuiſſet cogere ad patrem ad eam autoritatem præſtandam *l.vlt.§.neceſſitate C.de bon.quæ liber.* At non potuit tutor cogere prætorem vt permitteret ſolui quod ipſi tutori debebatur, ex ea pecunia quæ depoſita erat in emptionem prædiorum,vt benè contra Raynerium diſputat Bartolus.Quid ergo ſi adierit filiusfamilias prætorem, & ab eo petierit vt patrem cogeret præſtare autoritatem,nec tamen obtinuerit ? Hoc caſu videtur admiſſurus Bart.non debere præſcriptionem currere filiofamilias cui ſanè fatendum eſt nihil poſſe in hac ſpecie imputari. Et tamen non puto ita eſſe,quoniam nihil refert bonæ fidei poſſeſſoris an eo abſente & ignorante iniuriam filiofamilias fecerit iudex qui cogere debuerat patrem , & optimè procedit hoc caſu quod ſcriptum eſt in *d.l.ſi per imprudentiam.* Iniuriam quæ per ſententiam inter alios latam vni facta eſt alij nocere non debere.Nam etſi verum amamus poteſt adhuc iſti filiofamilias imputari,cur ab ea prætoris denegatione non appellauerit.Sanè cùm agitur de filiſamilias bonis aduentitiis in quibus pater habet vſumfructum placet non currere filio præſcriptionem toto eo tempore quo remanet in patris poteſtate, Non quia non valenti agere præſcriptio

l.à Diuo Pio 15.§.vlt.D. de re iudic.

Auth.nouiſſimè iunct. l.lex quæ tutores 22 C. de adm.tut

l.vlt.§.neceſſitate C. de bon. quæ liber.

l.ſi per imprudentiam 51. D. de euict.

ſcriptio non currat vt vulgò interpretes tradunt, quod nos alibi refutauimus, Sed quoniam ita expreſſim conſtitutum eſt à Conſtantino in bonis maternis in *l.1.C.de bon.matern.*& in cæteris aduentitiis à Iuſtiniano in *l.1.§.vlt.C.de annal.except.*

l.1 C.debon. matern. l.1.§.vlt.C. de annal. except.

ILLATIO XXV.

De præſtando per contrarium iudicium etiam eo quod in rem pupilli verſum eſt.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit,vt iudicio contrario tutelæ præſtandum ſit etiam id quod in rem pupilli à tutore verſum eſt ſiue ante,ſiue poſt tutelam,ſi modò probetur connexum iis negotiis,quæ tutelæ tempore geſta fuerunt *d.l.quid ergo 3.§.iudicio De contr.tutel.& vtil.act.*vbi tamẽ verba illa *ante tutelam*,lineis intercluſa delenda ſunt, potiùs quàm cum Bartolo ſic interpretanda quaſi deſit *finitam*, vt tempus tutelæ ſignificetur non quod præceſſit tutelam. Tractat enim Vlpianus in primo illo verſic. de iis tantùm quæ geſta ſunt poſt tutelam,& quod ait *vel poſt tutelam*,eum ſenſum habet acſi ſcriptum eſſet *etiam poſt tutelam*.Nam & condicio illa,quæ ſtatim ſubiicitur *ſi negotijs tutelæ tempore geſtis nexum probatur*,non pertinet niſi ad ea quæ poſt finitam tutelam geſta ſunt,ſicut nec tutor directò tutelæ iudicio tenetur ob ea quæ geſſit poſt finitam tutelam niſi fuerint connexa tutelæ id eſt talia ſine quibus tutelæ adminiſtratio expediri non potuerit *l.ſi tutor* 13.D. *de tut. & ration. diſtr.l tutorem* 37.*D.de admin.& peric tutor*.Nam in iis quæ ante ſuſceptam tutelam geſſit tutor,& in rem pupilli impendit non ſolùm ſi pro tutore negotia gerebat vel ventri curator datus erat, ſed etſi pupilli tanquam alterius cuiuſlibet negotia tractabat,nulla diſtinctio adhibetur, quin veniant in contrarium tutelæ iudicium ſi modò hic poſtea tutor factus ſit,nec niſi bona fide ſumptus illos feciſſe probetur vt ſequitur apud Vlpianum,Non enim illud etiam requirimus vt fecerit vtiliter ſi modò bona fide fecerit *§.ſufficit eod.leg.* At obſtare illud videtur,quod ſupra diximus *illat.*21. non eſſe dandum tutori contrarium iudicium pro iis quorum nomine aliam eámque directam actionem poteſt habere.Verùm reſpondendum eſt,huic obiectioni locum non eſſe,cùm tutor ne alia actione experiretur motus ex eo fuit quod tutor erat,tutelæque finem expectabat,Secundum ea quæ idem Vlp.ſcribit in *l.1.§. an in hoc iudicio verſ. quid tamen eod.tit.*quod & Bart.admittit.

d.l.3.§.iudicio De contr. tut.& vtil. act.

l. ſi tutor 13. D.de tut.& rat. diſtr. l. tutorem 37. D. de adm. tut.

d.l.3.§ ſufficit.de contr. tut.& vtil. act.

l 1.§. an in hoc iudicio eod.

ILLATIO XXVI.

De contraria actione tutelæ perpetuò & in heredem quoque danda.

VIceſimoſextò ex eodem Principio fit,vt contraria iſta actio tutelæ perpetua ſit, & heredi,& in heredem detur cæteróſque ſucceſſores & ad quos ea res pertinet & in eos *d.l.quid ergo 3.§.vlt.eo.* Cùm enim ideò competat ne quid abſit tutori,& ne ex ipſius iactura lucrum & prædam faciat pupillus apparet eſſe illam rei perſecutoriam,Cuiuſmodi quæ ſunt,licèt ex prætoris iuriſdictione deſcendant ſunt perpetuæ *l.in honorarijs* 35.*D.de oblig. & action.* Hodie tricennales ex *l.3.C.de præſcr.*30.*annor.*

d.l.3.§. vlt. eod.

l.in honorarijs 35.De obligg.& act.

Digitized by Google

ILLATIO XXVII.

De contraria actione danda etiam tutori qui remotus fuit, tanquam suspectus.

VIcesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui in rem pupilli bona fide multa impenderit licèt postmodum remotus sit à tutela tanquam suspectus, ea tamen persequi possit & consequi contrario iudicio tutelæ *l. à tutela 4. D. de contr. tut. & util. act.* vbi rationem Iulianus reddit, quòd nihil prohibeat suspectum tutorem esse, quamuis complura in rem pupilli impenderit, quæ ipsum amittere non oportet, Ne scilicet alioquin eueniat vt ex ipsius iactura pupillus locupletetur. Nec quod tutela nondum finita sit ad rem facit, quandoquidem is qui à tutela remotus est eo loco haberi debet, quo esset iam finitâ tutelâ, Et sicut actiones patitur perinde acsi pupillus pubes factus esset, ita & permittendum ei est vt contrario iudicio possit persequi quicquid ei abest, vt in eadem lege Iulianus ait, vbi non malè Baldus notat, Eum qui ab aliquo actu remouetur non ideo perdere iura quæ medio tempore adquisiuit. Ex quo etiam infert Bart. si prælatus vel alius administrator impenderit aliquid in administrationem à qua remotus postea fuerit non eo minùs posse illum repetere sumptus à se factos, Nisi fecerit in eam ipsam rem in qua peccauit vt in Auth. *qui res* C. *de sacrof. eccles.*

l. à tutela 4. D. de contr. tut. & util. act.

ILLATIO XXVIII.

De tutoris herede qui soluit summam in quam obligati fuerant pupilli.

VIcesimooctauò ex eodem Principio fit, quod Vlp. respondit in *l. penult. eod. tit.* Heredem tutoris si eam summam soluerit in quam obligati pupilli fuerunt, actionem contrariam aduersus eos habere posse: nempe quòd non tanquam alius quilibet, sed tanquam heres tutoris soluisse credendus sit, & cõsequenter ex causa tutelæ, vt vel tantò minùs deberet pupillo in reddendis tutelæ rationibus, vel tanto plus ab eo exigeret. Proinde ne quid ei absit ex hac causa, ipse etiam pupilli fauor efficit, vt contrarium tutelæ iudicium huic heredi tutoris sufficere debeat nec remittendus sit ad aliam actionem, præsertim cùm pupilli non interfit qua actione conueniatur. Nec enim plus præstat actione contraria tutelæ quàm præstaret contraria actione negotiorum gestorum, Et vtraque in id tantùm & ideò tantùm competit ne locupletetur pupillus ex iactura tutoris. Quod autem ad fideiussoris heredem quidam protrahunt hanc ipsam sententiam ex *l. si ei* 11. D. *mandat.* non possum intelligere. Ibi enim tractat Pomponius non de herede fideiussoris, sed de ipso fideiussore herede sui creditoris cui fuerat condemnatus ex causa fideiussionis, Et ait, si ei cui damnatus ex causa fideiussoria fueram heres extitero postcà mandati actionẽ me habiturum. Cui tamen contrarium videtur quod Africanus respondit in *l. heres à debitore* 21. §. *vltim.* D. *de fideiuss.* Cùm fideiussor reo stipulandi heres extitit, non mandati agere illum debere, sed potiùs ex stipulatu quia non possit intelligi à seipso tanquam fideiussore pecuniam exegisse cùm debitor ipse maneat obligatus. Sed distinguendus est fideiussor qui reo stipulandi heres extitit postcaquam ei ex causa fideiussoria fuit condemnatus ab eo qui nondum

l. ẽn. eo. tit.

l. si ei 11. D. *mandat.*

l. heres 21. §. *vlt.* D. *de fideiuss.*

dum fuerat condemnatus,Priore casu id obtinet quod vult Pomponius,Poste riore verò quod Africanus,quia non causa hereditatis inducit actionem mandati,sed causa condemnationis *l.fideiussor* 45.*eod.tit.l.Lucius* 38.§.1.D.*mandat. l.si pro ea* 10.C.*eod.*

ILLATIO XXIX.

De tutore qui se pro pupillo obligauit.

VIcesimononò ex eodem Principio fit,vt si tutor pro pupillo se obligauerit habeat contrariam actionem etiã priùs quàm soluat *l.vlt.D.de contr. tut.& vtil.act.* itémque si quid ex bonis suis creditoribus pupilli obligauerit §. *tutores Instit.de oblig.quæ ex quasi contr.* Ratio enim est quia tutori hoc saltem abesse videtur in quo obligatus est *l.si quis mandatu* 28.*D.de negot.gest.* vbi Iauolenus ait,Ei qui mandauit,alterius negotia gerenda competere mandati actionem cum eo cui mandauit gerenda,licèt nihildum ille præstiterit domino,quia sufficit ipsius interesse. Tantum autem interesse ipsius videtur, quantum is domino præstare debeat cui vel mandati vel negotiorum gestorum actione sit obligatus.Sic & Paulus scribit in *l.si mandatu* 45.D.*mandat.*Si mandatu meo fundum emeris posse te mecum agere mandati, non solùm vbi dederis precium sed etiam antequàm des,ne necesse habeas res tuas vendere & ad hoc tantùm vt suscipiam obligationem quæ aduersus te competit venditori,Nam & ego tecum agere possum, inquit Paulus vt præstes mihi aduersus venditorem empti actiones. Ratio autem huius rationis est quia cuiuslibet interest non soluere potiùs quàm solutum repetere.*l.3.*D.*de compens.l.si stipulatus* 15.*in princip.D.de fideiuss.*

l.vlt. D. *de cont.tut.& vtil.act.* §. *tutores inf. De oblig. quæ ex quasi contr. l.si quis* 28. *De neg.gest. l.si mandatu* 43 *D.mandat.*

ILLATIO XXX.

De tutore qui pro re pupilli quam emit præstitit litis æstimationem ex sua pecunia.

TRigesimò ex eodem Principio fit,vt si pro re pupilli quam emit tutor litis æstimationem præstiterit non ex pecunia pupilli sed ex sua,stipulatio de euictione non tutori sed pupillo aduersus venditorem committatur *l.si pro re pupilli* 22.*in princip.*D. *de euict.* Nimirum, quia nihil videtur abesse tutori suo nomine,qui ex suo soluit litis æstimationem cùm ad illud ipsum repetẽdum habeat paratam contra pupillum tutelæ actionem contrariam. Ipsi autẽ pupillo abesse iam videtur, quicquid contraria illa tutelæ actione tutori suo reddere illum est necesse.

l.si pro re pupilli 22. *D. de euict.*

ILLATIO XXXI.

De actione protutelæ.

TRigesimoprimò ex eodem Principio fit,vt protutelæ actionem tanquam necessariam prętor proposuerit,quia cùm plerumque incertum sit vtrum quis verètutor an verò quasi tutor pro tutore administrauerit tutelam.Idcirco in vtrumque casum actionem prætor scripsit vt siue tutor fuerit,siue non fuerit qui gessit,actione tamen aliqua ad reddendas rationes teneatur, vt Vlpian.

l.1. D. de eo qui pro tut.

tractat in *l.1. in princip. D. de eo qui pro tutor. próve curat. negot. geſſ.* Solent enim, inquit, magni errores intercedere vt diſcerni facilè non poſſit vtrum quis tutor fuerit, & ſic geſſerit, an verò non fuerit, protutoris tamen munere functus ſit, Et ita facilè damnum incurreret pupillus ſi hanc protutelæ actionem non haberet. Ac proinde quemadmodum pupillorum fauor effecit, vt contra eos iudicium tutelæ contrarium prætor tutoribus veris dare debuerit, vt ſuprà diximus, Ita & illud à prætore conſtitui æquum fuit vt ei qui pro tutore negotia geſſit contrarium iudicium competat *l. vltim. eod.* Scilicet eadem æquitatis ratione, eodémque pupilli fauore idem ius eliciente in vtroque caſu, Vt ſuprà dictum eſt illat. 19. ex *l.1. §.1. D. de contr. tutel. & vtil. action.* Pro tutore autem negotia gerere dicitur quiſquis cùm tutor re vera non ſit, tutoris tamen munere fungitur in re impuberis, ſiue ſe putet tutorem, ſiue ſciat ſe non eſſe, ſed fingat tamen eſſe. Proinde etſi ſeruus qui verus tutor eſſe non poteſt quaſi tutor egerit gerendo etiam ſe pro libero in neceſſarium antecedens, Diuus Seuerus reſcripſit dandum eſſe in dominum ipſius hoc iudicium, non directum quandoquidem nihil dominus ipſe geſſit, ſed vtile *dict. l. 1. §. proinde*, Ne ſcilicet alioqui pupillus in damno moretur, Sed & actio iſta protutelæ contra eum quoque qui verè tutor ſit locum habere poteſt, puta ſi quis cùm iuſto teſtamento tutor ritè datus eſſet, & idipſum ignoraret pro tutore negotia pupilli geſſerit, Non enim poteſt hic teneri quaſi tutor, quia ſcire quoque ſe tutorem eſſe debet vt eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat *l. quæro 3. eod. tit.* An & ſimiliter ſcire debet pupillarem eſſe rem quam tractat? Minimè, Quiſquis enim ſcit ſe tutorē eſſe nullam probabilem cauſam habere poteſt ignorandi an ſuum ſit an pupillare negotium quod tractat, & quamuis aliquam habere poſſet, pupilli tamen fauor efficere deberet vt plus valeret quod eſſet in veritate quàm quod in opinione. Quamquam parum intereſt pupilli an tutelæ actionem habeat contra tutorem an protutelæ, cùm vtraque actio eiuſdem ſit poteſtatis eaſdémque habeat præſtationes etiam vſurarum *dict. l.1. §. in protutelæ* iunct. *l. in bona fidei* 13. *Cod. de vſur.* idémque priuilegium prælationis iure vetere inſpecto, & tacitæ hypothecæ ex iure nouo ſi credimus Accurſio ad *l. pro officio* 20. *Cod. de adminiſtr. tutor.* ex *l. dubitáſque* 19. D. *de reb. autor. iudic. poſſid.* De quo plura ſcripſimus ſuo loco. Nam & qui pro tutore negotia gerit eandem fidem & diligentiam in rebus pupilli præſtare debet quam verus tutor præſtaret *l. penultim.* D. *de eo qui pro tutor.* Sicut & ex parte illius, cuius negotia geruntur, requirimus eam eſſe perſonam cuius ætas recipiat tutorem, id eſt vt ſit impubes. Alioqui ſi quis quaſi tutor negotia geſſerit eius qui iam pubes eſt, neque tutorem habere poteſt protutelæ actio ceſſat ſimili modo etſi eius qui nondum natus eſt, ſed erit his caſibus negotiorum geſtorum actio *dict. l.1. §. ſi quis quaſi tutor eod.* Nulla enim tutelæ ſignificatio eſt iis caſibus quibus tutela vera eſſe non poſſet *l. poſthumo* 24. D. *de tutel. & ration. diſtr.* vbi quod additur neque negotiorum geſtorum actione teneri poſſe illum qui poſthumi numquam poſtea nati negotia geſſit, de directa negotiorum geſtorum actione intelligi debet, non de vtili quam in eum dandam eſſe ſubiicitur in eadem lege iis verbis *& ideò vtilis in eum actio dabitur.* Nam de vtili negotiorum geſtorum non tutelæ actione intelligi ea verba oportere certum eſt, ne pugnet Paulus cum cæteris Iureconſultis qui actionem negotiorum ge-

l. vlt. eod.

l. 1. §. 1. de contr. tutel. & vtil. act.

d. l. 1. §. proin de De eo qui pro tutor.

l. quæro 3. eo.

dict. l. 1. §. in protutela.

l. pen. eod.

dict. l. 1. §. ſi quis quaſi tutor. eod. l. poſthumo 24. D. de tut. & rat. diſtr.

tum geſtorum in hoc caſu dederunt *l.cùm pater* 29. D. *de negot.geſt.l.ſi nemo* 19. *§.vlt. D.de teſtam.tutel.dict.l.*1.*§.ſi quis quaſi tutor*, qui omnes loci proinde accipiendi ſunt de vtili negotiorum geſtorum actione non de directa , Alioqui non video qua ratione poſſit quis Paulum cum aliis conciliare, à quibus & diſſenſiſſe illum ſatis credibile eſt, vt ſcripſi in Rationalibus ad *dict. l.* 29. Etſi autem comparata eſt actio protutelæ ad exemplum actionis tutelæ, caſúſque, vt diximus, habet præſtationes, differt tamen in quibuſdam, Et in eo maximè, quòd cum eo qui pro tutore negotia geſſit etiam ante pubertatem agi poteſt, *dict.l.*1.*§.cum eo*, vbi ratio redditur quia tutor non eſt, At tutelæ agi niſi finitâ iam tutelâ non poteſt. *l.*4. *D.de tutel.& ration.diſtr.* Quare ſi quis poſt tutelam finitam negotia impuberis geſſerit adhuc tenebitur actione iſta protutelæ *dict. §. cum eo* , Nimirum ſi tutela finita ſit aliter quàm pubertate, puta quod tutor teſtamento , non niſi ad certum tempus eſſet datus: ſic enim accipi Vlpianus debet, ne diſſentiat à ſeipſo cũ poſtea ſubiiciat non aliter competere actionem protutelæ quàm ſi impubes adhuc ſit is cuius negotia geruntur. Quod cùm ita ſit quæri adhuc poteſt, Quid ergo neceſſe fuerit actionem hanc protutelæ proponi à prætore cùm pro pupilli indemnitate poſſet ſufficere actio negotiorum geſtorum: quæ ſimiliter bonæ fidei eſt nec minùs plenas habet præſtationes: Nam in actione tutelæ hoc diſſimile eſt quod non eodem tempore vtraque exercetur, quod in actione protutelæ non eidem contingit. Verùm reſponderi poteſt , intereſſe pupilli vt habeat actionem protutelæ , non ſolùm propter priuilegium quod actio negotiorum geſtorum nullum habet *l.vltim.* D. *de tutel. & ration. diſtr.* ſed etiam quia vniuerſalior eſt actio protutelæ quàm negotiorum geſtorum , cùm non modò ea omnia comprehendat quæ protutor geſſit, ſed illa etiam quæ gerere debuit & quæ non geſſit, hactenus ſaltem ſi alius geſturus fuit , Sed etſi cognito quod tutor non fuit abſtinuit ſe ab adminiſtratione, nihilominus tenetur ſi neceſſarios pupilli non certiorauit vt tutorem ei peterent *dict.l.* 1. *§. vltim. De eo qui pro tutor.* quod in negotiorum geſtore diuerſum eſt. Numquam enim tenetur ille de iis, quæ non geſſit, niſi appareat alium non quemlibet, ſed diligentiorem patremfamilias fuiſſe acceſſurum ad ea negotia gerenda , ad quæ tamen huius contemplatione non acceſſerit. *l. ſi pupilli* 6. *§. vltim.* D. *de negot. geſt.* iunct. *l.tutori* 10. *Cod.de negot.geſt.* Planè ſi protutor nihil prorſus attigerit ex bonis pupilli, nullomodo tenetur, quia non poteſt ei imputari, cur non attigerit qui tutor non fuit *dict.l.*1.*§.vltim.* in quo diſſimilis ratio eſt tutoris *d.l. pro officio* 20. C. *de admin.tutor.l.*1.*&* tot.tit. C. *ſi tut.vel curat. non geſſer.* Quamquam non video quonam caſu huic ſententiæ locus eſſe poſſit. Nam ſi protutor ille eſt qui pro tutore negotia gerit, vt idem Vlp. explicat in *d.l.*1. *in princ.* quomodo poteſt eſſe protutor is qui nihil omnino geſſit , nihilque attigit ex bonis pupilli? Nec enim ſola opinio eius qui ſe falsò tutorem eſſe putat , facit protutorem niſi geſtio & adminiſtratio aliqua accedat. Itaque quod Vlpian. ſcribit in *dict.l.* 1.*§. vltim. Et ſi quidem omnino non attingit tutelam, non tenebitur,* ſic ego accipiendum puto , non quaſi protutor quiſquam eſſe poſſit qui tutelam non attigerit, ſed acſi ſcriptum eſſet paullò apertiùs, *Et ſiquidem omnino non attigiſſet tutelam non teneretur* , Nimirum quia nec protutor eo caſu fuiſſet. Ex eo namque videbatur poſſe inferri, Nec ergo ſi quædã geſſerit, pro

l.cùm pater 29. D. de negot. geſt. l. ſi nemo 19. §. vlt. D. de teſt. tutel.

*d.l.*1.*§ cum eo D. de eo qui pro tut.*

l. vlt. D. de tut. & rat. diſtr.

*d.l.*1.*§. vlt. De eo qui pro tutor.*

l.6.§.vl.D. de neg. geſt. l. tutori 10. *C. eod.*

*d.l.*1.*§. vlt.*

cæteris quæ non gessit teneri debere. Sed non est bona ratiocinatio, quia nihil attingere hic debuit qui neque tutor neque protutor vnquam fuit. Sed qui aliquid attigit tanquam tutor licèt nihilomagis tutor sit, se tamen obligat etiam cæterorum nomine quæ non attigit, quia attingere omnia debuit qui protutor esse cœpit. Tutorem enim sola administratio non facit, at protutorem facit si cætera sint habilia. Quòd si quid prius administrauerit pro tutore, deinde tanquam verus tutor, vtique tenebitur duplici actione de eo quod pro tutore administrauit, Actione scilicet tutelæ, & protutelæ. Ista quidem, quoniam verum est eum pro tutore administrasse, Illa verò quia is prior gestus postea deuoluitur in tutelæ actionem *dict.l.1.§.sed etsi prius.* Interest enim pupilli vt plures habeat actiones, saltem ad eligendum, Eius verò qui pupilli negotia gessit, quique pupillum omnimodo indemnem seruare debet, nihil prorsus interest qua actione conueniatur. Cui tamen consequens non est, vt facilè & passim actio detur protutelæ contra quemlibet qui pupilli negotia gesserit cùm tutor non esset. Illud enim præterea requiritur vt animo tutoris gesserit. Finge datum quem esse curatorem impuberi fortè iam habenti tutorem, Ex ijs nimirum causis ex quibus tutorem habenti curator dari debet, De quibus in *titul.Cod.in quib.caus.tutor.habent.* Non tenebitur ille huiusmodi actione, quia curatoris non tutoris officio functus est *d.l.1.§.si curator*, id est vt sequentia explicant quasi curator non quasi tutor gessit. Aliud erit si quis cùm tutor non esset, compulsus à prætore vel à præside dum se putat tutorem gesserit tutelam. Hic enim quamuis compulsus gesserit, teneri tamen debet actione protutelæ, quia tutoris animo gessit, nec tamen tutor verè fuit vt ibidem Vlpianus ait. Nec enim tutor quisquam fit ex eo solo quod à magistratu compellitur ad tutelam gerendam, si & iam ipse tutorem se putat, & magistratus qui eum cogit eodem errore labitur. Etsi enim priùs est vt quis tutor fit quàm ad tutelam gerendam cogi possit, Qui tamen non nisi per errorem vult consequens, non potest videri hoc ipso velle constituere necessarium antecedens, quia errantis nulla est voluntas *vulg. l.si per errorem 15.D.de iurisd.omn.iudic.* Illud tamen in hoc gestore singulare est vt quamuis neque gesserit nisi compulsus, neque ad gerendum compelli iure potuerit, nihilominùs gestionis suæ rationem reddere teneatur. Sed hoc fit ex Principio nostro, ne quid pupillo absit sicut è contrario huic quoque dandum est contrarium tutelæ iudicium si quid in ea gestione in pupilli rem impenderit, perinde acsi compulsus non fuisset, quia non debet pupillus lucrum & prædam facere ex ipsius detrimento, in pœnam compulsionis, cùm facere potiùs compulsio debeat vt neque lucrum neque damnum vllum remanere oporteat penes eum, qui compulsus fecit vt dici solet de illo, qui coactus adiit hereditatem quam alij ex fideicommisso restituere rogatus est *l. ita tamen 27. §. qui suspectam l. si patroni 55. §. qui fideicommissam D. ad SC. Trebell.* Planè quod diximus eandem ferè in omnibus rationem esse tutoris & protutoris verum est quantum ad ea quæ inter tutorem ipsum aut protutorem & pupillum geruntur, Sed non quantum ad ea quæ inter tutorem aut protutorem pupilli nomine, & cæteros. Nam si is qui pro tutore negotia gerebat cùm tutor non esset, rem pupilli vendiderit, nec ea vsucapta sit, petet eam pupillus, quamquam ei cautum sit *l.2.D.de eo qui pro tutor.* vbi ratio redditur quòd

d.l.1.§. sed etsi prius.

d.l.1.§ si curator.

l.ita tamen 27.§.qui suspectam l si patroni 55. §. qui fideicommissam D. ad SC. Trebell.

Digitized by Google

quòd non eadem huius quæ tutoris est rerum pupilli administratio ? Quod tamen quomodo accipi debeat,& an res pupilli,siue à tutore, siue à protutore vendita vsucapi possit,alibi scripsimus.Sic & debitores pupillares qui si soluerent vero tutori liberarentur ipso iure *l.Lucius* 46.*§ tutelæ & §.vlt.D. de admin.& peric.tutor.*si soluant ei qui cùm tutor non esset,pro tutore tamen negotia gerebat,ita demum liberantur si pecunia in rem pupilli peruenerit *l.debitores* 28.*D.de solut.*Non enim domini & pupilli loco haberi potest is qui verè tutor non est, licèt pro tutore negotia gerat. Sed habet hæc sententia tres exceptiones,Primam illam,Nisi obligatio quam per solutionem protutori factam extinguere debitor voluit ab ipso protutore causam & originem habuerit vt in specie *l. filia* 88.*eo.tit.*vbi scriptum est liberationem hoc casu contingere ipso iure ex solutione facta matri,quæ pro tutrice omnia filij sui impuberis negotia tractabat non solùm si bona fide facta solutio sit, & ab eo, qui tutricem illam esse putabat,sed etiamsi ab eo qui non ignorabat tutricem non esse si modò sit illa soluendo : Hoc enim Claudius in suis ad Scævolam notis requirit, Eo nimirum casu quo debitor soluens sciuit matrem non esse tutricem,non etiam illo,quo ignorauit.Finge pecuniam quæ erat tantùm in cõdicione collata in personam pupilli conuersam fuisse in obligationem ex stipulatione protutoris.Eadem iuris ratio facit,vt protutori facta solutio liberet debitorem. Secundam, Nisi prætor decreuerit rata esse omnia gesta per protutorem. Tunc enim valet quod gestum est non quidem ipso iure, sed tuitione prætoria propter autoritatem prætoris *l.1.§.idem Pomponius D.quod falsi.tutor.autor.* Tertiam, Nisi proponas solutionem factam ei qui tutor aliquando verè fuerit,sed ante acceptam solutionem tutor esse desierit, & quidē ex ea causa quam probabiliter ignorare potuit debitor qui soluit,puta ob pubertatem quæ superuenit medio tempore. Quid enim possis imputare huic qui soluit ei quem certò scit nudius tertius fuisse verum tutorem, & quem probabiliter ignorat desiisse tutorem esse? An fortè cur non fuerit diligentior in exquirenda ætate pupilli? Atquin ita fiet vt numquam tutus futurus sit, etiã qui vero tutori soluerit,nisi facta prius diligenti illa inquisitione, Cùm nihil sit facilius quàm adferri falsas ætatis, siue suspiciones, siue probationes.Esset verò id alienum non solùm à rationibus æquitatis,sed etiam ab vtilitate pupillorum, quorum vtique interest non deterreri difficultatibus istis debitores pupillares quominùs soluant bona fide ei quem verum tutorem & aliquando fuisse sciunt & adhuc esse probabiliter credunt.Plus enim hac in re bonam fidē posse quàm veritatem constat satis ex *d.l.filia* iunct.*l. cùm plures* 12.§.1.D.*de admin.tutor.* Præsertim fauore debitoris soluentis potius quàm alterius cuiuslibet cum huiusmodi tutore qui tutor esse desijt contrahentis. Quippe æs alienum pupillo soluere necesse est, aliter verò cum eo, aut cum eius tutore contrahere non est necesse *l.quòd si minor* 24.*§.restitutio* D.*de minor.* Posui verò factam solutionem ei qui desierit tutor esse propter pupilli pubertatem, quia si desiisset tutor esse quod vel seruus pœnæ effectus,vel per sententiam à tutela remotus fuisset,vel per deportationem ciuis esse desiisset, difficile sanè esset vt bonam fidem posset obtendere is qui post irrogatam pœnam ei soluisset,quando fiunt ista omnia publicè,& ita vt ab omnibus sciantur. At ætatem pupilli scire non ita facile est,ne ipsi quidem tutori,cùm tempora computanda sint de momento in momentum *l.3.§.minorem* D.*de minor*,Et quemadmo-

l.Lucius46. §.tutelæ & §.vlt. D.de admin. tut. l debitores 28.D.de solut.

l.filia 88.de solut.

l.1.§. idem Põponius D. quod falsi. tut.autor.

l. cùm plures 12.§.1.de admin. tut.

Digitized by Google

dum non facilè dignoscitur tutor à non tutore *d.l.1.in princip. D. de eo qui pro tut.* ita nec pubes ab impubere, nec maior 25.annis à minore *l.minor* 32. *D. re minor.* Maximè verò si proponatur facta solutio ei, qui & tutor ante fuerat, & adhuc esse credebatur, absente pupillo, cuius nec adhiberi præsentiam necesse est quoties contrahitur cum vero tutore. Facit enim ea res vt non possit imputari soluenti cur non cognouerit puberem iam esse illum, quem impuberem esse existimabat. Deinde quid si etiam post pubertatem adhuc tutor vulgo hic esse credebatur? Quid si pupillus ipse iam pubes factus, adhuc eum tutorem suum nominabat, & patiebatur perseuerare in cõnexa tutelæ administratione? An non videbitur & dolo feciſſe, & nunc magis dolo facere, si improbet solutionem sé sciente factam huic tutori tanquam vero tutori, ob id solùm quod is per pupilli pubertatem tutor esse desiisset? Quamquam autem hęc omnia obtinent, siue tutor sit soluendo, aut eius fideiussores, sine non (quia hæc distinctio non cadit in eos casus in quibus negotium cum tutore gestum sit bona fide *d.l.cùm plures* 12.*§.1. De admin.tutor. d.l.filiæ* 88. *De solut.* Vnde enim potest diuinare is qui negotium gerit cum tutore *l.4.§.illa etiam quæstio D. de doli except.*) Multò tamen certiùs locum habet si vel tutor ipse sit soluendo, vel ipsius fideiussores, vel denique magistratus ipsi qui tutorẽ dederũt, Quoniam eo casu nihil omnino interest pupilli, qui nec potest negare quin versa sit in rem suam pecunia quæ versa est in tutelæ actionem vtiliter & efficaciter. Debitoris verò qui bona fide soluit valde interest, adeóque reipublicæ vt ex eiusmodi solutione liberatio contingat, quia cùm tutoris officium publicum sit, videretur à fide publica decipi is qui tutoris fidem & personam bona fide secutus esset. Nec quod possit à tutore idoneo eam pecuniam repetere, facit quominùs interest ipsius non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.3. D. de compens. l.si stipulatus* 15. *D. de fideiuss.* Denique hic qui aliquando tutor fuit licèt per pupilli pubertatem debitori soluenti incognitam tutor esse desierit, tamen non tam protutor dicendus est, quàm extutor, vt proinde mirum non sit plus eum autoritatis habere in administrandis rebus pupilli quàm si protutor tantum esset, quia facilius ei est retinere legitimam illam potestatem quæ penes ipsum aliquando fuit, quàm acquirere sibi eam quę legitima nunquam fuerit, Nec potest dici omnino tutor non esse qui tutor aliquando fuit, Tantum abest vt falsus tutor dici possit. Neque enim falsum in totum videri potest, quòd veritatis primordio adiuuatur, inquit Papin. in *l.cùm filius* 76.*§.heres meus* De *legat.*2. Possumus addere superioribus, Pecuniam implendæ condicionis causa posse solui tutoribus & curatoribus *l. seruus decem* 68. *l.Stichum aut Pamphilum* 95.*§.vsumfructum* De *solut.* At non posse solui protutori. Quod ego sic intelligo, Etiamsi in rem pupilli ea pecunia versa probaretur, Quia condicionum omnium natura illa est, vt impleri debeant in forma specifica, id est eo ipso modo qui præscriptus est consequẽter in persona illius cui fuerunt adscriptæ *l.qui heredi* 44. *l.Mœuius* 55. De *condic. & demonstr.* Adeò vt neque in veri tutoris persona impleri posset condicio collata in personam pupilli si non id speciali iure in fauorem pupilli receptum esset *d.l.seruus decem, & d.§.vsumfructum*, vbi quod additur ita demum posse impleri condicionem in persona tutoris si pecunia in rem pupilli versa sit, ostendit tantò magis verum esse quod nos volumus, in persona igitur protutoris impleri nullomodo posse, nec si pecunia in rem pupilli versa probetur. Alioqui non plus iuris

Extutor plus iuris habet ad liberandum debitorem quàm protutor.

l.cùm filius 76.§. heres meus de leg. 2.

l. seruus decem 68. l. Stichum 95. §. vsumfructũ de solut.

l.qui heredi 44. l. Mœuius 55. De condic. & demonstr.

haberet

haberet tutor,quàm protutor,quod absurdum esset.Etsi autem alibi monuimus additionem illam Triboniani esse potius quàm Papiniani,quia indistinctè receptum est pecuniæ pupillo dandæ condicionem in persona tutoris & curatoris impleri posse,Non tamen statim consequens est vt in persona protutoris idem recipiendum sit,ne quidem cum adiectione saltem illa,si pecunia in rem pupilli versa sit,quia quod benignè & iure singulari contra rationem receptum est numquam produci debet ad consequentias *l.quod verò* 14. *D.de legib.l.quod contra* 141.*De regul.iur.* Nisi saltem illud concurrat, vt maior ratio sit in casu nouo quàm in vetere vt apud Vlpianum in *l.singularia* 15. *D.de reb.credit.*repugnante licèt Africano in *l.qui negotia* 34.*D.mandat.*Nec obstat quod solutio facta protutori liberat debitorem si pecunia in rem pupilli pervenerit *d.l.debitores.* Facilius enim est,vt tollatur obligatio per solutionem protutori factam quàm vt condicio impleatur, quoniam in obligatione tollenda ius versatur, in condicione verò implenda merum factum. Porrò facti veritate inspecta non potest dici data pupillo pecunia quæ data est protutori. Vnde etiam est quod quamuis semper ita ius fuerit vt solutio facta vero tutori liberaret ipso iure debitorem,Non priùs tamen potuerit condicio dandæ pecuniæ impleri in persona tutoris veri,quàm id benignè fuerit receptũ. Ergo quamuis impleri possit condicio in persona veri tutoris etiamsi pecunia in rem pupilli versa non sit , quoniam ita benignè receptum est , Non ideò tamen fit,vt in persona protutoris idem recipiendum sit , nec si pecunia in rem pupilli versa sit , Ac tamen si ratio aliqua esset qua persuadere posses, idem in protutore esse recipiendum,mihi tamen qui hoc nego sufficeret quòd hucusque non sit receptum.

L.singularia 15.D.de reb. cred. l. qui negotia 34. mandat.

ILLATIO XXXII.

De eo qui cum pupillo contraxit vel egit falso tutore autore.

TRigesimósecundò ex eodem Principio fit vt si quis cum pupillo contraxerit,vel egerit falso tutore autore cũ neque contracturus , neque acturus aliter fuisset quàm si tutoris autoritas intercessisset,iuuandus sit à prætore auxilio restitutionis in integrum ex prima parte edicti *De eo quod fal.tutor. autor gest.esse dicet.* Ne scilicet contrahentes decipiantur , & ex ea deceptione lucrum ac prædam faciat pupillus dum falsus tutor adhibetur , vt Vlpianus præfatur in princip.*d.*l.1.D.*ill.tit.* Eius namque edicti duæ sunt partes, Vna quæ actori pollicetur restitutionem in integrum si actor ignorauerit falsum tutorem fuisse illum qui autoritatem præstitit(scienti enim non subuenit qui seipsum decipit *d.l.*1.*§.vlt.*)Nisi talis sit cui propria scientia non noceat,puta pupillus*l.*3.*eo.*vel cui aduersus eam scientiã non possit denegari auxilium restitutionis fauore mĩnoris ætatis *l.*4.*eod.*vel quem prætor inuitum compulerit ad iudicium accipiendum *l.interdum* 5.*eod.* Altera quæ dat actionem in ipsum falsum tutorem qui dolo malo autor fuisse dicetur,vt quanti ea res erit in tantam pecuniam condemnetur,De qua in *l.nouissimè* 7.*D. eod.tit.* Prioris partis ratio illa est,quia quoties aliquis cum pupillo contrahit , nec adhibet veri tutoris autoritatem,pupillum quidem sibi non obligat , sed ipse tamen pupillo obligatur,quoniam ex vno tantùm latere subsistit contractus cùm pupillus sine autoritate tutoris,neque contrahere,neque obligari possit *l.Iulianus* 13. *§.*

l.1.D. quod falsi. tutor. autor.

*d.l.*1. *§. vlt.*

*l.*3.*eod.*

*l.*5.*eod.*

l. nouissimè 7.eod.

l.Iul. 13. *§.*

si quis à pupillo D. de act. empt. l. non eo minus 14. C. de procur.

si quis à pupillo D. de actionem empt. Idémque est si quis cum pupillo egerit non adhibita tutoris veri autoritate. Nam sententia si qua pro eo aduersus pupillum feratur ipso iure nulla est, si qua verò aduersus ipsum pro pupillo, valet *l. non eo minus* 14. *C. de procurat.* vbi ratio redditur, quia minoribus, siue intra, siue extra pupillares annos constitutis, ætas in damnis subuenire, non rebus prosperè gestis obesse consueuit. Atqui cùm falsus tutor adhibetur, perinde est ex parte pupilli acsi nullus adhibitus fuisset, quia re vera nullus est, qui non nisi falsus est, Adeò vt idem sit etiamsi tutor ille adhibitus sit, quia re vera datus fuerat,

l. tutor 4. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. 2. D. de autor. tut.

sed qui tamen cauere iussus nondum cauerat *l. si tutor 4. C. in quib. caus. restit. in integr. non est necess.* Nec enim habet iste ius administrandi antequàm satisderit *l. 1. l. vlt. & pass. C. de tutor. vel curat. qui sat. non ded.* & generaliter verum est nihil interesse an nulla prorsus tutoris autoritas interuenerit an perperam adhibita sit *l. 2. D. de autor. tut.* Sed tamen ex parte illius qui cum pupillo contrahit multũ interest an falsum tutorẽ adhiberi curauerit quẽ verũ esse existimabat, an nullũ. Si enim nullũ adhibuerit sibi debet imputare, cur ita contraxerit cũ pupillo, séque ipsi obligauerit, & ideò restitutionis auxilium implorare nõ potest, quod numquam datur ei cui potest aliquid imputari: Sed si aliquem adhibuit quamuis falsum, quem tamen falsum esse ignorabat, hoc ipso ostendit

l. falsus 11. §. sed etsi quis D. quod fals. tutor. aut.

non aliter se contracturum fuisse, quàm si tutoris autoritas interueniisset *l. falsus 11. §. sed etsi quis D. quod fals. tutor. aut.* Ob idque dignus est cui succurratur, non ne pupillo obligetur, cui voluit vtique obligari, sed vt aduersus eam obligationem in integrũ restituatur, tanquã deceptus, quia voluit quidẽ obligari pupillo, sed ita si vicissim pupillus quoq; ei obligaretur: quod nõ euenit propter adhibitum falsum tutorem: Itaque ex parte quidem pupilli neque restitutione aliqua, neque edicto vllo est opus vt indemnis seruetur, quẽ ipsum meritumque ius satis tuetur, sed ex parte illius qui cum pupillo, vel agit, vel contrahit necessaria est restitutio, & necessarium fuit edictum, cùm ipso iure sit obligatus, & æquum sit ei subueniri vt diximus. Idque Bartolus etiam post Dynum bene vidit. Sed in eo videtur mihi errasse, quod idem esse putat si quis contraxerit, vel egerit cum falso tutore, Quod non ita est. Neque enim pupillo vllatenus obligatur is qui cum falso tutore contrahit, sed is demum qui cum pupillo ipso, siue verũ tutorẽ adhibuerit, siue falsum, siue nullũ. Sicuti nec consistit iudicium quod cum falso tutore exercetur, ne quidem ex parte pupilli, sed illud demum quod cum ipso pupillo siue tutor aliquis adhibitus sit, aut verus, aut falsus, siue nullus. In eo namque differt verus tutor à falso, quod cum vero tutore acceptum iudicium, vel initus contractus etiam in quo pupillus nõ interuenerit perinde habetur acsi pupillus interuenisset, nec quicquam interest vtrum geratur negotium cum vero tutore sine pupillo, an cum tutore & pupillo simul, quãdoquidem verus tutor hoc ipso quod talis est personam pupilli satis repræsentat. At cum falso tutore acceptum iudicium initúsve contractus nomine pupilli qui non ipse interuenerit, non potest perinde haberi acsi pupillus interuenisset, cuius scilicet personam falsus tutor numquam repræsentat. Et ob id nimirum non ita conceptus est titulus *Quod cum falso tutore negotium gestum esse dicetur*, sed ita *quod falso tutore auctore*, vt intelligamus non aliter edicto locum esse quàm si cum ipso pupillo negotium gestum esse proponatur, quia nec de tutoris autoritate interponenda vnquam

Tit. Quod fals. tutor. auctor. cur ita concipitur.

agitur

igitur nisi cùm pupillus ipse adhibetur. Cui enim alij quàm pupillo autoritatem præstare tutor, siue verus, siue falsus posset? Vtiq; enim sibi ipsi nõ potest. In eóque errauit etiam Haloãder, ad *l. si falso* 10. D. eo. vbi pro eo quod scriptũ est *si falso tutore* supple *autore* vult ille legẽdum esse *si cum falso tutore actum sit.* Tractat enim ibi Caius illum casum, quo falsus tutor fuerit autor pupillo ad iudicium accipiendum vt ostendunt postrema legis verba *acsi illo tempore vero tutore autore egisset.* Ergo casum illum quo actum sit cum pupillo ex autoritate falsi tutoris, non cum ipso falso tutore. Sensus autem legis alioquin obscurè ille est, vt si quis cum pupillo egerit autore falso tutore, & interea exierit dies actionis quæ contra pupillum temporalis competebat, aut res actoris vsucapta sit, tanquam non interrupta vsucapione per litis contestationem, quę nulla fuerit, nec esse potuerit cum pupillo verum & legitimum tutorem non habente, omnia ista incommoda præscriptionis & vsucapionis perinde sustinere debeat falsus tutor, acsi illo tempore vero tutore autore egisset is qui egit. Debet enim falsus hic tutor qui actorem decepit dolo malo præstando autoritatem pupillo, indemnem seruare actorem cui tempus actionis periit aut cuius res interim vsucapta fuit, vt non magis actori quicquam pereat, quàm si vero tutore autore egisset. Atqui si vero tutore autore egisset nullum damnum passus fuisset, quia ex die actionis institutæ certum esse cœpisset, neque actionis diem exire, neque cœptam rei petitæ vsucapionem impleri amplius vnquam posse. Ergo quamuis non idem fieri potuerit per contestationem factam cum pupillo cui falsus tutor autoritatem præstiterit iudicij accipiendi, perinde tamen indemnis seruandus est actor, sed alia ratione, & via: nimirum condemnato ei tutore falso, *Quanti ea res erit*, vt habent verba edicti de quo in *dicta l. nouissimè in princip.* Tanti autem res est, quanti sunt incommoda quæ patitur actor ex eo quod falsus tutor pro vero adhibitus fuit. Quid ergo? An impune fecerit falsus tutor qui pro pupillo absente iudicium acceperit? Ita sanè quod ad huius edicti causam pertinet. Neque enim casus ille verbis edicti comprehensus est, cùm vtraque pars edicti de illo loquatur qui cùm tutor non esset, dolo malo autor pupillo fuerit ad contrahendum, vel quod pene idem est ad iudicium accipiendum, siquidem in iudicio quasi contrahitur *d. 3. §. idem scribit* D. *de pecul.* Et ratio ita concipiendi edicti illa fuit vt diximus, quia neque iudicium, quod cum falso tutore exercetur, neque contractus cum falso tutore initus citra ipsius pupilli interuentum, prodesse vllomodo potest pupillo ob idque nec causa vlla fuit dandæ restitutionis contra pupillũ ex prima parte edicti, aut actionis contra falsum tutorem ex secunda parte. Magisque potest imputari ei qui solius falsi tutoris personam aut fidem sequitur, non prius bene explorato eo an verus tutor esset an falsus, cùm agere vellet aduersus pupillum cuius personam debebat scire non posse repræsentari ab alio quàm à vero tutore, Quàm ei qui ipsius pupilli personam adhibet, cum falsi tutoris autoritate. Habet enim hic personam aliquam cum qua possit agere licèt minùs legitimã, Ille verò nullam. Planè nõ erit impunitus dolus falsi huius tutoris qui solus & sine pupillo iudicium susceperit, quia saltem ad litis sumptus condemnabitur vt improbi litigatores solent. Egregiè autem errat Bartolus qui ad *d. l. si falsò* notat eius legis sententiam illam esse, vt ex causa iustæ ignorantiæ possit quis petere in integrum restitutionem, Quasi Caius scripserit, si falso tutore autore actum sit, & interea dies actionis exierit aut res

l. si falso 10. D. eod.

d. l. nouissimè 7. in princ. eod.

Reprehẽsus Bart. ad d. l. si falso.

actoris vſucapta ſit, omnia incommoda perinde ſuſtinere debere pupillum ac ſi illo tempore vero tutore autore egiſſet. Quod ſi ita eſt, dicendum erit verbum *egiſſet* accipiendum eſſe pro eo quod eſt *iudicium accepiſſet excipiendo*, quomodo etiam ſentiunt qui notant verbo *agendi* non tantùm actionem hic intelligi, ſed etiam exceptionē: quod planè alienū eſt à verbi proprietate. Nā licèt dici ſoleat agere etiam videri eum qui exceptione vtitur, cùm reus in exceptione actor ſit *l.1. D. de except.* id tamē ad onus tantùm probationis pertinet in quo reus qui excipit actoris partibus fungitur *l. in exceptionibus* 19. *D. de probat.* Non etiam vt agere ſimpliciter & abſolutè vnquam dicatur is qui conuenitur, Alioqui & nominum & rerum confuſio induceretur, quæ ſemper ſorda eſt *l. vlt. C. de legit. tutel.* Sed & ſecundum hanc Bartoli interpretationem verba illa legis *omnia incommoda perinde ſuſtinere debet*, referenda eſſent ad pupillum, cuius tamen nulla penitus mentio ſit in præcedentibus, nec alterius, quàm falſi tutoris. Ad falſum igitur tutorem de quo ſolo Caius locutus fuerat, referri debent, & ad poſteriorem edicti partem quæ dat actionem deceptō contra falſum tutorem, Non ad priorem quæ eidem dat reſtitutionē contra pupillum, An quia nolim reſtitutionem in ea ſpecie dari contra pupillum? Immò fateor dari debere ſi non alia ratione indemnis ſeruari actor poſſit, puta ſi falſus tutor non ſit ſoluendo, ita vt propter eius inopiam inanis futura ſit actio quam ex ſecunda edicti parte actor ſit habiturus *l. nam is nullum* 6. D. *de dolo.* Sed ſi falſus tutor idoneus ſit ad præſtandam actori indemnitatem, Dico non eſſe audiendum actorem ſi velit reſtitui contra pupillum, quia nec læſus videtur, Niſi ſit & ipſe pupillus qui & indigeat reſtitutione propter ſcientiam ſui tutoris, & rem ſuam habere malit beneficio reſtitutionis, quàm ipſius æſtimationem conſequi à falſo tutore per viam actionis *l. pupilli* 6. *D. quod falſ. tutor. autor.* vbi ſic Paulus ex Iuliano loquitur, quaſi ſingulare ſit in pupillo, vt reſtitui debeat etiam contra pupillum, quamuis aliunde indemnis ſeruari poſſit. Ait enim pupilli ſcientiam computandam non eſſe, ſed tutoris eius, id eſt non nocere pupillo quod ſciuerit falſum tutorem eſſe illum, qui alteri æquè pupillo autoritatem præſtabat, quominùs perinde verum ſit eum non obligari atque ſi neſciuiſſet, quoniam illa ætas ea etiam, quæ videt ignorat *l. 1. C. de falſ. monet.* Nec nocet ei ſcientia qui nullo indiget auxilio, puta pupillo contrahenti cum pupillo *l. 3. quod falſ. tutor.* Nimirum ſi pupillus hic qui ſcit ab alio pupillo falſum tutorem adhiberi nullum habeat ipſe legitimum tutorem cuius autoritas in eo ipſo actu interponatur, Nā ſi habeat, nihil vetat obligari eū contrahentem aut agentem cum altero pupillo falſum tutorem adhibente, quia perſonam ipſe habet integram ad ſe obligandum non ſecus ac ſi maior eſſet, ideóque neceſſarium ei eſt auxilium reſtitutionis aduerſus alium pupillū, quod auxilium non erit ei denegandum quamuis ſciuerit alium pupillum cōtrahere falſo tutore autore, quoniam vt diximus ſcientia ipſius non eſt computanda, neque ad hoc vt obligetur ſi tutorem nullum habeat, neque ad hoc, vt eo minùs reſtituatur, ſi aliquem eúmque legitimum habeat tutorem. Quod ſi is legitimus tutor ipſius ſciuerit falſum ex alia parte tutorem adhiberi, computatur ipſius tutoris ſcientia, Non quidem vt obligetur pupillus, qui æquè obligaretur etiamſi tutor ignoraret, ſed vt tantò magis egeat auxilio reſtitutionis, At non ex edicto illo prætoris, Quod *falſ. tutor. autor.* cuius remedium tutoris ſcientia excludit, ſed ex edicto *De minoribus*, Quomodo etiam accipiendum

l. pupilli 6. D. quod falſ. tut. autor.

l. 3 eod.

dum est quòd generaliter Paulus scribit in *d.l.4.eod.tit.* Minori 25. annis succurrendū esse etiamsi scierit, Nempe tanquā minori qui facilitate sua seipsum deceperit, non tanquam ei qui deceptus sit à falso tutore. Habebit autem hic pupillus beneficium restitutionis ex capite edicti de minoribus aduersus damnum, quod adfert ei scientia legitimi tutoris non solùm si aliter ei cautum non sit de indemnitate, sed & si indemnis seruari possit à tutore, vel à tutoris fideiussoribus, quia ipsius interest, vt ei res sua restituatur, potius quàm vt incertum cautionis euentum expectare teneatur. Erit verò restituendus non ad hoc vt habeat restitutionem (nec enim restitutio vnquam datur ad hoc ipsum vt competat restitutio alia, ne fiat progressus in infinitum) sed vt huic pupillo res sua restituatur, vt lex ait. Extra hunc casum quo pupillus sit is qui agit, siue petat restitutionem ex edicto *De minor.* siue ex edicto *Quod fals. tutor. autor.* non aliter videtur mihi audiēdus, quàm si alia actione ordinaria indemnitatem consequi non possit. Id enim agit prætor vtraque parte edicti vt indemnem eum seruet contra falsi tutoris deceptionem, non etiam vt extraordinarium restitutionis auxilium ei offerat illo casu quo possit sufficere ordinarium *l.in causa* 16 *in princip. D.de minor.* Excipio eum casum quo minoris iusta sit affectio ad rem suam potiùs habendam, quæ maiorum ipsius fuerit *l.si in emptionem* 35. *D.de minor.* Tunc enim licèt iam pubes ille sit non erit excludendus à beneficio restitutionis ob id solùm quòd alia actione indēnitatem consequi possit. Hanc verò nostram sententiam, quæ vult ita demū competere restitutionē ex illo edicto *Quod fals.tutor.* si non possit indemnitas seruari à falso tutore, illud etiam probat quod scriptū est in *d.l si falso.* Nā si priore loco exerceri posset restitutio quam prætor prima illius edicti parte pollicetur, vix dici posset quodnā incōmodum sustinere deberet falsus tutor conuentus ex secūda parte edicti, Cùm posset actori obiicere, Nihil ei deperiisse etiāsi dies actionis exierit, vel res eius vsucapta sit, quandoquidē id omne recuperari potest petita in integrū restitutione. Nec.n. abesse quicquam ei videtur qui potest indēnis seruari licèt non nisi per in integrū restitutionem *l. 1. §. idē Pomponius refert D.de dolo mal.* Sed & ratio ipsa non tantùm iuris verùm etiā æquitatis facit vt pupillo cui falsus tutor autoritatē præstitit magis quàm falso tutori fauere debeamus. Habet enim ille pro se iuris rationem, eámque nimirum ob causam non potest inquietari nisi per restitutionem in integrum, Qui verò dolo malo autoritatem adhibuit sicuti nulla iuris ratione adiuuatur, ita nec æquitatis colore vllo defendi potest. Non tam enim iuris ratio contraria est dolo, quàm æquitas: Ideóque mirum non est si accommodetur exceptio ordinis pupillo, quæ falso ipsius tutori accommodari nō potest. Dices fortasse, ita ergo futuram inutilem primam partem edicti, *Quod fals. tutor. aut.* cùm vix sit vt non semper electurus sit actor actionem ordinariam cōtra falsum tutorem potiùs quàm extraordinariam contra pupillum, præsertim quòd potentior soleat esse causa pupilli, quia fauorabilior est *arg.l.3.§.1. D.de alien. iud.mut.caus.fact.* At respōdeo, immò verò non fore inutilē, Non ob id solùm quòd fieri facilè possit, vt falsus tutor non sit idoneus, sed etiam quia non aliter dat prætor actionem in falsum tutorem quàm si probetur dolo malo autoritatē suam accōmodasse *d.l.nouissimè 7.l.falsus tutor* 11.§.1. *D. quod fals.tut.* Doli autē probatio plerūque difficillima est, cùm non nisi ex manifestis, siue indiciis, siue insidiis colligatur *l.dolū* 6. *C.de dolo.* Ad exercēdā verò restitutio-

l.4.eod.

l. si in emptionem 35. D.de minor.

d.l.si falso.

l.1.§. idem Pomponius refert D. de dolo mal.

d.l. nouissimè l. falsus tutor 11. §.1. *eod.tit. quod fals.tut.autor.*

nem nihil aliud probare actor debet, nisi quòd falsus tutor sit is qui adhibitus fuit, Falsus autem probatur hoc ipso quod non potest probari verus. Sed de his omnibus dicendum erit latiùs & accommodatiùs ad *tract. De in integr. restit.* Nam & debuerat hic *tit. Quod fals. tutor. autor.* referri à Triboniano in tractatum illum *De restitutionibus*, cùm sit hæc species vna in integrum restitutionis, licèt pertineat etiam ad tractatum *De tutelis.*

ILLATIO XXXIII.

De eo qui interrogatus falsò respondit se tutorem esse.

TRigesimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis ex eo, quod interrogatus quis tutorem se esse responderit nulla actione teneatur, id est nequidem interrogatoria, quoniam si qua competeret danda esset contra eũ tanquam contra tutorem, ac proinde non tã ipsius tutoris quàm pupilli nomine, cui sic noceret mendacium tutoris quod iniquum esset (suum enim cuique mẽdacium non alteri nocere debet) si tamen responso suo adolescentem in aliquam captionem induxerit, id est fecerit, vt ex eo mendacio damnum aliquod pupillo irrogatum sit, vtilem actionem aduersus eum pupillo dari oporteat *l. vlt. D. quod fals. tutor. autor.* Nempe, quòd alioqui ex facto & mendacio tutoris maneret pupillus in damno: quod ne eueniat cauere semper prætor aliúsve quilibet magistratus & potest & debet.

l. vlt. D. quod fals. tut. autor.

ILLATIO XXXIV.

De pupillo qui rem suam amisit, mauúltque eam habere, quàm indemnitatem consequi à tutore.

TRigesimoquartò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *d.l. pupilli 6. eod. ti. Quod fals. tutor. aut.* vt si pupillus aliquomodo circumuentus sit, atque ita rem suam amiserit, permittendum ei sit agere vt sibi res sua restituatur si eam præcisè habere malit, quàm indemnitatem consequi à tutore aut à fideiussoribus tutoris, aut denique à magistratu ipso qui tutorem dedit, In summa quamuis idoneè ipsi cautum sit, Nempe quia non omnimodo videtur indemnis seruari is cui res sua abest, licèt pro re habeat æstimationem, etiam cũ omni eo quod ipsius interesse potest. Ita enim fieret vt rem suam cogeretur vendere, quod tamen facere nemo cogitur *l. non enim* 9. D. *rer. amot.* Nec si iniustum & incommodum precium offeratur *l. nec quasi* 70. D. *de rei vindicat.* vbi malo cum Haloandro legere *iniusto precio*, quàm vt vulgo *iusto.*

d.l. pupilli 6. eod.

l. nec quasi 70. D. de rei vindic.

ILLATIO XXXV.

De satisdatione tutorum.

TRigesimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutoribus omnibus iniuncta sit necessitas satisdandi, Nisi vel testamento dati sint, vel ex inquisitione *tot. tit. de satisd. tutor. vel curat. infr.* vbi Iustinianus scribit, Ne pupillorum, pupillarúmve, & eorum qui, quæve in curatione sunt negotia à tutoribus curatoribúsve consumãtur, vel diminuãtur, curare prætorem debere vt & tutores & curatores eo nomine satisdẽt, si neq; sint testamẽtarij, neq; ex inquisitione dati.

Tit. De satisd. tutor. vel curat.

Exci-

Digitized by Google

Excipiuntur enim teſtamentarij quia fides eorum & diligentia ab ipſo teſtatore adprobata eſt,Qui verò ex inquiſitione dati ſunt,quia idonei electi ſunt, & fides inquiſitionis pro vinculo cedit cautionis, Vt loquitur Papin. in *l. ſi impuberi* 13.*in fin. D.de tut.& curat. dat.*Et tamen ſubiungit ibid. Iuſtinianus, Etiamſi ex teſtamento vel inquiſitione duo plurésve tutores dati fuerint,poſſe vnum offerre ſatisdationem de indemnitate pupilli vel adoleſcentis,& contutori ſuo vel concuratori præferri vt ſolus adminiſtret, vel vt contutor aut concurator ſatis offerens præponatur ei vt & ipſe ſolus adminiſtret.Itaque per ſe non poteſt petere ſatisdationem à contutore ſuo vel concuratore,ſed offerre ipſe debet vt electionem det contutori vel concuratori ſuo vtrum velit ſatis accipere an ſatisdare.*Iteſtamento* 17.*in pr. D.de teſtam.tutel.*de cuius ſententia ſuprà ſcripſimus ad *Princip.* 2.*illat.*6.Quòd ſi nemo tutorum vel curatorũ ſatis offerat,ſiquidem præſcriptum fuit à teſtatore quis gerat ille gerere debet.Cur non enim parentis voluntati ſtetur,qui vtique filio bene proſpexit *l.* 3.*§.*1.*D.de adm.& poric.tutor.*Quod ſi non fuerit à patre adſcriptum is omnimodo gerere debebit,quem maior pars elegerit *l. quòd ſi fortè* 14.*§.*1.*D.de ſolut.* Idque ipſo etiam prætoris edicto cauetur.Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent,prætor ſuas partes interponere debet,& adhibere illam cauſæ cognitionem,de qua in *d.l.teſtamento §. vlt.cum ll. ſeqq.* Idem & in pluribus tutoribus vel curatoribus ex inquiſitione datis comprobandum eſt,vt maior pars eligere poſſit per quem adminiſtratio fiat. Et vt in ſumma is ſemper præferatur qui meliùs poſſit indemnem ſeruare pupillum vel adoleſcentem,Quod & in legitimis tutoribus obtinere oſtendimus ad *dict.Princip.*2.*illat.*6.

l.ſi impuberi 13. *in fin. D.de tutor. & cur.dat.*

l.teſtamento 17. *in pr. D. de teſt. tutel.*

l. 3. *§.* 1. *de adm.& peric. tutor. l. quòd ſi fortè* 14.*§.*1.*D.de ſolut.*

d.l. teſtamento §. vl.cum legib.ſeqq.

ILLATIO XXXVI.

De tutore vel curatore qui ſatiſdare iuſſus non ſatisdedit.

TRigeſimoſextò ex eodẽ Principio fit, vt ſi tutor vel curator ſatiſdare iuſſus ſit,nec ſatiſdederit,nihil interim poſſit adminiſtrare non magis,quàm ſi numquam tutor datus eſſet *l.*1.*& vlt.& paſſ.C.de tutor.vel curat.qui ſatis non ded.* quia legitimus tutor non habetur ſed falſus qui non canit,cùm cauere debuerit *l.ſi tutor* 4.*C.in quib.cauſ.reſtit.in integr. non eſt neceſſ.* vbi dicitur vſque adeò irrita & nullius momenti eſſe quæ per tutorem hunc geruntur; vt nec vlla pupillo ſit opus reſtitutione ad ea reſcindenda. Voluit enim ciuilis legiſlator ante omnia cautum eſſe pupillo,ne quid ei abſit. Nihil autem abeſſe poteſt facto tutoris,quandiu tutor ipſe adminiſtrandi ius nullum habet. Immo,inquies,aberit ſi res ipſius interim pereat nemine adminiſtrante. Verùm quod dicimus, Tutorem vel curatorem qui ſatis non dedit nihil interea poſſe adminiſtrare,nõ exonerat tutorẽvel curatorẽ quominùs teneatur indemnitatẽ præſtare acſi adminiſtraſſet,quin potiùs eum obligat vt eius quoque temporis quod ſatiſdationem præceſſit rationem reddere debeat,non quaſi adminiſtrauerit,ſed quia per eum ſtetit ne adminiſtrauerit, hoc ipſo quod per eum ſtetit ne ſatiſdederit.Moram enim facit in eo quod eſt conſequens, quiſquis facit in eo quod eſt antecedens *l.ſi quis ſeruo* 84.*de legat.*2. *l.ſi cui legatum* 92. *in fin.De condic.& demonſtr.*Itaque tutor qui ſatis non dedit etſi tutor non eſt quantum ad ea in quibus damnum pupillo irrogare poſſet, pro tutore tamen

*l.*1. *& vlt. C. de tutor. vel cur. qui ſat.non ded. l. ſi tutor* 4. *C. in quib. cauſ.reſt. in integr. non eſt neceſſ.*

l.ſi quis ſeruo 84 *De leg.*2.*l.ſi cui* 92.*in fin. De cond.& demonſtr.*

habetur quantum ad hoc vt pupillo cessationis suæ rationem reddere teneatur, quia & generale est vt condicio pro impleta habeatur in præiudicium duntaxat non etiam in vtilitatem eius per quem stat quominùs impleatur *l. iure ciuili* 24. *eod. l in iure ciuili* 161. *De regul. iur.* iunct. *l. qui potest facere* 174. *eod.* Benè tamen prouisum est pro minorum vtilitate vt nisi tutores & curatores caueant pignoribus captis coerceantur, *§. penultim. Instit. de satisd. tutor.* quæ stricti ora remedia vocat Imp. in *l. 3. Cod. de suspect. tutor.* quomodo etiam accipi debet *l. si quis* 9. *D. de muner.* Nam & sic olim Senatores in Senatum venire cogebantur.

§. pen. inf. de satisd.

ILLATIO XXXVII.

De *fideiuss. & nominat. & hered. tut. & curat.*

TRigesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt etiã fideiussores & heredes fideiussorum tutoris ad eandem vsurarum rationem reuocandi sint, ad quam & tutor ipse reuocaretur *l. 3. D. de fideiuss. & nomin. & heredib. tutor. & curat.* Vt nimirum vsuras pupillares, id est maximas præstare teneatur, Quia nec aliter posset videri benè cautum pupillo ne quid ei abesset, si non easdem vsuras consequeretur à fideiussoribus tutoris eorúmve heredibus quas & ab ipso tutore consequi posset tanquam acceptis fideiussoribus in omnem causam tutelæ licèt in stipulatione fideiussionis nihil de vsuris dictum sit vt in *l. quaro* §4. *D. locat. l. 2. §. penultim. D. de administr. rer. ad ciuit. pertin.* Alia ratio est vsurarum eius pecuniæ quam cùm pupillaris esset heres tutoris agitauit & exercuit, Etsi enim eas quoque præstare tutoris heres debet, tamen non semper maximas, & pupillares debet, sed quantas & cuius temporis vsuras præstare debeat, ex bono & æquo constitui à iudice oportet *l. cum ostendimus 4. §. vsuras eo. tit.* Ita fit vt mitiùs agatur cum tutoris herede quàm cùm fideiussoribus & heredibus fideiussorum tutoris. Sed alio atque alio respectu, nã pro eo tempore quo tutor vixit & tutelam vel gessit vel gerere debuit, eadem omnium ratio est in omnibus quæ ipsius tutoris. Sed pro eo tempore quo heres ipse tutoris gessit, ac proinde iam defuncto tutore, & pro ea pecunia quam administrauit, mirum non est si mitiùs cum eo agatur, quàm cùm tutore ipso, nec est quod fideiussores heredésque fideiussorum tutoris ei inuideant, quorum nullus est qui pro eius temporis administratione conueniri vllomodo possit, Vt neque conuenirentur propter ea quæ post pubertatem nulla necessitate cogente, sed ex voluntate sua tutor administrasset *l Lucius* 46. *§. Paulus respondit D. de administr. & peric. tutor.* In eo namque deterioris condicionis est heres tutoris, quod quamuis tutor non sit, tamen non solùm tenetur ad explicanda ea quæ per defunctum inchoata sunt si & legitimæ ætatis & masculus sit, in quibus dolus eius admitti potest *l. 1. D. de fideiuss. tut.* Verùm etiã si post mortem tutoris heres ipse negotia pupilli gerere perseuerauerit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam inuenerit & consumpserit, vel eam pecuniam quam tutor stipulatus fuerat exegerit (quod enim tutor stipulatus fuit non modò ipsi sed & ipsius heredi bene soluitur) placet eum tutelæ iudicio suo nomine teneri *d. l cum ostendimus 4. in pr. eod.* vbi rationem Vlp. reddit, quòd cũ per mittatur aduersus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet eum iudicio tutelæ teneri ex dolo proprio. Negligentia planè propria heredi tutoris non

l. 3 D. de fideiuss & nominat. tut. & cur.

l. quaro §4. D. locat. l 2. §. pen. De adm. rer. ad ciuit. pertin. l. 4. §. vsuras eod.

l. Lucius 46. §. Paulus D. de adm. tut.

l. 1. D. de fideiuss. tut.

d. l. cùm ostendimus 4. in princip. eod.

non imputabitur vt ibidem subiungit Vlpianus, in eóque vno melioris condicionis est heres tutoris quàm tutor ipse, Quod tamen quomodo accipiendum sit alibi tractauimus.

ILLATIO XXXVIII.

De fideiussoribus tutorum obligandis etiam citra stipulationem.

TRigesimooctauò ex eodem Principio fit, vt quamuis fideiussores non soleant obligari nisi ex stipulatione *l. blanditus* 12. *C. de fid.* Si tamen fideiussores à tutoribus nominati præsentes fuerunt & non contradixerunt, nominá-que sua in acta publica referri passi sint, æquum sit perinde illos teneri atque si iure legitimo interposita stipulatio fuisset. *d. l. 4. §. vlt. De fid. tutor.* vbi addi-tur eandem causam esse adfirmatorum qui scilicet cùm idoneos tutores esse adfirmauerint, fideiussorum vicem sustinent, Quamuis alioqui non soleat quis teneri ex eo solo quod aliquem idoneum esse adfirmauit, Nisi vel dolō malo & alterius decipiendi gratia id fecerit vt in *l. & eleganter 7. §. vlt. cum l. seq. D. de dolo.* Vel ita adfirmando suasor & mandator fuerit, vt cum alio contrahere-tur vt in *l. in causa* 13. D. *de min. l. si verò non remunerandi* 12. *§. si quis mandauerit* D. *mand.* quorum neutrū euenit cùm nominati à tutore fideiussores simpliciter idonei adfirmantur, Cur verò æquum est istos omnes teneri contra stric-tam iuris communis rationem? Nimirum, quia æquitatem & ius ciuile & præ-tor æstimat ex publica vtilitate ad quam sanè pertinet vtilitas pupilli, quæ porrò suadet, vt & fideiussores & fideiussorum adfirmatores, quos vulgò pragmatici nostri hodie *collaudatores* vocant, pupillis obligentur, vt iis cautum sit ne quid per occasionem tutelæ iis absit. Ideóque bene Bart. post Iacob. de Aret. notat non alia ratione niti quod scriptum est in *d. §. vlt.* quàm fauore pupillorum, nec proinde Vlpiani sententiam extra suos terminos extendi debere, Nisi in eo, inquit, quòd si quis accusetur de crimine aliquo, & ab eo petatur fideiussor de condemnatione soluenda, qui cùm præsens esset non contradixerit, æquè dicendum est fideiussorem obligari etiam nulla interposita stipulatione, Quia respublica & pupillus æquiparantur *l. respublica* 4. & ibi not. *C. quib. ex caus. maior. l. rempublicam* 3. *C. de iur. reipub. lib.* 11. *tit.* 29.

d. l. 4. §. vlt.

Fideiussorū adfirmatores.

l. 4. C. ex quib. caus. maior. l. 3. C. de iur. reipub.

ILLATIO XXXIX.

De reputationibus faciendis etiam per fideiussores tutoris.

TRigesimononò ex eodem Principio fit, vt si cum fideiussoribus tutoris ex stipulatione, Rem pupilli saluam fore agatur, eosdem reputationes habere debeant, quas tutor ipse haberet si cum eo ageretur *l. si cum fideiussoribus* 5. D. *eod. tit. De fideiuss. tutor.* Nam cùm ratio propter quam admittendæ sunt reputationes tutoris in iudicio tutelæ, non alia sit quàm ne pupillus ex tutoris sui damno locupletetur, quæ ratio etiam contrariam tutelæ actionem induxit vt in superioribus ostendimus, Nemo non videt eandem rationem vrgere pro fideiussore tutoris, quandoquidem & hic tutoris locum obtinet cùm ex fideiussionis causa conuenitur.

l. 5. D. de fid. tut.

Digitized by Google

ILLATIO XL.

De beneficio diuisionis dando fideiussoribus ex persona tutorum.

l.pupillus 6. eod.tit. QVadragesimò ex eodem Principio fit, quod Papinianus respondit in *l. pupillus 6. eod.tit.* Si pupillus contra tutores eorúmque fideiussores à singulis seperatim datos iudicem acceperit, & iudice defuncto priusquàm ad eum iretur contra solos fideiussores alter iudex datus sit, officio cognoscentis conuenire si tutores omnes soluendo sint, & administratio non dispar, sed communis fuit, (alioqui pro administrationis partibus diuisionem actionis tutelæ fieri oporteret *l. Diui* 31. Q. *de admin. & peric. tutor.*) portionum virilium rationem admittere ex persona tutorum, id est permittere fideiussoribus, vt ex persona tutorum quorum fideiussores sunt possint excipere periculi societatem vt idem Papin. loquitur in *l. si plures* 38. *eod.tit.* De *administr.tutor.* & obiicere exceptionem diuisionis quam tutores ipsi haberent, Ne scilicet quisquã ex fideiussoribus conueniatur supra eam partem, pro qua tutor ipse, cuius hic fideiussor est, conueniretur. Ita enim fit vt perinde consulatur optimè pupillo cui nihil abfuturum sit, & fideiussoribus tamen succurratur, quorum sanè interest vt non deterioris condicionis sint quàm is esset pro quo conueniuntur: & vt non soluant quod pro cæterorum contutorum portionibus debetur, potiùs quàm vt solutum repetant ab iis ipsis contutoribus pro quibus numquam fideiusserunt *l. 3. D. de compens.at. stipulatus* 15. *in princip.* D. *de fideiuss.* Atqui contutores qui simul tutelam gesserunt si singuli in solidum conueniantur habent beneficium diuisionis exemplo fideiussorum *l. 1. §. nunc tractemus* D. *de tutel. & ration. distr.* in eóque sunt melioris condicionis quàm correi deben di iure vetere inspecto ex quo non habebant illi beneficium diuisionis, quod primus Iustinianus iis dedit *Nouell. 99. De duob. reis.* Cur non ergo ex ipsorum persona eodem iure vtentur ij qui pro ipsis fideiusserunt? Nam & in ipsis correorum debendi fideiussoribus idem hodie obtineret, quamquam olim non obtinebat *l. inter eos* 51. *§. duo rei D. de fideiuss.* Ex quo loco apparet in fideiussoribus tutorum duplex diuisionis beneficium locum habere. Vnum ex persona tutorum, de quo in *dict. l. pupillus*, Alterum ex ipsorum fideiussorum propria persona vt si vnius tutoris plures fideiussores fuerint, neque conueniendi sint supra eam partem quam tutor ipse deberet pro quo fideiusserunt, neque pro ea etiam parte nisi in viriles. Hoc enim posterius beneficium diuisionis quod ex propria persona habent multò minùs iis denegari potest, quod neque correorum debendi fideiussoribus denegaretur, qui pro singulis correis interueniissent *d. §. duo rei.*

l. Diui 31. *De admin. tutor.*

l. si plures 38. *eod.*

l. 1. §. nunc tractemus D. de tutel. & rat. distr.

l inter eos 51. *§. duo rei D. de fideiuss.*

ILLATIO XLI.

De fideiussoribus qui vt tutor prior conueniretur promiserunt pupillo indemnitatem.

l si fideiussores 1. De fideiuss. tut. QVadragesimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus respondit in *l. si fideiussores 7. eod. titul. De fideiuss. tutor.* Si fideiussores qui rem saluam fore pupillo cauerant petiissent ab adolescente vt tutorem antè conueniret, atque ideò stipulanti promiserint se reddituros quod à tutore seruari

ſeruari non potuiſſet, Actionem reſidui inter eos tempore litis conteſtatæ ſoluēdo eſſent æquè diuidi debere acſi ex priore fideiuſſionis ſtipulatione cōuenirētur, quia licèt ita promittendo videantur receſſiſſe à priore forma fideiuſſionis ſecundum quam poterat adoleſcens ab initio eos eligere, eorúmque ſingulos quidem pro virilibus partibus, ſed omnes tamen ſimul in ſolidum conuenire, quaſi tacita quadam nouatione facta vt Baldus loquitur, Re tamen meliùs inſpecta tantum abeſt vt fideiuſſoriam obligationem ſiue expreſſè, ſiue tacitè nouauerint, vt è contrario fideiuſſorum onus hoc ipſo ſuſcepiſſe videantur. Quodnam enim aliud fideiuſſorum onus eſt, aut quam aliam ob cauſam fideiuſſores accipiuntur, niſi vt cùm debitor lapſus fuerit facultatibus, poſſit creditor ab iis quos ſibi pro debitore obligauit ſuum conſequi §. *vltim. Inſt. de replicat.* Secunda igitur promiſſio quæ in conſequentiam prioris facta eſt, nec proinde minùs quàm prior ex cauſa fideiuſſionis, non potuit aufferre fideiuſſoribus beneficium diuiſionis, quod haberent ſi ceſſante ſecunda conuentione pro tota quantitate ex priore ſtipulatione conuenirentur. Cur verò tam humaniter cum fideiuſſoribus iſtis agimus? An quia nouatio tacita non tollat beneficium legis vt vult Baldus? Nihil minùs. Nulla enim hìc, vt iam diximus, aut expreſſa, aut tacita nouatio eſt. Sed quia nulla ratio eſt cur miſeris fideiuſſoribus, qui pro alio fidem ſuam obſtrinxerunt beneficium hoc auferatur quod habent ex epiſtola Diui Hadriani, cùm pupillo non eo minùs cautum ſit, cui certum eſt nihil abfuturum eſſe, ſiquidem ponimus omnes eos inter quos diuiſio fit, ſoluendo eſſe. Nam nec inter alios diuiſio iſta fit quàm qui litis conteſtatæ tempore idonei reperiuntur *dict. l. inter eos* 51. §. 1. D. *de fideiuſſ.* Eſſet quidem fauorabilius pupillo ſi aduerſus ſingulos fideiuſſores in ſolidum agere ipſi liceret, ne in plures aduerſarios diſtringeretur, quæ res non paruum incommodum adferre ſolet *l. & ancillarum* 27. §. *vltim. D. de pecul.* cùm inducat ſolutionis per partes accipiendæ neceſſitatem, *l.* 3. D. *famil. erciſc. l. communi* 7. D. *commun. diuid.* Sed numquam audiendus eſt pupillus ſi priuilegium poſtulet cum alterius iniuria *l. ſed cùm ab herede* 12. *D. ad SC. Trebell.* & vt Principium noſtrum habet, Ei fauendum eſt hactenus duntaxat, vt nihil ipſi abſit, nec moretur ille in damno. Addit Papinianus rationis loco, *nam etſi mandato pluriumpecunia credatur, æquè diuiditur actio*, ſcilicet inter mandatores, quoniam eadem æquitatis ratio quæ diuiſionis beneficium inter fideiuſſores induxit, etiam inter mandatores locum habet, quòd omnes ſint interceſſores, & pro alio obligati. Subiungit Papinianus *ſi enim quod datur, pro alio ſoluitur* (nam ita legendum & interpungendum textum eſſe arbitror) *cur ſpecies actionis æquitatem diuiſionis excludit?* Senſus eſt, Cùm de diuiſionis beneficio inducendo agitur, nihil aliud eſſe inſpiciendum niſi an quod datur, pro alio ſoluatur, Nec proinde quicquam referre an contra fideiuſſores iſtos agatur ex priore ſtipulatione fideiuſſoria an ex poſteriore. In ſumma vult Papinianus dicere non titulum actionis ſed cauſam debiti reſpiciendam eſſe quomodo Tryphoninus loquitur in *l. tutor* 69. *De ſolut.* Cauſa verò debiti proculdubio à fideiuſſione eſt.

d. l. inter eos 51 §. 1. *D. de fideiuſſ.*

l. ſed cum ab herede 12. *D. ad SC. Trebel.*

Emendatus Papin. in d. l. 7. *de fid. tut.*

l. tutor 69. *De ſolut.*

ILLATIO XLII.

De electione quam pupillus habet ad agendum vt consequatur indemnitatem.

QVadragesimosecundò ex eodem Principio fit, vt eligere debeat pupillus vtrum cum ipsis tutoribus, vel curatoribus, qui fideiussores dederunt aut heredibus eorum, an cum his qui pro ipsis se obligauerunt, agere velit, vel etiam, si malit, diuidere actionem. Nam in solidum & cum reo & cum fideiussoribus agi iure non potest *l.1.C. de fideiuss. tutor.* Nihilum quia nec necesse est, cùm ad indemnitatem pupillo præstandam sufficiat quòd habet electionem. Sibi enim debet imputare aut aliis quorum auxilio regitur, si malè eligat, vt & aliàs euenit quoties quis plurium actionum etiam contra eandem personam competentium electionem habet vt in §. *varijs l. cùm filius 76. de leg. 2. l. huiusmodi 84. §. vlt. De legat. 1.*

l.1.C. de fideiuss. tut.

ILLATIO XLIII.

De fideiussoris liberatione quæ contingit soluente tutore.

l.2.C. de fideiuss. tut.

QVadragesimotertiò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l.2. eod. tit. C. de fideiuss. tutor.* Non esse ambigui iuris electo reo & soluente fideiussorem etiam pupillarem liberari, Et ideò si simpliciter acceptus sit fideiussor in id quod tutor seu curator debiturus esset non esse dubium quin fideiussor sit liberatus si tutor seu curator condemnatus soluerit. Planè, inquit lex, si stipulatio, Rem saluam pupillo fore interposita est, vel aliter cautum est, in id quod à tutore vel curatore seruari non potest manet fideiussor obligatus ad supplendam pupillo indemnitatem. Prioris partis ratio est, quia lucrum sentiret pupillus ex damno alieno si haberet fideiussorem obligatum post solutionem à tutore factam, Bis enim idem consequeretur, quod esset contra bonam fidem vt est in iuris regula, Ideóque nec iuris ratio patitur vt post solutionem siue à debitore ipso siue à fideiussore factam, obligatio vlla superfit. Posterioris autem partis ratio est, quia maneret pupillus in damno si non esset et supplenda indemnitas à fideiussore cùm solidum à tutore vel curatore seruari nõ potuit. Notanda tamen differentia est, quæ colligitur ex *d.l.2.* An fideiussor à tutore simpliciter acceptus sit, an verò interposita fuerit stipulatio, Rem pupilli saluam fore, vel aliter præstita cautio de indemnitate in id quod à tutore vel curatore seruari non posset. Primo enim casu si pupillus tutorem elegerit, quãuis non fuerit ab eo solidum consecutus, postea tamen contra fideiussorem agere non potest si ius verus inspiciatur quod tale erat vt electo reo fideiussor liberaretur, ad constitutionem vsque Iustiniani in *l. vlt. C. de fid.* Nisi quod ei subueniretur per in integrum restitutionem si talem electionem feciſſet in ea ætate quæ admitteret auxilium restitutionis, *Ex edicto De minor.* Duobus verò posterioribus casibus non adimit electio tutoris ius agendi contra fideiussorem quousque plenissimam indemnitatem pupillus consecutus sit, idque propter verba stipulationis, quia non aliter potest salua esse res pupillo quàm si nihil ei prorsus absit, Nec rursus agi potest contra fideiussorem indemnitatis priùs quàm actum sit contra principalem debitorem *l. decem stipulatus 110. D. de verb. obligat.*

l. vlt. C. de fideiuss.

l. decem 110. de ver. obl.

ILL.

Digitized by Google

ILLATIO XLIV.

De fideiussore tutoris defuncti sine herede.

QVadragesimoquartò ex eodem Principio fit,vt si tutor sine herede decesserit,neque inuentaria aliáque instrumenta per fideiussorem exhibeantur,possit curator pupillo datus eundem fideiussorem conuenire ex stipulatione,Quanti interest pupilli, id est in id omne in quod tutor conueniri potuit *l. sine herede* 32. D. *de admin.tutor.* quia licet obligatio principalis nulla superstit cùm tutor qui principaliter fuit obligatus,decessit nullo relicto herede, non idcò tamen satisfactum est pupillo,cui semper verum est abesse quicquid ei à tutore debebatur, Malúmque idcò differt hic casus ab illo,quo principalis obligatio extincta sit per solutionem:Qui enim accipit solutionem siue à debitore ipso siue ab alio quolibet debitoris nomine hoc ipso fit locupletior non etiam is cuius debitor moritur sine herede. Hic enim potiùs fit pauperior cũ amittat actionem, quæ sine persona consistere non potest. Neque tamen hoc ita accipiendum est quasi speciale sit in pupillo vt mortuo debitore principali sine herede nihilominùs retineat fideiussorem obligatum. Nam & idem euenit in cæteris omnibus qui fideiussorem aliquem acceperunt,vt non minùs saluam contra ipsum actionem habeant,quamuis debitor absque herede decesserit *l.1.§.idem Pomponius quærit si apud te* 14. *D. depositi l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§.1.in fin. D. de solut.* Sufficit enim fuisse aliquando iam natam principalem obligationem nec defuisse personam in qua consistere potuerit ea principalis obligatio *l. postquàm* 5. *D. vt legati nom. caueat.* Ratio igitur generalior iuris huius,& quæ speciebus omnibus conuenit illa est , quòd non aliam ob causam fideiussores accipiuntur,quàm vt stipulatori cautum sit in eum casum quo debitor principalis non soluerit *d. §. vlt. Instit. de replicat.* Porrò tam verũ est nõ soluisse debitorẽ qui decessit sine herede,nec soluere amplius posse quã si bonis cessisset factúsque omnino esset non soluendo. Perinde igitur fideiussorẽ teneri æquũ est. Quod cũ ita sit nõ possum probare quod potest Accursium notat Bart. ad eũ locũ,Non iurari in litem aduersus hunc fideiussorẽ. Nã si verũ est quod Modestinus ait posse illũ conueniri in id omne in quod tutor ipse cõueniri potuit,negari autem nõ potest, Tutorẽ qui inuẽtariũ vel nõ fecit vel nõ exhibet teneri in id omne quod pupillus iurauerit sua interesse *l. tutor qui repertorium* 7. *eod.* An non prorsus consequens est idipsum quod interest pupilli perinde æstimandum sit per iusiurandum in litem aduersus fideiussorem , atque contra tutorem ipsum æstimaretur? Alioqui non conueniretur fideiussor in id in quod tutor conueniri poterat, sed in multò minùs cùm semper maior sit æstimatio quæ fit per iusiurandum in litem quàm quæ sine iureiurando,Siquidem æstimatio crescit per iusiurandum propter contumaciam *l.1. D. de in lit. iur. l. quod si possessor* 71. D. *de rei vindic. l. non enim* 9. *D. rer. amot.* Atque ita pupillo aliquid abesset, id nimirum quod plus consequi hodie posset à tutore si tutor viueret , ex eóque quod tutor sine herede decessisset damnum sentiret pupillus cui tamen ab initio bene prospectum & cautum esset accepto idoneo fideiussore, quod iniquum esse ait Papinianus licèt in dissimili specie *in l. 3. D. de separat.* Nec obstat ratio illa qua Accursius & Bartolus mouentur , quòd hic fideiussor tutoris conueniatur ex contractu stricti iuris,id est ex stipulatione,in quo genere actionis certum est nõ iurari in litem *l. aliàs*

l. sine herede 32. D. de admin. tut.

l.1.§.14. D. depos. l. Stichum 95. §. 1. in fin. D. de solut. l. postquàm 5. D. vt leg. nom. caueat §. vlt. Instr. de replicat.

l. 3. D. de separat.

Digitized by Google

6. *D. de in lit. iur.* Id enim tunc verè dicitur cùm quis ex ſtipulatione conueniatur ad rem certam quam ipſe promiſerit, nõ etiam cùm ſtipulatio refertur ad debitum alienum quod quale quantúmque ſit æſtimari non poſſit ſine delatione iuriſiurandi, Vt euenit in propoſita ſpecie. Fideiuſſor enim tutoris vt & alterius cuiuſlibet debitoris non ad aliud præſtandum ſe obligat, quàm ad illud ipſum quod debitor ipſe principalis præſtare teneatur. Nihil ergo fit contra naturam ſtipulationis fideiuſſoriæ cùm fideiuſſor condemnatur quãti adultus ſua intereſſe ex cauſa tutelæ iurauerit, quia hoc caſu non tam aduerſus fideiuſſorem ipſum iuratur, quàm æſtimatur id quod tutor ipſe vt debuit ſciri poſſit, quid etiam debeat fideiuſſor. Idque in omnibus quoque actionibus ex ſtipulatu generale eſt vt quoties ſine delatione iuriſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem petitam, cogatur iuſiurandum actori deferre *l. in actionibus 5. §. vlt eod.* Et verò ſi non poteſt fideiuſſor recuſare quominùs condemnari debeat in id omne quod adultus contra tutorem viuum in litem iurauerit, cur recuſabit mortuo interim tutore ſiue heredem aliquem reliquerit ſiue nullum? Vtrumque enim procedit ex eodem fonte quod hic fideiuſſor in omnem tutelæ cauſam acceptus videatur, alioqui nec vſuras vllas deberet, quas expreſſim per ſtipulationẽ nõ promiſiſſet, quod tamen falſum eſſe ſuprà oſtendimus illat. 38. Ergo & in cauſam iuriſiurandi in litẽ acceptus eſſe intelligitur, quod ex vi & poteſtate actionis tutelæ manat. Minùs obſtat quod iuſiurandũ in litẽ ne quidem contra tutoris heredẽ deferri poteſt ſi non heres ipſe tutoris ſit in dolo, *l. pen. & vlt. & pass. C. de in lit. iur.* Alio enim iure eſt tutor, alio heres eius vt ſcriptũ eſt in *d. l. pen.* At nuſpiam ſcriptũ eſt alio iure eſſe tutorem, alio fideiuſſorẽ eius, Cùm obligatio fideiuſſoris propriam quantitatẽ nullã habeat, ſed eã ipſam tãtùm quæ tutelæ obligatione continetur. Vt neque vſpiã ſcriptũ eſt de tutoris herede quod de tutoris fideiuſſore, conueniri eum poſſe in id omne in quod tutor ipſe conueniri potuit. In quo mirũ non eſt deteriorem condicionẽ eſſe fideiuſſoris quàm heredis. Fideiuſſor enim ex propria promiſſione cõuenitur ſibíque debet imputare cur in quantitatem incertam fideiuſſerit, & generaliter in id omne quod ex cauſa tutelæ deberi quandocumque poſſet, ab ipſo tutore. Heres autem tutoris etſi defuncti perſonam repræſentat, eíque videtur poſſe imputari cur doloſi tutoris hereditatem adierit, non tamen obligatur ex vlla ſua promiſſione, ſed tantùm ex poteſtate legis, quæ & hereditatem & heredem facit, lex autem quæ tutoris heredem obligat ad rationes tutelæ reddendas ex perſona tutoris, eum obligat cum hoc æquitatis temperamento vt tamen aduerſus eum iurari in litem non poſſit cùm neque tutor ipſe ſit, neque dolo malo quicquam fecerit in re pupillari. Iuſiurandum enim in litem inductum eſt in pœnam eius qui per dolum & contumaciam retinet rem alienam, quod non poteſt dici de tutoris herede ſiue nullum inuentarium tutor fecerit, ſiue quod ab eo factum fuit poſtea deperditum ſit, ita vt ab herede ipſius quamuis volente exhiberi nullomodo poſſit. *l. 2. eod. tit. C. de in lit. iur.* Præterea fideiuſſor habet regreſſum contra tutorem tutoriſque heredem vt per actionem mandati conſequatur indemnitatem quem regreſſum tutoris heres nullum haberet. Nec obſtat ſi dicatur, Ita futurum vt durior ſit cauſa fideiuſſoris, quàm debitoris principalis, eo ſaltẽ caſu quo principalis debitor ſit non tutor ipſe ſed tutoris heres. Nulla.n. lex eſt, quæ hoc prohibeat ne durioris cõdicionis ſit fideiuſſor quã heres debitoris, dũ ne ſit durioris quã ipſe

l. in actionibus 5. §. vlt. D. de in lit. iur.

l. pen. & vl. C. de in lit. iur.

l. 2. eod. tit.

ipse debitor, Alioqui nec posset teneri fideiussor eo casu quo tutor sine herede decessisset, quod tamen falsum esse ait Modestinus, Et quamuis admitteremus non posse teneri fideiussorem tutoris quanti adultus in litem iurauerit eo casu quo tutor decesserit relicto herede contra quem iurari nõ posset, quia fortè in dolo non esset, Cur non interpretes nobiscum sentiunt, vt contra tutoris fideiussorem possit peti condemnatio quanti adultus in litem iurauerit, saltem eo casu quo tutor aliquem reliquerit heredem, aduersus quem iurari in litem possit? Nec enim alio colore tutoris heres condemnatur etiam ex proprio dolo quanti adultus in litem iurare volet, quàm quia ipse quoque tutelæ iudicio ex propria persona tenetur *l.1. & 4. & pass. D. de hered. tutor.* Ergo saltem hoc casu fateri debuerunt interpretes condemnandum esse fideiussorem tutoris quanti actor in litem iurauerit, Nec tamen eo minus verum erit eum ex stipulatione conueniri. Non igitur illud inspiciendum est cùm fideiussor ex fideiussione conuenitur quid ipse promiserit, sed quid tutor, pro quo fideiussit, deboat aut debiturus esset si viueret, siue decesserit nullo herede relicto, vt in specie Modestini, siue relicto eo herede qui minùs debeat, quàm tutor ipse, id est contra quem non possit iurari in litem cùm tamen aduersus tutorem ipsum iurari potuisset.

l.1.& 4. D. de her. tut.

ILLAT. XLV.

De actione competente minoribus contra eos qui fideiussorem accipere debuerunt.

QVadragesimoquintò ex eodem Principio fit, vt non solùm in tutores & curatores actio competat pupillis, vel adultis, sed etiam in eos qui satisdationem accipere debuerunt, sed cum hac differentia quòd quæ in tutores & curatores competit ordinaria est, Quæ verò in magistratus, non nisi subsidiaria, & quæ vltimum minoribus præsidium adferre possit, vt loquitur Iustin. in *§. sciendum Instit. de satisd. tutor.* Vt scilicet prospiciatur ne iis quicquam absit. Habet enim condicionem illam si indemnitati pupilli, vel adulti non fuerit satisfactum *l. aduersus 4. C. eod.* Competit autem hæc actio subsidiaria non in ordinem magistratuum, qui constat ex pluribus, sed in ipsas personas magistratuum qui dederunt *l.1. D. de magistr. conuen.* vbi quod de ordine scribitur, malè nonnulli intelligunt de magistratibus vrbanis, aut prouincialibus. Debet enim de municipalibus intelligi, sed de collegio ipso, & vt ita dicã corpore magistratuũ municipaliũ ad differẽtiã singulorũ. Siquidem neq; vrbani, neq; prouinciales ordinem constituunt, cùm vrbani quidem singuli suas habeant ẽásque distinctas functiones, Præsides verò vel Procõsules in prouinciis singuli quoque omnium magistratuum qui in vrbe sunt partibus fungantur, *d. si in aliam 7. §. vlt. cum l. seq. D. de offic. procons. l. ex omnibus 10. cum duab. seqq. D. de offic. præsid.* Et quamquam verum est neque prætorem in vrbe, neque præsidem, aut proconsulem in prouincia cæteróſve maiores magistratus quibus tutoris dandi ius est, huiusmodi actione subsidiaria teneri, sed eos tantummodò qui satisdationem exigere solent vt Iustinianus scribit in *§. vlt. Instit. de satisd. tutor.* de quibus etiam loquitur *l. Æmilius 53. D. de admin. tutor.* Non eam tamen Vlpiani sententiam esse in *d.l.1. in princip.* constat ex eo, quod idem Vlp. in *§.1. eiusdem legis*, hoc ipsum scribit quod nisi absurdè & superua-

§. sciendum Inst. De satisd. tut. l.4. C. eod.

l.1. D. de magist. conuen.

§. vlt. Inst. de satisd. tutor l. Æmilius 53. D. de admin. tut. d.l.1. §.1.

cuo inculcare non poterat,Neque prætorem,neque alium quemlibet cui tutoris dandi ius fuit hac actione teneri.Quod tamen non ita accipiendum est quasi huiusmodi actione nemo teneri debeat ex iis qui tutoris dandi ius habent,sic enim fieret vt neque magistratus municipales teneri possent, Quandoquidem ius dãdi tutores omnibus magistratibus municipalibus datum est, sed illum qui ab eodem municipio, vel agro eiusdem municipij est *l.3.D. de tutor & curat.dat.*Sed Vlpiani sensus est in *d.§.1.*neque prætorem,neque alium quemlibet prætori similem,id est ex maioribus magistratibus quibus dandi tutoris potestas est actione ista teneri,Ad exclusionem scilicet aliorum magistratuũ qui quantũuis maiores sint,ius tamen dandi tutoris non habent,quod nemo habet iure sui magistratus, sed quibus specialiter hoc lege aliqua, vel senatusconsulto, vel Principis constitutione permissum est *l.1. eod. tit. De tutor.& curat.dat.l.Dini* 24.*eod.* vbi scriptum est,si quando desint in ciuitate ex qua pupilli oriundi sunt,qui idonei videantur esse tutores,officium esse magistratuum inquirere ex vicinis ciuitatibus honestissimum quemque & nomina præsidi prouinciæ mittere,non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare, Nempe quia tale ius iis datum non est, Ergo nec habent. Necessaria itaque fuit apud Vlp.ea restrictio *cui tutoris dandi ius est*, Non quasi cæteri maiores magistratus quibus tutoris dandi ius non est si tutorem fortè dederint, conueniri ex ea causa per subsidiariam actionem possint,(cur enim teneantur si datio ipsa non tenuit,nec proinde vllum damnum pupillo adferre potuit?)Sed quia esset absurdum dicere, Alios magistratus maiores & prætori similes non teneri subsidiaria,& vt appareret non de aliis magistratibus sentire Vlpianum quàm qui tutoris dandi ius haberent. Ex ea nimirum regula,quæ vult Semper habiles terminos esse supponendos. Ratio autem cur prætor hac subsidiaria actione non teneatur,nec præsés, nec proconsul aliive magistratus, illa est,quia non solebant isti exigere satisdationem ne quidem ab iis tutoribus quos dabant, quòd ab eorum dignitate id alienius videretur, sed eam curam magistratibus municipalibus delegabant,quorum proinde culpa etat non maiorum magistratuum,qui tutores dederant, si posteà vel nullomodo, vel minùs idoneè pupillo cautum esset, Quod cùm ita sit dubitari probabiliter potest,licet nemo dubitet, quid hodie iuris constituendum sit postquam eo iure vtimur,vt præsides prouinciarum,quos Sabaudi Iudices,vel Iuridicos maiores,Galli verò locumtenentes generales vocant, tutorem aliquem dederint, nec ab eo satis exegerint,aut satis exigi cum effectu curauerint,An ex ea causa per subsidiariam actionem conueniri possint, Etsi enim eo iure vtimur, vt possint,pro iis tamen illud facit, quòd non tam veteribus illis magistratibus municipalibus æquiparandi sunt,quàm vrbanis magistratibus, vel præsidibus prouinciarum;cùm habeant non solùm iurisdictionem omnimodam,sed etiã merum imperium & gladij potestatem, quæ omnia municipales magistratus humquam habuerunt. Quibus multò melius æquiparare possis Castellanos temporis nostri qui singulis municipiis præsunt,habéntque aliquam quidem iurisdictiõnem ordinariam, & consequenter mixtum quoque imperium, quippe quod ineſt iurisdictioni, & sine quo iurisdictio nulla est *l.3. De iurisd.l. vltim. De offic.eius cui mandat. est iurisdiction.* sed non imperium merum,neque omnimodam iurisdictionem,verùm certis finibus & caussis coarctatam, Quamquam in eo maximè differunt à magistratibus municipalibus,quòd tutoris dandi ius nullomodo habent,Sed tamen ius habent exi-

l.3.D. de tutor & curat. dat.

l. Dini 24. eod.

De magistratibus nostri temporis nõ exigentibus satisdationẽ à tutore.

gendæ.

gendæ satisdationis si nominatim id eis mandatum sit à iudice, qui tutorem dedit, vt solent plerumque facere iudices & hanc eis curam iniungere, Nec incautè, vt transterãt in eos periculum satisdationis quod alioqui subire ipsi cogerentur, eo iure quo, vt iam dixi vtimur. Mihi verò non solùm æquitas & iuris rationi conuenientius videtur, sed etiam ad ipsam pupillorum vtilitatem accommodatius, ita ius constituit aut potius custodiri (iam enim satis constitutum esse arbitror) vt iudices isti maiores, & præsides prouinciarum, non magis quàm olim prætores, præsides, & proconsules subsidiariã actione teneantur, quia non alios magistratus hodie habemus, qui veteribus illis melius comparari possint, Nec vlla lex est quæ iubeat eos satisdationem exigere à tutoribus si id facere ipsi nolint, malintque eam rem magistratibus municipalibus delegare, siue quòd exemplo prætorum putent alienum à dignitate sua, vt in exigenda satisdatione se interponant (in quo tamen sibi blãdiuntur, qui sic sentiunt, postquàm placuit posterioribus Imperatoribus, vt cogantur etiam prætores & prouinciarum præsides de facto quoque cognoscere & iudicare, quod olim non obtinebat *l. 2. C. de pedan. iudic.*) Siue potius eb hoc ipsum, vt effugiant periculum subsidiarię istius actionis: Atqui multò vtilius est pupillis vt hæ satisdationes interponantur apud maiores magistratus quos dubitandũ non est pro sua grauitate & prudentia melius omnia facturos, & magis ex pupilli vtilitate quàm Castellanos, Et tamen tantò difficiliores se præbent maiores magistratus, nec immeritò ad operam istam pupillis nauandam quantò periculosiorem vidẽt sibi fore fidem suam, & ideò passim exactionem satisdationis remittunt ad Castellanos, aut quod periculosius est ad eorum scribas quos vulgo Curiales vocant, qui nullam penitus habent iurisdictionem. Esset igitur iustius inuitari maiores iudices, aut saltem legis alicuius autoritate cogi ad exigendas per seipsos satisdationes, quàm deterreri eos ab hoc officio præstando subsidiariæ actionis metu: relicta eis potestate se exonerandi, delegandique curam istam Curialibus, aut Castellanis. Alioquĩ punitur magistratus qui maiorem erga pupillum adfectionem habuit, magisque sollicitus fuit in exigenda satisdatione, fitque illo deterioris cõdicionis quàm si exonerandi sui gratia negligentiùs rem tractasset, & ad municipales magistratus remisisset: quod sanè absurdum est, & à pupillorum, vt dixi vtilitatibus alienum, Nisi ponas, quod ego sanè probarem, vt pupillus in omnem casum meliùs consuleretur, lege aliqua præcipi districtè magistratibus, vt illi ipsi satisdationem exigant, nec eam rem aliis committant, nisi in casibus quos excipit *d. l. 2. C. de pedan. iudic.* id est si vel propter causarum multitudinem, vel propter morbum, aut absentiam, aut aliam simílem causam impediantur ne fideiussores accipere ipsi possint, Ita enim constituto iure, non esset verendum ne curam hanc defererent & in alios transferrent, quod vnum quandiu ipsorum arbitrij res est, damnunt pupillo adferre potest. Dices, Etiam eo non constituto æquum tamen esse, vt magistratus teneantur si ipsi, vel non acceperint fideiussores, vel accipiendos minùs idoneis delegauerint, vel denique minùs idoneos ipsi acceperint, Cùm possit iis imputari cur non fuerint diligentiores in faciendo, vt pupillis meliùs cautum esset. Verùm respondebo, Eadem ratione debuisse olim prætorem conueniri si fortè satisdationem ipse exegisset, quam nec prohibebat quicquam vt is exigeret si tantam adfectionẽ præstare pupillo vellet. Neque tamen vllo iuris loco reperias ita scriptum esse vt potuerit prætor ex ea causa conueniri, sed generaliter nõ potuisse. Iniquum

l. 2. C. de ped. iudic.

enim & ridiculum fuiſſet actionem dari in eum cuius præcipua dignitas erat, & ad cuius potiſſimùm curam pupillorum ſalus & vtilitas pertinebat, Ne aliter poſito iure futurum eſſet, vt haberent illi exoſum & ſuſpectum pupillorum nomen. Quidni ergo idem in magiſtratibus noſtris obtinebit? Præſertim verò in illis qui non ſecus ac Præſides, toti prouinciæ præſunt. Quamquam quod de iſtis dicimus ad alios etiam minores ſingularum & inferiorum iuriſdictionum Iuridicos protrahendum *arbitramur. Etſi enim ſunt illi minores ſi cum eo qui Principis iuriſdictionem in eadem prouincia exercet, conferantur, habent tamen eandem poteſtatem etiam gladij plerumque, in eo oppido cui præſunt, ideóque quod ad hanc rem pertinet, quæ cum Principis iure & dignitate nihil commune habet in eadem cauſa eſſe videri poſſunt. Et hæc quidem de magiſtratibus noſtri temporis obiter dicta ſint. At ſi quis quærat, Cur in ordinem magiſtratuum municipalium actio nulla detur, vt Vlp. ſcribit in *dd.l.i. in princip. De magiſtr. conuen.* non alia ratio quærenda erit, quàm quæ tamen ab eodem Vlpiano non affertur, quòd non ordo ipſe tutorem dederit, ſed tantùm quidam magiſtratus quamuis ex eo ordine. Non autem æquum eſt ex vnius facto alios prægrauari, & nocere factum alterius ei qui nihil fecit *l. de pupillo* 5. *§. ſi pluribus ſit* D. *de oper. noui nunciat. l. cum ſolus* 68. *D. de acquir. hered. vulg. l. non debet alteri* 74. *De regul. iur.* Quid ergo ſi ordo ipſe tutorem elegerit & dederit, aut etiam periculum in ſe recèperit? Nam & hoc interdum fit, & parui refert an aliquem magiſtratus nominauerint, an fideiuſſerint, an periculum in ſe receperint. Vtilis actio in ordinem quoque dabitur, At non in corpus ipſum, vt ita dicam, ordinis, ſed in eos tantùm qui ex ordine præſentes fuerunt *d.l.i. De magiſtr. conuen.* Etſi enim quod ordo fecit abſentibus nonnullis perinde ratum eſt ac ſi ab omnibus factum eſſet, Non ideo tamen quod à maiori parte factum eſt, vſque adeò ab omnibus factum videri debet, vt præſentium culpa poſſit abſentibus imputari. Semper namque verum eſt perſonam huius & illius eſſe quæ deliquit, non etiam ordinem vniuerſum. Sed an fideiuſſores magiſtratuum æquè ac magiſtratus ipſi ſubſidiaria iſta actione tenebuntur? Minimè. Hi enim rempublicam ſaluã fore promittunt, non rem pupilli. Proinde nec nominatores magiſtratuum ex hac cauſa tenebuntur, ſed ſoli magiſtratus, vt diſertè Vlpianus ſcribit in *d.l.i.* quia numquam debet obligationis poteſtas extẽdi vltra quàm voluerit obligari is, qui non niſi in certum caſum & certa de cauſa ſe obligauit *l. non omnis* 11. *D. ſi cert. petat. l. centum Capua* 8. *verſic. nec oportebit* D. *de eo quod cert. loc.* Simile eſt quod idem Vlpianus ſcribit in *dict. l.i. §. vlt.* Si filiusfamilias fuit magiſtratus, & cauerì pupillo non curauerit, aut non idoneè cautum ſit culpa eius, dandam eſſe actionem de peculio in patrem, ſiue voluntate eius filius decurio factus ſit, ſiue non. Nam etſi voluntate patris magiſtratum adminiſtrauit, attamen non oportere patrem vltrà quàm de peculio conueniri: Quaſi rem pupilli ſaluam fore promittat, qui dat voluntatem, vt filius decurio creetur. Sic enim lego *rem pupilli* pro eo quod vulgò legitur *rem publicam*, vt hæc ratio ſimilis ſit ei quæ ponitur in *princip. dict. l.i.* in illis verbis *hi enim rem publicam ſaluam fore promittunt non pupilli.* Quod non intelligens interpres quidam qui cum cæteris legebat *rempublicam* addidit dictionem *ſolam*, quæ in *pandect. Florent.* intercluſa eſt lineis tanquam irreptitia. Errori verò cauſam illud dedit, quod putarunt iis verbis *quaſi rempublicam ſaluam fore promittat qui dat vo-*

d.l.i. in pri. De magiſtr. conuen.

d.l.i. vlt. D. de magiſt. conuen.

Emendatus Vlpianus.

d at voluntatem vt filius decurio crearetur rationem contineri propter quam dicendum sit patrem non teneri in solidum, quomodo & ab eodem Vlp. expressa est in *l.3.§.vlt.* D. *de pecul.* in illis postremis verbis *quoniam rempublicam saluam fore pater obstrictus est.* Quod tamen ab Vlpiani sensu alienum est. Voluit enim ille potiùs exprimere rationem qua moueri deberet, quisquis vellet dicere patrem hoc casu in sõlidum posse conueniri: Eum namque necesse esset præsupponere, patrem qui consensit vt filius decurio crearetur hoc ipso promisisse rem pupilli saluam fore, quod certè absurdum esset dicere. Qui enim sic consensit, non cogitauit de re pupilli, sed tãtùm de republica, saluã eã fore. Tractat enim filius decurio rempublicam principaliter, rem verò pupilli non nisi per cõsequentias. Ideóque non ita scripsit Vlp. *quia rempublicam*, sed *quasi rempublicam*, vt esset ratio dubitationis potiùs quàm decisionis. Contra quàm in *d.l.3.§.vlt.* *l.3.§.vlt.D. de pecul.*

De non conueniendis magistratibus quibus nihil imputari potest.

EX eo tamen quod hæc actio quæ in magistratus datur non nisi subsidiaria est, & consequenter competens ex sola æquitate, vt & subsidiariæ omnes actiones, intelligimus non contra alios magistratus competere, quàm quibus aliqua culpa imputari possit, Ne alioqui iniquum incipiat fieri beneficium quod ex sola æquitate introductum est. Etsi enim omni casu æquum esset consuli pupillo ne quid ei abesset, æquius tamen est in damno morari pupillum si alia ratione indemnis seruari non possit, quàm indemnitatem ei tribui ex iniuria & damno alterius qui nullius culpæ sit reus *arg.l sed cùm ab herede* 12. *D. ad SC. Trebell.* Ideóque si præses prouinciæ voluit magistratus tantùm denunciare sibi de facultatibus tutorum, vt ipse daret, Diuus Marcus rescripsit non perinde teneri magistratus, atque si ipsi dedissent tutores: quod omnino sic accipiendum est etiamsi falsum præsidi renunciauerint (cur enim posset dubitari an tenerentur si verum renunciassent?) Sed hoc ita si nihil dolo malo fecerint. Nam si deceperint gratia fortè aut pecunia falsa renunciantes, vtique tenebuntur, cùm sint plus quàm in culpa qui sunt etiam in dolo *d.l.1.§.si præses D. de magistr. conueniend.* At cur non tenentur cùm falsum per culpam renunciauerunt licèt careant dolo? Nimirum quia potuerat præses aliunde rescire quid esset in facultatibus tutorum, si diligentiæ suæ partes exactiùs interponere voluisset: nec tam ex culpa magistratuum quàm ex culpa ipsius præsidis damnum pupillus patitur, cùm non debuerit præses soli magistratuum relationi tantopere fidere in re quam habebat suspectam cùm tutores ipse dare vellet. Non idem est cùm ex mandato præsidis magistratus municipales tutorem dederunt aut satisdationem exegerunt *d.§.si præses in fin.* quia his casibus, siue non idoneos tutores dederint, siue non idoneos fideiussores acceperint, factum eorum tale est quod immediatè damnum irrogat pupillo. Nec enim alius tutor ei dari potest cui iam magistratus ex mandato præsidis dederunt, neque adigendus ad nouos fideiussores dandos tutor, qui eos dedit quos magistratus pro idoneis acceperunt. Aliud est si præses quidem tutores, vel curatores minùs idoneos dederit, sed vel ex suggestu magistratus municipalis, vel nominibus ab eo acceptis. Tũc enim magistratũ teneri oportet, sicut et si remiserit præses ad magistratũ, vt vel ipse tutorẽ det, vel post dationẽ vt exigat satisdationẽ *d.l.1.§.si curatores.* At quid si præses prouinciæ nominib⁹ *d.l.1.§.si præses D. de mag. conuen.* *d.l.1.§.si curatores.*

ab alio acceptis ad magistratus municipales remiserit, vt se de nominibus instruãt,& deinde instructus dederit tutores? An exemplo eorum qui prætorem instruũnt debeant magistratus teneri? Quæstionem hanc proponit Vlpianus in *d.l.1.§.si præses* 2. Et quamuis primùm respondeat vtique interesse vtrum ipsi magistratus nomina elegerint,& electa dederint præsidi, an in ea quæ ab alio præses accepit,inquisierint,propterea quòd priore casu magis sit quod eis possit imputari,quàm posteriore,Concludit tamen,*vtroque casu sic teneri si dolo,vel lata culpa versati sunt.* Sic enim lego non vt vulgo *quasi dolo.* Facilè namque fieri potest,vt eorum neque dolus vllus, neque lata culpa interuenerit,eo præsertim casu quo non dederint ipsi nomina,sed in ea tantùm quæ ab alio data sunt inquisierint. Non ergo æquum est indistinctè illos teneri,sed eo tantùm casu quo probentur in dolo fuisse, vel in lata culpa. Quæ adiectio nec permittenda est in alia illa specie in qua proximè diximus teneri magistratibus,qui falsum renunciarunt præsidi de facultatibus tutorum si dolo id fecerint,Addẽdum enim est,*aut si sint in lata culpa*,quomodo in *§.magistratibus eiusd.leg.* scriptum est *ita demum tenentur si moniti non dederint.* Quid rursum si omnino tutor, vel curator datus non sit, hoc est, neque non idoneus? An magistratibus aliquid imputabitur,vt eo nomine teneantur? Distinguendum est an moniti fuerint vt darent,an non,Priore casu tenentur, quia non darent culpa, & quidem lata, qui moniti non dederunt,cùm scire debuerint ad officium suum id pertinere,Posteriore verò non tenentur, quia nec si voluissent poterant olim tutores dare nisi moniti, aut potiùs iussi à præsidibus, & quidem eo solo casu quo non essent magnæ pupilli facultates vt Iustinianus refert in *§.sed hoc iure Instit.de Attil. tutor.* vbi addit à se primùm fuisse constitutum abrogato iure vetere vt non expectata iussione præsidum si facultates pupilli, vel adulti vsque ad quingentos solidos valeant defensores ciuitatum vnà cum ipso ciuitatis antistite tutores creare possint *l.sancimus in curationibus 30.C. de epiſco.aud.* Post quam constitutionem mansit quidem ius idem quod olim obtinebat si pupilli, vel adulti facultates quingentos solidos excedant, cùm eo casu nihil innouatum sit,sed intra eam summam constitutis facultatibus desiit locus esse illi distinctioni quæ fuit iuris veteris. Cur enim desiderabunt,aut expectabunt,vt moneantur ij qui monitione nulla indigent,eámq; propria autoritate anteuertere possent? Aliqua tamen distinctio adhuc circa eos adhibenda erit,an scilicet requisiti sint de tutore,vel curatore dando, siue ab agnatis cognatísve pupilli, siue quod hodie frequentius est à procuratore Principis aut qui locum eius in eo loco teneat,in quo petendus est tutor, quẽ vulgo procuratorem officij & iurisdictionis appellamus,ad quem maximè pupillorum & adultorum tuitio curáque pertinere existimatur. Quid enim possis ei imputare qui tutorem non dedit, quamuis dandi ius habuerit, si de eo numquam fuerit requisitus? Damnum igitur quod interim passus erit pupillus vel adultus, id est ante requisitionem, ad eos magistratus non pertinebit, vt nec olim pertinebat illud quod inciderat ante monitionem. Sed quod medio tempore post monitionem,aut interpellationem,ad eos sanè pertinebit, qui munere,siue mandato, siue requisito negligentes fuerunt. Quæ sententia & ratio est Vlpiani in *d.l.1.§.magistratibus eod.tit.De magistr.conuen.* Quòd si magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos, vt erant olim plerumque annui,vel si satisdationem data opera traxerint, quoad successores

d.l.1.§ magistratibus.

§.sed hoc iure infr. de Attil.tutor.

l.sancimus 30.C. de epiſc.aud.

succeſſores accipiãt,id eſt,quoadusque iis in munere succedatur nihil eis proderit,tantóque magis æquum erit teneri eos cùm hæc negligentia non solùm latam culpam, ſed etiam dolum admixtum habere videatur §.*sciendum d.l.1.* Quem locum sanè accipiunt malè qui intelligunt de heredibus magiſtratus, citantes in eam rem *l.2.C.eo.tit.* quę ait,In heredes magiſtratus cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non eſt non solere actionem dari. Loquitur enim Vlpianus non de heredibus,ſed de ſucceſſoribus in officio & magiſtratu,quod apertiſſimum eſt. Quid verò ſi inter magiſtratus hoc conuenerit, vt alterius tantùm periculo tutores dentur?Diuus Hadrianus reſcripſit conuẽtionem pupillo non præiũdicare : Conuentione enim duumuirorum non magis quàm aliorum quorumlibet priuatorum ius publicum mutari non poſſe *d.l.1.§.ſi inter l.ius publicum* 38.*d.inter debitorem* 42. D. *de pact.* Subiungit tamen Vlpianus in *dict.§.ſi inter*, prius conueniendum eſſe eum qui hoc onus ſuſcipere voluit , vt etiam ſolus conueniretur, deinde excuſſis eius facultatibus,tunc veniendum ad collegam,quemadmodum,inquit,ſi ſolus ille dediſſet diceremus priùs eum deinde collegam adgrediendum. At quid ſi magiſtratus ab initio tutorem idoneum dederit, nec tamen ab eo ſatis exegerit? Non ſufficit *d.l.1.§.ſi magiſtratus.* Etſi enim videtur extra culpam eſſe magiſtratus,qui nullam ſatiſdationem exegit ab eo quem ſciebat idoneum eſſe,cogitare tamen debuit & præuidere futuros caſus,id eſt fieri poſſe vt priùs laberetur hic tutor facultatibus, quàm reddere tutelam deberet. Idcóque ſi id eueniat vt tutor non ſit idoneus eo tempore quo tutelæ agi poteſt,magiſtratus tenetur,qui non teneretur ſi tutor eo tempore idoneus reperiretur *d.§. ſi magiſtratus verſ.ſed & ſi ſatis l.penult.* C.*eod.l.tutores* 5.*in fin.* D.*de confir.tutor.* Nec tantùm tutor ipſe hoc caſu tenebitur ſi tutor non ſit ſoluendo tempore reddendæ rationis,ſed etiam ipſius heres,poſtquàm placuit tàm Imperatoribus quàm prudentibus ipſis actionem iſtam ſubſidiariam ſicut heredibus pupilli,ita & in heredes magiſtratuum dari *§.ſciendum Inſtit.de ſatiſd.tutor.* iunct. *d.l.1.§. non tantum* D.*de magiſtr.conuen.* Paullo tamen initiùs agitur cum herede magiſtratus, quàm cum magiſtratu ipſo. Heres enim non aliter tenetur,quàm ſi tanta magiſtratus negligentia , támque lata ipſius culpa interuenerit,vt meritò videri poſſit magiſtratus habendus eſſe loco fideiuſſoris quod non euenit niſi cùm vel omnino nullos fideiuſſores magiſtratus accepit, vel eos accepit qui euidenter eſſent minùs idonei ,ob idque reſcripſit Diuus Pius non niſi cauſa cognita in heredem magiſtratus dandam eſſe huiuſmodi actionem,vt idem Vlp.refert in *l.quod ad heredem 6.eod.* Sed magiſtratus ipſe tenetur,quoties minùs idoneum fideiuſſorem accepit, licèt eum acceperit qui eo tempore idoneus eſſe credebatur. Plus enim ſpectari debet quod in veritate fuit , quàm quod in opinione.Namcùm pupillus ipſe aut etiam adultus proſpicere ſibi diligenter non poſſit per ætatem ,à quo poteſt auxilium ſuum expectare niſi à legibus? A quo autem leges diligentiam exigere niſi à magiſtratu? qui viuæ legis officio fungi creditur.Planè ſi magiſtratus ſatis exegerit & idoneos tutorum fideiuſſores acceperit,quamuis poſtea lapſi ſint facultatibus tutores,vel fideiuſſores,nihil erit quod ei qui dedit,imputetur.Non enim debent magiſtratus futuros caſus,& fortunam,id eſt dubium rerum euentum pupillo præſtare, Ne alioqui dum pupillis conſulere volumus iniuriam magiſtratibus faciamus, quibus non debet ſanè officium ſuum eſſe damnoſum

d.l.1. ſciendum D. *de magiſtr.conuen.*

l.2. C. eod.

d.l.1.§.ſi inter.

d.l.1.§.ſi magiſtratus l. pen.C. eod. l.5.in fin.D. de confir. tut.

d.l.1.§. non tantum.

l.quodadhe dem 6.eod.

d.§ si magistratus & d.l.quod ad heredem, l.1.C.eod.

si careant culpa *l.videlicet* 28.D.*ex quib.caus. maior. d.§. si magistratus eo d.l. quod ad heredem.* Cui conuenit quod scriptum est in *d.l.*2.*C.eod.*in heredem magistratus non solere actionem quibus dari si non lata culpa magistratus interuenerit, vt intelligamus adhibendam quidem eam distinctionem cùm de magistratuũ heredibus tractatur,at nõ similiter si de ipsis magistratibus, quos sufficit esse in qualiquali culpa,id est quos penitus inculpatos esse necesse est, vt non teneantur.Estque hic vnus ex iis casibus in quibus melioris conditionis est heres quàm fuerit defunctus.Nã cùm defunctus non teneretur nisi propter magistratum, magistratus autem non transeat ad heredem, neque illud æquum est transire in eum actionem quæ in ipsum magistratum competebat,Nisi tanta fuerit magistratus negligentia, vt videatur ille vltrò fideiussisse pro tutoribus, vel curatoribus à quibus idoneos fideiussores exigere debuit, nec exegit vllos,aut exegit quidem,sed eos qui euidenter & publica voce, non

d.l.quod ad heredem.

idonei erant *d.l.quod ad heredem,* Vbi eleganter Vlpianus ait heredem magistratus teneri hoc casu non tam quasi heredem magistratus,quàm quasi heredem fideiussoris, vt quemadmodum quasi deliquisse videtur magistratus, qui fuit in tam lata culpa licèt caruerit dolo,Ita & videatur quasi contraxisse quasi fideiubendo,hoc ipso quod quasi deliquit,in non petendo idoneo fideiussore cuius exigendi necessitatem sciebat, aut scire debebat sibi incumbere ex officio magistratus. Idque est quod idem Vlpianus tractat apertiùs in *l.*4.*eod.*

d.l.4.eod

Non similiter heredes magistratuum teneri,vt ipsi magistratus tenẽtur. Nam nec heres magistratus,nec heres tutoris negligentiæ nomine tenetur, Eadem ratione quod sicut magistratus nõ transit in heredem,ita nec tutelæ:& quemadmodum heredi tutoris aut magistratus propria negligentia imputari nulla

d.4.§. 1.de fideiuss. & nomin. tut. l.1.C.de hered.tut,

potest,cùm neq; tutor ipse sit,neque magistratus *l.*4 §.1.*D.de fideiuss:& nominat.tutor.* ita neque negligentia defuncti si non ea sit, quæ latæ culpæ comparari possit nisi vel contra tutorem lis inchoata sit, vel ex damno pupilli lucrum captatum, aut etiam gratia præstitum sit vt scriptum est in *l.*1.*C.de hered.tutor.* vbi malè Cuiacius expungit negationem *lib.*13.*obser.cap.*39. vt ostendimus *lib.*1.*Coniect.cap.*12. At tutor ipse itémque magistratus præstare debet omne periculum quod modò accidat per aliquam ipsius,siue culpam,siue negligentiam, quia tutor ipse,aut magistratus est.Heres verò ipsius dolo tãtùm proximæ culpæ succedaneus est, Culpæ inquam non suæ vt Cuiacius malè interpretatur,sed ipsius tutoris scilicet,vel magistratus *d.l.*1.*& d.l.quod ad heredem.* Plerumque igitur facti quæstio incidit, An idonei fuerint fideiussores eo tempore quo fuerunt accepti, At numquam illa, Verum ab initio fuerint idonei tutores,cùm,vt diximus,ea res nihil prosit ad exonerandum magistratum si non præterea acceperit idoneos fideiussores *d.l.quod ad heredem & d.l.*1.*§.si magistratus.* Cùm autem facti quæstio illa emergit, probatio non pupillo incumbit,vt doceat fideiussores soluendo non fuisse, cùm acciperentur,sed magistratibus,vt doceant eos soluendo fuisse *d.l.*1.*§. probatio*, Nempe quoniam eorum officium fuit prouidere, vt pupillo caueretur *l. non est necesse* 11.D.*de probat.* nec proinde aliter possunt exonerari, quàm si probent à se factum esse id quod ex officio facere debuerunt, licèt pupillus ipse actor sit, & dici soleat incumbere actori onus probandi *vulgat.iurib.* An verò eo casu quo actionem in magistratum habere pupillus potest,etiam priuilegium ei dabimus in bonis magistratus quod habet in bonis tutoris,si forte magistratus non

d.l.1.§.si probatio.

tus non sit soluendo, eiúsque bona vendi oporteat? Habet enim priuilegium pupillus non tantùm in bonis tutoris, sed etiam protutoris vt omnibus creditoribus chirographarijs præferatur *l. dubiúmúsq; 19. §. 1. D. de reb. autor. iud. possid. l. ex pluribus 42. D. de admin. tutor.* Sed nõ est æquum vt hoc priuilegium habeat in bonis magistratus, non quod priuilegia & plura singularia non sint multiplicanda circa eandem rem eandémque personam vt vulgo nostri iactitant ex *l. C. de dot. promiss.* nec quod promptius subueniendum sit pupillo contra tutorem qui propter pupillum specialiter datur, quàm contra magistratum, qui non specialiter tenetur propter ipsum pupillum, sed propter rempublicam, vt Bart. putat, sed quia cùm actio hæc subsidiaria sit, non debet pupillus extra ordinẽ ita iuuari vt nouũ beneficium ei cum alterius iniuria concedatur *l. sed cũ ab herede 12. D. ad SC. Treb.* Satis ergo ei esse debet quod cum cæteris creditoribus non priuilegiariis partem habiturus sit, quam alioqui habere summo iure nullam deberet. Eadémque ratio facit vt si filiusfamilias fuit magistratus & pupillo caueri non curauerit, aut non idoneè cautum sit culpa eius, in patrem tamen actio numquam danda sit vltrà quàm de peculio, etiamsi voluntate patris filius decurio creatus sit & magistratum administrauerit, cùm non ideò pater rem pupilli saluam fore promisisse videatur, sed rem duntaxat publicam. *d. l. 1. §. vlt. De magistr. conuen.* de cuius sententia & interpretatione & emendatione iam suprà diximus. Beneficium enim quod pupillo ex æquitate accommodatur vt actionem istam subsidiariam habeat in magistratum, porrigeretur ad iniuriam patris si faceret vt in solidum teneretur pater cui nihil imputari posset. Hoc verò iniquum esset, quia generale est vt beneficium alicui concessum ad alienam iniuriam porrigi numquam oporteat *l. impuberi 40. D. de admin. tutor. l. cum filiusfamilias 28. D. de testam. milit. l. Paulus notat 8. D. de prætor. stipulat.*

l. dubiúmúsque 19. §. 1. De reb. aut. iud. possid. l. ex pluribus 42. De admin. tut.

d. l. 1. §. vlt. de magistr. conuen.

ILLATIO XLVI.

De actione danda in eum qui fuit electus vt tutorum satisdationes æstimaret.

QVadragesimosextò ex eodem Principio fit, vt etiam in eum qui electus est ad æstimandas tutorum satisdationes actio pupillo detur *d. l. 1. §. Dinus Hadrianus D. de magistr. conuen.* vbi tamen refert Vlp. inductum hoc esse ex rescripto Diui Hadriani, quod vtique fuit necessarium vt pupillo magis consultum esset, non sufficiente nimirum autoritate prudentum, quæ actionem illam in magistratus subsidiariam induxerat, cùm his non sit magistratus. Et tamen nemo non videt præcipuam esse ipsius culpam & dignam quæ ista actione vindicetur si non idoneos fideiussores admiserit, cùm esset electus ad hoc ipsum vt oblatas tutorum satisdationes æstimaret, viderétque an idoneæ essent necne: Fuit igitur æquissimum Hadriani rescriptum, ne quid pupillo abesset si fortè à fideiussoribus plenã indemnitatem consequi non posset. Verùm hoc ita semper accipiendum est si non ab initio fuerint idoneæ satisdationes. Nam quod in magistratuum personis ex Vlpiano diximus admittendum esse vt futuros casus & fortunam præstare pupillo nõ debeant *d. l. 1. §. si magistratus*, idẽ multò magis in huius electi persona obtinere debet, qui non est magistratus.

d. l. 1. §. Dinus Hadrianus De magist. conuen.

Digitized by Google

ILLATIO XLVII.

De stipulatione, Rem pupilli saluam fore etiam à magistratu pro pupillo interponenda.

QVadragesimoseptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis regulare sit ne quis alteri stipulari possit, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri D. de verb. oblig.* Si tamen pupillus vel absens sit vel fari nequeat, nec seruum proprium habeat qui stipuletur Rē pupilli saluam fore, non solùm seruus publicus stipulari debeat tam à tutoribus quàm à fideiussoribus eorum, sed etiam magistratus ipse velut pupilli nomine eiusmodi stipulationem interponere possit & debeat *d. l. 1. §. exigere D. de magistr. conuen.* vbi addit Vlp. quoties seruus publicus vel ipse magistratus stipulatur dãdam esse pupillo vtilem actionem ex ea stipulatione, Cuius idem effectus erit, qui esset directæ si pupillus ipse stipulatus fuisset, quo modo stipulari & potuisset, & debuisset si præsens fuisset, loquique didicisset *l. 2. 3. 4. & 6. D. rem pupill. salu. for.* Dices, non fuisse verendum vt quid pupillo adesset etiamsi nihil aut ipse aut alius ipsius nomine à tutoribus stipulatus fuisset, cùm parata esset in eos actio tutelæ. Verùm respondendum est strictius esse & potentius vinculum stipulationis ad obligandos tutores, ideóque interesse pupilli vt eos habeat obligatos ex stipulatione. Nec enim perit priuilegiũ tutelæ per eiusmodi stipulationem si non nouandi animo post pubertatem interponatur *l. aliam* 29. *D. de nouat.* iunct. *l. si pupillus* 9. *eod.* Deinde necessariam esse stipulationem propter tutoris fideiussores, qui non possunt teneri nisi ex stipulatione *l. blandinus* 12. *C. de fideiuss.* Vnde etiam fit quod est valde singulare, vt si tutor qui fideiussorem dedit omnino tutelam non attigerit, nihilque gesserit, licèt vtili actione tutelæ conueniri possit quia suo periculo cessauit, ex stipulatione tamen neque ipse neque fideiussores eius teneantur, ideóque compellendus sit ad administrationem propterea vt stipulatione quoque ista possit teneri, quemadmodum eleganter Vlp. tractat in *d. l. 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.* Et nos de eo alibi scripsimus.

d. l. 1. §. exigere.

l. 2. 3. 4. & 6. D. rem pupil. salu. for.

l. aliam 29. l. si pupillus 9. eod.

d. l. 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.

ILLATIO XLVIII.

De securitate magistratuum postquàm pupillo satisfactum est.

l. 2. D. de magist. conuen.

QVadragesimooctauò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l. 2. De magistr. conuen.* subsidiariam istam actionem quæ in magistratus comparata est tam ex prudentum autoritate quàm ex Imperatorum constitutionibus desinere locum habere posse statim atque pupillo satisfactum est, ideóque nec pupillum posse ad magistratum redire, nec tutorem: cùm tutor numquam aduersus magistratus habeat actionem. Itaque cùm in ea specie proponeretur duos tutores à magistratibus municipalibus datos, cautione nulla exacta, eorũque alterum inopem decessisse, alterum in solidum conuentum satis pupillo feciisse, & quæreretur an tutor iste aduersus magistratum municipalem habere posset aliquam actionem, cùm sciret à contutore suo non satis exactũ esse, Respondet Vlp. nullam habere posse: Senatusconsultum enim, inquit, pupillo subuenit: hoc est soli pupillo cui prospiciẽdum erat ne quid ei abesset, nõ etiam tutori, qui ipse sibi prospicere vtique & potest & debet. Quæ Vlp. verba notanda sunt vt appareat actionem hanc subsidiariam non tantùm ex prudẽtum

tum autoritate & Imperatorum conſtitutionibus ſed etiam ex Senatuſconſul to deſcendere,licèt hoc Iuſtinianus non addiderit in *§.penult.Inſt.de ſatiſd.tu-tor.*quod Senatuſconſultum autore Traiano factum eſſe teſtantur Imperatores in *l.pen.C.eod.*Addit Vlp.ex abundanti præſertim cùm ſit quod tutori impute tur quare ſatis à contutore non exegerit vel ſuſpectum eum non fecerit,ſi ſcie bat magiſtratibus cum non cauiſſe.Pugnare tamen videtur quod ſtatim ſub-iungitur in *l.ſeq ex Iuliano*,ſi tutor ab hac parte culpa vacet,non eſſe iniquum aduerſus magiſtratus actionem ei dãri.Nam cùm ratio illa Vlpiani vltima de ſumpta ex culpa contutoris non ſit adſcripta niſi ex abundanti,vt diximus,non poteſt ex ea ceſſante argumentum ſumi ad ius contrarium inducendum.Alio-qui quomodo verum erit quod in *l.præced.*Vlp.tam generaliter & precisè ſcri bit iis verbis *Cùm numquam tutor aduerſus magiſtratus habeat actionem.*Et verò quænam ratio excogitari poteſt,aut potiùs quænam neceſſitas ne dicam æqui tas dandæ tutori actionis contra magiſtratum,ob hoc ſolùm quod à contuto-re non ſatis exegerit?Fateor poſſe eam rem dare actionem pupillo in magiſtra tus,quia quod ſæpiſſimè reſponſum & reſcriptum eſt,quandiu vel vnus ex tu toribus idoneus eſt,non poſſe ad magiſtratus qui tutores dederunt veniri , ſic accipiendum eſt ſi non ob hoc contutor conueniatur, quod ſuſpectum facere contutorem vel ſatis exigere noluit *l.1.§.vſque adeò D.de tutel. & ration. diſtr.* quod nos ſuo loco ſupra explicauimus:hoc eſt ſi vnus ex tutoribus idcirco in ſolidum conueniatur,quod ſimul cum contutore adminiſtrauerit ita vt admi-niſtrationis partes diſcerni non poſſint(hoc enim eſt quod ait *l.4.*ibi *ad quo-rum periculum conſortium adminiſtrationis ſpectat C.de magiſtr.conuen.*) Sed nõ idcò poſſit quis colore aliquo dicere dandam tutori actionem in magiſtratũ, Alioqui ſemper conueniendus eſſet magiſtratus ante contutorem,Eo quidem caſu quo tutor alius ex culpa ſua conueniretur quòd contutorem ſuſpectum fa cere,aut ab eo ſatis exigere ſuperſediſſet,quia & prior & maior culpa eſt magi ſtratus qui non ſatis idoneè à ſingulis tutoribus exegit *d.§.vſque adeò*,Eo autẽ caſu quo nulla contutoris culpa eſſet,quia vitandus eſt circuitus, cùm nihil in-terſit magiſtratus vt ante contutorem conueniatur ſi omnimodo certum eſt in eum recaſurum periculum adminiſtrationis pro perſona contutoris,qui nõ ſit ſoluendo.Quid enim aut pupilli aut magiſtratus referre poteſt vt contutor primus conueniatur ſi æquê futurum eſt vt eidem contutori poſtmodum præ ſtanda ſit indemnitas à magiſtratu per ſubſidiariam iſtam actionem? Itaque vt dicam quod ſentio,non puto poſſe defendi quod ſcriptum eſt in *d.l.3.* Si tu tor culpa vacet non eſſe iniquum dari ei actionem in magiſtratum,Sed proba bilius exiſtimo vel non ſatis bene perceptam & accommodatam ad Vlpianũ fuiſſe à Triboniano Iuliani ſententiam,vel aliter Iulianum ſcripſiſſe, itémque Tribonianum ex Iuliano,quàm vulgata lectio habeat , Quæ idcò ſic iudicio meo reſtituenda eſt vt legamus *nonne erit iniquum*,per interrogationem ſcili-cet vt in *l.ventre* 84.*D.de acq.her.*quaſi dicat Iulianus,Etiamſi cõtutor ab hac parte culpa vacet,adhuc tamen eſſe iniquũ vt aliqua ei in magiſtratũ actio de tur:Nemo enim ideò teneri poteſt præſertim ſubſidiaria & extraordinaria ac-tione quod alij culpa aliqua imputari poſſit vel non poſſit.Verumenimuerò cũ dicta lex 3.ſumpta ſit ex Iuliani libro viceſimoprimo Digeſtorũ ex quo etiã videõ deſumptã *l.duo tutores* 5.*eo.tit.*facilè mihi perſuadeo,aptãdã eſſe legẽ 3.ad ſpeciẽ dictæ *leg.*5.non ad ſpeciẽ illam prorſus diuerſam ab Vlpiano tractatam

l.pen.C. eo.
§.pen. Inſt. de ſatiſd.tutor.
l.3.& d.l.2. De magiſtr. conuen.
l.1.§. vſque adeò De tut. & rat.diſt.
l.4 C.de magiſt.conuen.
Triboniani ſmus apud Iulianum in d.l.3. Emendatio d.l.3.
l. duo tutores 5.eod.

in *d.l.*2.Idque sanè ita esse mecum fatebitur quisquis speciem & sententiam *d. l.*5.conferet cũ verbis & sentẽtia *d.l.*3.Eritque hoc ni fallor insigne ac perillustre exemplum inscitiæ Triboniani in responsis prudentum componendis, ex quo poterit coniectura capi quàm multa sint alia huiusmodi in Pandectis, quorum nulla explicatio satis apta afferri possit dum plures leges ex diuersis quidem Iureconsultis aut eiusdem Iureconsulti libris depromptas sic accipimus ob earum coniunctionem,quasi & ab vno ore,profectæ sint,& vnico cõ textu exaratæ. Duo tutores partiti fuerant inter se administrationem tutelæ, Alter sine herede decesserat,superstite contutore qui erat soluendo.Quærebatur an in magistratum qui non curasset vt caueretur,an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet.Respondit Iulianus in *dict.l.*5.æquius esse vt in alterum tutorem detur quàm in magistratum. Debuisse enim illum cùm sciret pupillo cautum non esse vniuersa negotia curare,& in ea parte quam alteri tutori commisisset,similem esse ei qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset.Nam etsi aliquam partem,inquit,negotiorum pupilli administrauit tenetur etiam ob rem quam non gessit, cùm gerere deberet.Quibus verbis apertè profitetur Iulianus non alia ratione contutorem hunc conueniendum esse potiùs quàm magistratum,quàm quod ei possit culpa imputari,vel cur non suspectum fecerit contutorem, vel non satis ab eo exegerit,aut cur non potiùs ipse vniuersam rem pupillarem curauerit,cùm sciret pupillo cautum non esse vt lex præsupponit. Quid ergo si id ignorauerit ? aut iustam aliquam causam habuerit existimandi satis pupillo cautum esse ? Hoc nimirum casu cessant rationes omnes Iuliani, quem ideò credendum non est vel casum hunc prætermisisse, vel in eo quoque in quo tã diuersa ratio esset idem ius constituisse.Subiiciamus ergo verba dictæ legis 3. ad finem legis quintæ,Et tunc apparebit verissimè & aptissimè scriptum fuisse à Iuliano ipsissimis iis verbis *quòd si tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum aduersus magistratum actionem ei dari*:Cui verò?An tutori ? Minimè, sed pupillo.Nec enim Iulianus quæstionem sic conceperat, Vtrum tutori in magistratum actio dari deberet,de quo nec quicquam est in tota illa Iuliani lege,sed,An in magistratum qui non curasset vt caueretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet.Nec verius quicquam meo iudicio, vel apertiùs dici potest,Tribonianum fefellit vt crediderit parum referre an ea Iuliani adiectio poneretur post legem 3.an post l.5.quod in vtriusque legis specie tractabatur de contutore cui culpa poterat imputari,ex eo quod sciebat contutorem suum non satis idoneè pupillo cauisse.Sed obseruare debuerat longè aliam esse quæstionem quæ apud Vlpian.in *dict.l.*2.tractatur,aliam verò quæ apud Iulianum in *dict. l.*5. Apud Vlpianum quærebatur an tutor aduersus magistratum agere posset,Apud Iulianum verò,an pupillus.Proinde quod ex Iuliano scriptum legimus in *dict. l.*3. in magistratum actionem *ei* dandam esse non de tutore accipi debẽt quomodo accipiendum esset necessariò,si essent ea verba ex eodem Vlpiani contextu, sed de pupillo de quo Iulianus loquebatur.

Inscitia Tribonani in prudentum legibus coniungendis.

Coniungendam fuisse legem 3. cum l.5. non cum l.2.

ILLATIO XLIX.

De actione pupillo non nisi in viriles danda si plures sint magistratus.

QVadragesimononò ex eodem Principio fit, vt si plures magistratus simul tutorem dederint, nec cautionem saltem idoneam exegerint, non sit optio eius qui pupillus fuit cum quo potissimum agat, sed contentus esse debeat, quod pro portione in quemque eorum actionem habere possit dummodo ei res salua sit, id est vtroque existente soluendo *l. in magistratus 7. eod. tit. D. de magistr. conuen. l. 3. C. eod.* Nimirum si nihil dolo malo fecerint magistratus, Alioqui pupillo danda in solidum actio est in quem velit ex magistratibus vt eadem lex 7. ait, Quia licèt actio ista subsidiaria non sit comparata nisi ex necessitate & æquitate hactenus ne pupillo quicquam absit, dolo tamen interueniente, nulla opus est actione subsidiaria cùm si ea non esset actio de dolo sufficeret quæ denegari non posset pupillo dolũ & damnum passo. At quia ipsa quoque de dolo actio non nisi subsidiaria est, nec competit quandiu alia etiam extra ordinem dari potest, quæ non sit famosa *l 1. §. ait prætor & §. idem Pompon. refert D. de dolo*, perinde quidem vtilis est actio hæc subsidiaria in magistratus dolosos acsi esset necessaria, Verum cum hac distinctione & accessione, quod magistratus per eam conuenti non debent habere beneficium diuisionis, quod alioquin haberent exemplo fideiussorum. Nam cùm illud beneficium totum sit ex æquitate, quis æquum putet vt iis qui dolum admiserunt faueatur? *l. penult. in fin. D. ad SC. Trebell.* Qui enim diuisionis beneficium prætendit is excipit periculi societatem *l. si plures 38. D. de adm. & peric. tutor.* societas porrò doli & delicti nulla est nec esse potest *l. 1. §. nunc tractemus vers. plane si ex dolo D. de tutel. & rat. distr.*

l. in magistratus 7. eod. tit. De magistr. conuen. l. 3. C. eod.

l. pen. in fin. ad SC. Trebell.

ILLATIO L.

De vno ex pluribus curatoribus interdum etiam in solidum conueniendo.

QVinquagesimò ex eodem Principio fit, quod scribit Modestinus in *l. magistratus 8. eod. tit. De magistr. conuen.* si magistratus à curatoribus adulti cautionem exegerint, Rem pupilli saluam fore, & ex his alter sine herede decesserit, indemnitatem ei à collega in solidum præstandam esse. Ne alioqui pupillus in damno moretur, cùm actionem in magistratum hoc casu nullam habere possit. Ponimus siquidem magistratum exacta cautione idonea officio suo functum esse. Posset tamen adultus agere contra fideiussores illius, qui sine herede decessit, secundum Papiniani sententiam in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. D. de solut.* vbi scriptum est, Quoties debitor sine herede decessit licèt hoc ipso sublata principalis obligatio videatur, quæ sine persona consistere non potest *l. 1. C. de oblig. & act.* fideiussores tamen ab eo datos vtili actione ex stipulatu, teneri. Sed ea res non potest collegæ prodesse ne in solidũ teneatur, quia is demum contutor beneficium diuisionis habet qui contutorem habèt idoneum, non ille cuius contutor sit non soluendo quamuis idoneos habeat fideiussores. Nam inter eos demum diuiditur obligatio, qui & ex eadem causa obligati sunt, & omnes sunt soluendo tempore litis contestatę *l. inter eos 51. D. de fideiussor.* Fideiussores autem ab eo dati qui soluendo non est, licèt in-

l. magistratus 8. D. de magist. conuen.

l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. D. de solut. l. 1. C. de obl. & act.

l. inter eos 51. D. de fid.

Digitized by Google

demnitatem creditori præstare possint,non faciunt tamen vt eo minùs verum sit contutorem soluendo non esse,Ergo nec facient vt collega qui in solidum conuenitur possit habere beneficium diuisionis,Non magis quàm si fideiussores nullos haberet.Dubitandi tamen ratio apud Modestinum erat,quod cùm regulare sit.vt non priùs ad contutorem veniri possit quàm excussi sint magistratus,eorúmque fideiussores vt suprà diximus ex *l.1.§.vsque adeò* D.*de tutel. & rat.distr.*Scilicet cùm idonei contutoris aliqua culpa argui potest, quod cõtutorem suspectum non fecerit *l.Lucius* 46.*§.pen.D.de adm.tutor.l.vlt.*D. *rem pupill.salu.for.*consequens videbatur vt quo casu magistratus conueniri non poterat qui prior conueniendus esset,multò minùs conueniri posset collega qui non nisi posterior conueniri potest.Sed ratio decisionis est , quia quod magistratus conueniri nõ potest,quippe qui fecerit omne id quod ex officio facere debuit cautionem idoneam exigendo,tantò magis obligat collegam vt ex cõtutoris quoque persona & in solidum teneatur. Alterutrum enim euenire necessarium est vt pupillus actionem habeat,vel in magistratum pro parte illius contutoris qui non est soluendo,vel in collegam qui est soluendo, licèt possit etiam habere aduersus fideiussores eius qui decessit non soluendo & sine herede.Potest etiam dici fideiussores eius qui sine herede decesserit desinere teneri ipso iure,cùm fideiussoria obligatio quæ accessoria est,non possit subsistere sine principali *l.si fideiussor* 19.*D.de dolo.l.postquàm* 5.*in pr.D.vt leg.nom. caueat.*Ideóque actionem,quæ contra eos datur vtilem appellari à Papin.in *d.l.Stichum §.*1.Atqui vtilis illa actio cùm non sit nisi subsidiaria, & ex æquitate, non potest impedire aut excludere actionem directam quæ cõpetit in contutorem,nec inducere beneficiũ diuisionis cùm non possit diuidi actio nisi quæ eadem contra plures in solidum cõpetit stricto iure.Non autem est eadẽ quæ contra vnum est directa,contra alium verò vtilis:siquidem totó genere differunt actiones vtiles à directis,tùm quoque cùm ex eodem negotio proficiscuntur.Neque rursum posset ea vtilis actio impedire actionem subsidiariam, quæ ex Senatusconsulto & Principum constitutionibus datur aduersus magistratũ: nisi pro magistratu illud faceret quod nulla ipsius culpa est cùm ab initio satis idoneè exegit,nec debet pupillo præstare casum illum fortuitũ, quòd vnus ex tutoribus sine herede decesserit,etiamsi ex ea causa fideiussores quoque omnimodò liberarentur *d.l.1.§.si magistratus eo.*Hæc enim etsi subsidiaria, actio tamen ordinaria est cùm cõpetat ex Senatusconsulto *l.*2. D. *de magistr. conuen.* licèt vtilis tantùm sit non directa *l.1.&pen.C.eo.*Vtilis autem quæ & ipsa subsidiaria est & inducta per solam prudentum interpretationem non potest impedire aut excludere ordinariam qualis illa est quæ ex Senatusconsulto datur. At neque subsidiariam quia quoties plures actiones eiusdem iuris & potestatis competere possunt numquam alia aliam tollit,vt de obligationibus scriptũ est in *l.si rem* 13.*D.de duob.reis.l.si duo* 93.D.*de solut.*Potentiorem enim & maiorem necesse est eam esse quæ aliam tollat , minorem verò & infirmiorem eam quæ tollatur.

l.1.§. vsque adeò Detut. & rat.distr. l.Lucius 46 §. pen. De admin. tut. l.vl. D.rem pup. salu. for.

l.si fideiussor 19.D.de dolo.l.postquã 5.in pr. D.vt leg.nom. caueat.

ILLATIO LI.

De actione quæ in Magistratum competit etiam ad vsuras danda.

QVinquagesimoprimò ex eodẽ Principio fit,quod idẽ Modestinus respõdit in *l.vlt.eod.tit.*De *magistr.conuen.*actionem illam subsidiariam quæ in magi-

l.vlt. D. de magistr. conuen.

magiſtratum datur non tantùm ad ſortem exigendam dari,ſed etiã ad vſuras. Etſi enim conſtitutum ſæpius eſt pœnarum vſuras peti non poſſe, hæc autem actio comparata eſt in pœnã magiſtratus,qui officio ſuo benè functus nõ eſt, Tamen non idcirco pœnalis actio eſt,ſed rei perſecutoria cùm per eam pupillus rem non pœnam perſequatur,nec aliam cauſam habeat quàm ne quid pupillo abſit ex iis omnibus,quę poſſet ille exigere à tutore actione tutelæ. Atqui actio tutelæ non ad ſortem duntaxat competit,ſed etiam ad vſuras. Perinde igitur competere debet aduerſus magiſtratus. Idque eſt quod Modeſtinus ait cãdem actionem in magiſtratus dari quæ competit in tutores : Eandem ſcilicet non genere aut ſpecie vt Bart. interpretatur,ſed effectu & poteſtate. Nemo enim actionem hanc in magiſtratus competentem dixerit eſſe actionem ipſam tutelæ,quæ contra tutores datur,licèt eaſdẽ habeat præſtationes, quo reſpectu quamuis minùs propriè poteſt dici eadem actio *arg. l. actio* 47. *D. de neg. geſt.*

RELATIO LII.

De actione pupillo danda etiam in eos qui magiſtratui indemnitatem promiſerunt.

QVinquageſimo ſecundò ex eodem Principio fit,vt ſi magiſtratus à tutoribus ſeu curatoribus quos dederũt ſeu nominauerũt ſtipulati ſint ſe eo nomine indemnes futuros,& ſi quid præſtitiſſent repetituros, in eámque rem fideiuſſores acceperint,ex alia cauſa quàm ſatiſdationis, Rem pupilli ſaluam fore,poſſit pupillus, vel adultus non ſolùm vtilem actionem inſtituere contra magiſtratus poſt excuſſa bona vniuerſa tutoris,reuocatáque ea quæ in ipſius pupilli fraudem alienata eſſe conſtiterit,ſed etiam conſequi eadẽ actione vt mãdentur ſibi actiones à magiſtratibus aduerſus fideiuſſores quos pro ſua indemnitate à tutoribus acceperunt : Imò verò etiam ſine ceſſione vtilem actionem contra eoſdem fideiuſſores exercere, Vt ſcriptum eſt in *l. 1. C. de magiſtr. conuen.* Nimirũ vt tantò tutior ſit res pupilli nec ei quicquam abſit,neque enim quicquam intereſt magiſtratuum,qui à pupillo vel adulto conueniuntur,an de ſuo ſatisfaciant an potiùs mandatis actionibus quas habent contra fideiuſſores. Quinimò intereſt eorum vt mandent actiones potiùs quàm vt ſoluant, cùm quod eiuſmodi actionum poteſtate exactũ erit,ceſſurũ ſit in exonerationẽ debiti ad cuius ſolutionẽ magiſtratus tenentur. Nõ tamen hoc ita accipiendũ eſt vt liberentur magiſtratus ſi actiones illas præſtare ſint parati: Tunc enim delegatio actionum pro iuſta præſtatione eſt cùm quis conuenitur non aliam ob cauſam,quàm quòd eas habeat actiones *l. quod debetur* 51. *in fi. D. de pec. l. quod ſi in diem* 16. *§. vlt. l. item veniunt* 20. *§. ait Senatus D. de petit. hered.* At in propoſito magiſtratus tenentur non quòd fideiuſſores pro indemnitate ſua acceperint,ſed quòd non acceperint ſatis idoneos pro indemnitate pupilli, ideóque tenentur etiamſi nullam habeant actionem,cùm tantò magis imputari poſſit magiſtratibus qui neque pupillo,neque ſibi proſpexerunt. Habet verò pupillus etiam ſine ceſſione vtilem actionem contra iſtos fideiuſſores, quia licèt nec ſtipulatus ſit,nec illi ad vtilitatem pupilli quicquam promiſerint, pupilli tamen fauor efficit, vt quod ipſius occaſione in ſtipulationem deductum eſt perinde ipſi pupillo prodeſſe debeat acſi eſſet ipſe ſtipulatus, Niſi quod ſi ſtipulatus eſſet, haberet directam actionem, pro qua non habet niſi vtilem ex alterius ſtipulatione — in *l. 2. D. quand. ex fact. tutor.*

l. 1. C. de magiſt. conuen.

l. quod debetur 51. in fin. D. de pecul. l. quod ſi in diem 16. §. vlt. l. item veniunt 20. §. ait Senatus D. de petit. hered.

l. 2. D. quãd ex fact. tut.

l.2.& 4.D. rem pupil. salu.for. *l.2.& 4. D.rem pupill.salu.for.* Neque in eo fit vlla iniuria vel magistratibus qui bus exonerandis proficiet quod à fideiussoribus exactum erit, aut ipsis etiam fideiussoribus,quorum nihil interest an magistratibus soluant quibus promiserunt,an pupillo cui nihil promiserũt,quãdoquidẽ licèt magistratibus promi serint nõ pupillo perinde tamẽ liberabũtur à magistratibus acsi ipsis soluissẽt cùm ex eorum persona & propter ipsorum debitum soluere compellantur: Non quidem vt ipso iure desinant teneri quomodo desinerent si vel magistra tibus soluissent,vel pupillo ex eorum mandato,sed vt prætor magistratibus de negaturus sit actiones contra eos quos pro magistratibus iusserit soluere,vt & in *l.si conuenerit* 18.D.*de pign.act.* Eum enim quem prætor cogat alteri soluere impunè,non soluere valdè iniquum esset *l.quod autem* 6.§.*apud Labeonem D. quæ in fraud.credit.l.ait prætor* 7.§.1.*versic.puto autem* D. *de minor.* Abutuntur verò valde supradicto Antonini rescripto quod extat in *d.l.1.C.de magistr.conuen.*qui ex eo colligunt, Non intelligi iudicem corrupisse eum qui iudicem immunem & indemnem conseruauit,Propterea quòd possit iudex indemnita tem sibi stipulari. Aliud enim est tractare de iudice, de quo illi loquuntur, Aliud verò de magistratibus municipalibus tutorem dantibus,aut à tutore exigentibus satisdationem.Magistratus enim municipalis cùm tutorem dat non idoneum,vel satis ab eo non exigit,ex eáque causa se obligat pupillo non tam quasi magistratus teneri videtur,quàm velut priuatus & quasi fideiussor tutoris non idonei à quo non satis idoneam exigit satisdationem, vt scriptum est in *l.quod ad heredem* 6.*D.eod.* De quo scripsimus ad finem illationis 45.At iudex si in offi io delinquat,numquam potest haberi pro priuato aut pro fideiussore,ideóque vix vllus casus excogitari potest in quo possit ille honestè, ac citra corruptionis infamiam indemnitatem sibi ab aliquo stipulari.

l.si conuenerit 18.D. de pign.act.

l.1.C.de magist.conuen.

l. quod ad heredem 6. D.eod.

ILLATIO LIII.

De actione danda pupillo,in scribam,qui errauit in æstimanda substantia inuentarij.

QVinquagesimotertiò ex eodem Principio fit,vt si scriba qui inuentarium bonorũ pupilli vel adulti cõposuit in æstimanda substantia errauerit,& fideiussorem acceperit,à tutore vel curatore quasi nõ amplius ducẽtis libris auri patrimonium valet,quod longè pluris erat,ex eóque læsio aliqua rebus pupilli vel adulti aduersus legum ordinem illata comprobetur,danda sit actio ex hac causa in scribam vt damnum omne sarciat *l.vlt.C.de magistr.conuen.*vbi additur non ideò tamen vitiari dationem curatoris vel tutoris, quam è contrario valere potiùs interest pupilli aut adulti.Adeò vt nec aliud sit etiamsi curator hic autoritatem præstiterit adultæ vt dotem marito daret ampliorem quã esset ea quantitas pro qua curator dederat fideiussorem, Valet enim dotis datio tanquam ritè & ex autoritate curatoris facta, Vt disertè scriptum est in *l. mulier* 28.*C.de iur.dot.*quæ cùm sit pars quædam *d.l.vlt.*vt ex vtriusque inscriptione & subscriptione apparet,sic coniungendæ ambæ sunt vt vna recipiat ex alia interpretationem:quod & ante nos feliciter obseruauit Iacob. Cuiac. *lib.* 16.*obser.cap.*14.

l vlt. C. de magistr.conuen.

l.mulier 28. C. de iur. dot.

ILLATIO LIV.

De prædiis minorum vel rusticis, vel suburbanis non distrahendis.

QVinquagesimoquartò referrri ad hoc Principium potest oratio Imperatoris Seueri de prædiis minorum rusticis, vel suburbanis sine decreto non distrahēdis, De qua in *l.1.& tot.ti.D.de re.eor.qui sub tute.& C.de præ.min.* Quæ.n.alia melior orationis ratio adferri potest, quàm quòd nō aliter visū sit posse minoribus bene prospici, ne quid eis abesset, cùm ei quoq; qui rei vēditę precium habeat, non eo minùs verum sit rem abesse? Non enim sicut in re ipsa continetur rei æstimatio eminenter quamuis non formaliter, Ita possis vicissim dicere in æstimatione rem quoque ipsam aut eminenter, aut etiam æquipollenter contineri *l.si aly 42.§.1.D.de vsur.§.si res aliena 6. instit.de legat.* Abest igitur aliquid minori cuius res vendita est, Et ob eam nimirum causam cùm oratio Diui Seueri de prædiis tantum iisque vel rusticis, vel suburbanis locuta esset, non etiam de prædiis vrbanis nec de mobilibus quorū venditio si nō vtilis pupillo certè minùs dānosa videbatur, quòd eorum, vel nullus, vel perexiguus fructus esse soleat, Visum est Cōstātino in *l.lex qua tutores 22.C.de admin.tutor*. idem ius constituendum esse in rebus omnibus minorum, vt nullas possit tutor, vel curator sine prætoris decreto alienare, Exceptis duntaxat iis vestibus, quæ detritæ vsu seu corruptæ seruando seruari non potuerint, itémque animalibus superuacuis *l.vlt.C.de præd.minor.* De quo videnda sunt quæ scripsimus ad Princip.præcedens illat.84. Quia tamen verendum erat ne minorum vtilitates læderētur si eorum bona præcisè & absolutè prohiberentur alienari, optimè constitutum est à Seuero primum deinde à Cōstatino, vt eiusmodi prohibitio exceptionem illam habeat *nisi decreto prætoris interueniente*. Permittenda enim fuit alienatio iis casibus quibus prætor videret fore id è re minoris puta si vrgeret æs alienum, At rursum ne passim liceret prætori pro arbitrio hanc alienationem permittere placuit, Non aliam posse iustam esse causam permittendæ alienationis, quàm æris alieni exsoluendi gratia, *l.magis puto 5.§.non passim & §.si æs alienum D.de reb.eor.* Nisi pater ipse minoris eam alienationem testamento, aut in quauis alia vltima volūtate permisisset *d.l.1.§.1.l.vlt.eod.* Non enim sufficeret quod aliquando pater dum viueret aliquas res suas venales habuisset, nec eò minùs abstinendum erit venditione, si non expressim testamento cauerit, vt distraherētur *d.l.1.§.si defunctus*, Vbi ratio redditur, quod non vtique qui voluerit ipse vendere, idem etiam postea distrahenda putauit. Nec rursus alienatio solùm rerum minoris prohibita est, sed etiam obligatio *d.l.1.§.1.* quia scilicet per obligationem & pignoris constitutionem peruenitur ad alienationem, cùm non possit debitor vēditionem pignoris impedire *tot.tit.C.debit.vendit.pignor. imped.non poss. & tot. tit.De distr.pignor.D.& C.*iunct.*d.l.magis puto 5.§.si pupillus De reb. eor.* Ideóque videtur iam aliquid abesse ei cuius res obligata est, cùm non possit impediri creditor quominùs suum ius exequatur, & rem euincat, nisi debito soluto *l.si mancipium 34.§.vlt.cum l.seq.D.de euict.*

l.1. & tot. tit.D. de re. eor. & l.1. C. de præd. minor.

l si aly 42.§. 1.D.de vsuf. §. si res 6. Infr. de legat.

l.lex qua tutores 22. C. de admin. tutor. l.vlt. C de præd. min.

l.magis puto.5.§. non passim & §. si æs alienum D. de reb.eor. l. 1. §. vlt. eod. d.l.1.§.si defunctus. d. l. magis puto §.si pupillus. l.si mancipium 34.§. vlt. cum l. seq. D. de euict.

ILLATIO LV.

De minore qui emit prædia hac lege vt quoad precium ſolueret eſſent pignori obligata.

QVinquageſimoquintò ex eodē Principio fit,vt ſi minor viginti quinque annis emerit prędia hac lege,vt quoad preciū ſolueret,eſſent pignori obligata venditori,non poſſit pignus valere *d.l.1.§.vlt.D.de reb. eor.* vbi rationem Vlpianus reddit quod ſtatim atque dominium quęſitum eſt minori cœpit nō poſſe obligari.Atqui dominium quęſitum fuit minori per emptionem ſecuta traditione & quęſitum fuiſſe neceſſe eſt priuſquàm pignori res dari potuerit , cùm ad conſtitutionem pignoris vtiliter faciendam neceſſe ſit rei dominium ad oppignorantem pertinere *l. ~~cinque~~ nondum 15.§.quod dicitur D.de pignor.& tot.tit.C.ſi alien.res pignor.dat.ſit.* Hoc ipſo igitur quod res minori acquiſita cœpit poſſe obligari tanquam acquiſita , cœpit etiam eodem inſtanti non poſſe obligari propter perſonam acquirētis,id eſt quaſi acquiſita minori, cui inciperet quodammodo abeſſe ſtatim atque inciperet eſſe obligata. Paulus tamen contrà ſentiſſe videtur. Is namque in *l.2.eod.tit.* in contrarium argumentatur ex eo , quod in propoſita ſpecie pignus vnà cum dominio quæſitum eſt , & ab initio obligatio inhæſit. Addit *quod ſi à fiſco emerit minor , nec dubitationem eſſe quin ius pignoris ſaluum ſit.* Sed ad priorem rationem facilè eſt pro Vlpiano reſpondere negando quod Paulus pro vero aſſumit, pignus ſimul cum dominio quæſitū eſſe.Nā imò verò neceſſe eſt,vt dominiū acquiſitum fuerit minori prius quàm potuerit à minore obligari,vt diximus. Quod verò ſubiungit de venditione facta per fiſcū,aliā & propriā habet rationem:Illam nimirum quod fiſcus in bonis omnium cum quibus contrahit habeat ius tacitæ hypothecæ *l.2.C.in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.l.auffertur 46.§.fiſcus D.de iur.fiſc.l.penult.C.de priuil.fiſc.* Inde namque fit,vt in hoc caſu quo minor à fiſco emit,vera ſit prior illa ratio Pauli quam cæteris vendē tibus falſam eſſe diximus , quod pignus ſimul cum dominio quæſitum fuerit & ab initio pignoris obligatio inhæſerit,quia eo ipſo inſtanti quo dominium incipit eſſe minoris,id eſt in vltimo inſtanti acquiſitionis obligatio pignoris contrahitur ſola legis poteſtate ex qua etiam fit,vt dominium acquiratur:Nec duo inſtantia ſeparata interuenire oportet,Vnum quo dominium acquiratur, Alterum quo iam ſit acquiſitum ad pignus vtiliter conſtituendum:quod euenit in expreſſo pignore conuentionali:Lex enim operatur in inſtanti , non etiam homo,vt nec vnquam natura. Sicque explicanda hæc ratio eſt non quomodo explicat Bart.poſt Dynum ponens venditam eſſe rem à fiſco eo pacto vt eſſet ſibi obligata donec pecunia ſolueretur,nam imò ponendum eſt venditam fuiſſe ſine vllo pacto de hypotheca.Non enim magis vtile poſſet eſſe hoc pactum in venditione facta per fiſcum quàm in facta per priuatum , Nec rurſus illa etiam ratio vera eſt quam Bart.adfert , quod ex obligatione legali minor obligetur,Non enim hic agitur de obligando minore , ſed de obligandare minoris,quæ tamen obligari non poſſet ne quidem per legem ſi ante contractam pignoris obligationem dominiū plenè fuiſſet minori acquiſitum, ac non potiùs in vltimo inſtanti acquiſitionis,Alioqui ſecum lex pugnaret ſi obligaret rem minoris quam eadem ipſa obligari prohibet quæ ratio eſt *l. vlt. C.de legitimis.* Illud ſanè verum eſt quod idē Bart.notat ad *d.l.2. num.3.* obligatione

d.l.1.§. vlt. D.de reb. eor.

l.2. eod. tit.

gatione consuetudinaria, vel statutaria, sicut & legali etiam minorem obligari *l. sine herede* 32. §. *Lucius D. de admin. tutor.* Itaque & Paulus ipse tandem concedit in sententiam Vlpiani cum subiungit *si igitur talis species in priuato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, vt ex rescripto pignus confirmetur.* Cur enim aut imperiali beneficio, aut aliqua confirmatione opus esset si pignus ipso iure valeret? At cur imperiali beneficio? An non posset sufficere decretum prætoris vel præsidis? Minimè, quia nec prætori, vel præsidi permissum est, vt permittat obligationem bonorum pupillarium, nisi ex causa æris alieni, vt iam dictum est, Absurdum autem esset eodem decreto permitti pupillo, vt & alienum æs contrahat, & ad illud dissoluendum quicquam ex bonis suis obliget. Imperialis beneficij alia ratio est, quia neque certis illis legibus obstringitur, & potest sequi pignoris constitutionem ad eam confirmandam, cùm è contrario decretum prætoris, vel præsidis debeat præcedere *dicta lege magis puto §. non passim & §. ne tamen* iunct. *l. 2. C. quand. decret. opus non est.* At illa hîc adhuc dubitatio incurrit, quod etiam cùm à priuato, id est ab alio quàm à fisco venditio fit videtur tacitè pignus contrahi in re venditâ, vt eam velut iure pignoris retinere possit venditor quoúsque precium soluatur *l. Iulianus* 13. §. *offerri D. de action. empt.* Quid ergo potest interesse an priuatus, an fiscus vendiderit? Verùm respondendum est Vlpianum in *dicto §. offerri*, non loqui de vero pignore quod contractum sit, siue per expressam, siue per tacitam conuentionem, sed de quasi pignore, vt verba sonent, & apparet ex eo quod ait venditorem posse rem retinere quoadúsque precium integrum sit solutum. Quomodo namque retineret rem, quam iam tradidisset? Atqui sine traditione certum est non posse dominium rei venditæ transferri in emptorē *vendita Inst. de rer. diui.* nec rursus vllum pignus, siue expressum, siue tacitū constitūi ab eo qui numquā factus sit dominus, Non igitur verum esse potest rē venditam necdum traditam tacito pignoris iure intelligi esse obligatam venditori. Traditione verò secuta, multò minùs, cùm eo casu non sit amplius tranctādū de retentione quasi iure pignoris, aut potius vice pignoris venditori danda, Neque verò casus hic numeratur inter eos de quibus in *tit. D. & C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Sed etsi tacitum pignus aliquod hoc casu contrahi intelligeretur, nō ideò tamen posset videri par causa fisci & prjuati venditoris. Distinguendum enim est tacitum pignus quod ex tacita conuentione proficiscitur, ab eo quod ex tacita legis potestate. Nam quod ex tacita conuentione proficiscitur, non alterius rationis, aut maioris potestatis esse potest, quàm si expressa conuentione niteretur, quia nec potest fingi tacita illa conuentio interuenisse nisi eo prorsus modo & tempore quo expressa interuenire potuisset. Ergo non in instanti, nec nisi post acquisitum rei oppignoratæ dominium. At quod à tacita legis vi ac potestate proficiscitur nihil simile, aut commune habet cum cōuentionali, nec quicquam impedit, quominùs & in instanti constituatur, & simul cum ipsa acquisitione dominij hoc est vltimo acquisitionis instanti, non expectato alio instanti quo dominium iam acquisitum reperiatur, Vnde etiam petenda est conciliatio Vlpiani & Papiniani in *l. si qui mihi* 28. D. *de iur. fisc.* cum Scæuola in *l. vlt.* D. *qui potior. in pign. hab.* secūdum ea quę docuimus *li. 2. Coniect. cap. 12.*

l. si quimihi 28 D. de iur. fis. l. vl D. qui pot. in pignor. hab.

Indè etiam petenda reſponſio eſt ad quæſtionem quam proponit Bart. ad *d.l.2. num.2.* An minor intrando monaſterium ſtatim dominium rerum ſuarum transferat in monaſterium abſque decreto. Licèt enim tranſlatio illa fiat ſola legis poteſtate, fit tamen quaſi ex tacita conuentione cui ſupplexa locus nullus relinquitur in perſona minoris qui ipſe conuentione expreſſa rerũ ſuarũ dominiũ in monaſteriũ trãsferre non poſſet, ſiue pupillus eſſet, ſiue adult'ne maior ſit vis taciti quàm expreſſi. Nec alienatio illa ſi qua fieret per ingreſſum monaſterij cauſam haberet neceſſariam, ſed voluntariam, manantémque ex facto & voluntate minoris cui voluntati lex occurrit non vt impediat ingreſſum monaſterij, ſed vt impediat alienationem bonorum ſine qua nec quicquam vetat minorem ingredi poſſe monaſteriũ. Ergo quod ad alienationem hanc attinet omnimodo neceſſarium erit decretum. Reiecta illa diſtinctione quam Bart. probare videtur, An de pupillo agamus, an de adulto. Et hanc diſtinctionem noſtram expreſſi & taciti pignoris non cuiuſlibet, ſed quod cum ipſa dominij acquiſitione contrahatur mirificè illũd confirmat, quod ſequitur ex Vlpiano in *l.3.in princip.eod.titu.* *De reb.eor. qui ſub tutel.* Si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus ſit comparatus, iſque pupillo vel minori traditus magis eſſe vt quemadmodum fiſco ita & huic pupillo cuius pecunia fundus comparatus eſt, ſaluum ſit ius pignoris ſecundum conſtitutionem Imperatorum Seueri & Antonini. Ponit Vlpianus fundum traditum, quia ſi traditus non eſſet nullo pignoris iure indigeret venditor ad eum retinendum cùm non priùs eſſet audiendus emptor ſi ex empto ageret ad tradendum quàm omne precium exſoluiſſet *d.§.offerri.* Item quia non poteſt quæri de vllo iure pignoris in ea re acquiſiti venditori quandiu res non eſt tradita, ſiquidem interim remanet venditoris cui proinde non poteſt eſſe obligata *l.neque pignus* 45. *De reg.in.* Et tamẽ pupillo qui vẽdidit vult Vlpianus ſaluum eſſe ius pignoris, quia pignus illud tacitum eſt quod ſola legis poteſtate conſtituitur in fauorem pupilli ex cuius nummis res comparata eſt, Nec tãtùm pignus tacitum, ſed etiam cũ iure prælationis *l.idémque 7. Dqui potior.in pign.habeant.* Itaque bona eſt comparatio fiſci & huius pupilli, non ſimiliter alterius cuiuſlibet priuati venditoris, nullum taciti pignoris priuilegium habentis.

l3.in princ. D. de reb. eor.

l. idémque. 7. D. qui potior.in pigner. hab.

ILLATIO LVI.

De iure minoris emphyteutico citra decretum non alienando.

QVinquageſimoſextò ex eodẽ Principio fit, vt ſi ius ἐμφυτευτικὸν, vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus in prædiis ſcilicet ſibi nõ ad modicum tempus locatis fruendíſque datis, nec à tutoribus diſtrahi hoc poſſit *d.l.3.§.ſi ius eod.tit.* *De reb.eor.l.etiam vectigale* 13. *C.de prad.minor.* quia licèt ius prædij hoc ſit potiùs quàm ipſum prędiũ, oratio autem Seueri nõ niſi de prædiis & quidẽ ſuburbanis, vel ruſticis locuta ſit, videretur tamẽ pupillo ſuũ prædium abeſſe quodãmodo ſi huius iuris diſtractio permitteretur, Cùm quiſquis tale ius habet poſſit fundũ in perpetuũ retinere inuito etiam domino ſi modò vectigal annuum in perpetuum ſoluat *l.1.2.& 3.Diſi ager vectig.emphyt. eſſe dicat.* vbi ob hãc cauſam ſcriptum eſt emphyteutis actionẽ in rem competere aduerſus quem-

l3. §.ſi ius D. de reb. eor. qui ſub tutel.

l.etiam vectigale 13. C. de prad. minor.

quemuis possessorem,etiamsi domini non sint. Cur non ergo possint dominis hac parte æquiparari,cùm & aduersus dominum ipsum non solùm exceptionem habeant,sed etiam in rem actionem vt scriptum est in *dict.l.1.§.vlt. & in l.1. §.is autem & §.quia autem D.de superfic.* Vnde illa fluxit differentia duplicis dominij directi vtilis à nobis alibi confutata, & quæ refellitur euidentissimè ex hoc ipso Vlpiani loco. Si quo enim alio vnquam casu potuisset Vlpianus dominium hoc vtile in emphyteutæ persona agnoscere,agnouisset sanè in persona pupilli ius hoc emphyteuticum alienare volentis, cùm nihil esset quod alienationem hanc impedire magis posset,quàm quod pupillare dominium alienari non possit.E contrario autẽ nihil tã faceret pro alienatione ista permittenda, quàm quòd sola prædiorum alienatio prohibita esset, alienatio autem dici non potest per quam dominium prędij nullum transferretur *l.1.C.de fun.dot.*Quam rationem dubitandi eleganter exprimit Vlpianus iis verbis *quamuis ius prædij potiùs sit.*Dominium enim ius personæ est in prędio non ius prædij, Neque tamen hic sibi temperant interpretes quin adscribant eam Vlpiani esse sententiam, vt dominium vtile pupillare non magis alienari possit,quàm directum.

De distinctione dominij directi & vtilis.

l.1. C. de fund. dotal.

ILLATIO LVII.

De venditione lapidicinarum,vel cretifodinarum, vel argentifodinarum pupillarium.

QVinquagesimoseptimò ex eodem Principio fit,vt si lapidicinas, vel quæ alia metalla pupillus habeat stipteriæ & aluminis,vel cuiusuis alterius materiæ,vel si cretifodinas,vel argẽtifodinas,vel quid aliud simile,quod tamẽ priuatis liceat possidere,aut etiam salinas,impediatur alienatio,non quidẽ ex verbis orationis(nec.n.ista sunt prędia rustica,vel suburbana)sed tamen ex sententia orationis,quia id egit oratio ne quid abesset minori ex iis omnibus quę fructum ei aliquem adferre possent,in quo numero ista omnia esse nemo negauerit *d.l.3.§.vlt. D.de reb. eor.qui sub tutel.*

d.l. 3.§.vlt. D. de reb. eor.

ILLATIO LVIII.

De legato fundi pupillaris herede instituto pupillo.

QVinquagesimooctauò ex eodem Principio fit, vt quãuis testator heredis sui rem possit legare,ac per fideicommissum relinquere perinde ac suã, adeóque siue heredis esse sciuerit,siue ignorauerit *l.vnum ex familia 67.§. si rẽ De legat.2.* Si tamen fundus legatus fuerit,vel per fideicommissum relictus Seio à pupillo herede instituto eodémque domino illius fundi, locus sit orationi & impediatur hoc legatum aut fideicommissum,ne inconsulto prætore res pupillaris alienetur *l.magis puto 5.§.si fundus eod.tit. De reb. eor.qui sub tutel.* Prætoris autem erit inspicere vtrum expediat pupillo hereditatem adire séque ad legatum illud aut fideicommissum præstandum obstringere an potiùs hereditatem omittere ne rem suam alienare cogatur.Nam si opulenta sit hereditas non erit prohibenda hæc alienatio ne maiore damno afficiatur pupillus si omittat hereditatem.Semper enim cauendum est ne dum nimia subtilitate vtimur circa res pupillares,conuertamus in eorum pernicié quod ipso-

l. magis puto 5 §. si fundus eod. tit

Digitized by Google

rum fauore constitutum fuit *l.pennlt.C.ad SC.Trebell.* Illa tamen in proposito emergit dubitatio quantum ad fideicommissum attinet, quod nihil videatur alienare pupillus cùm rem suam ex fideicommisso præstat, Siquidem alienatio dicitur ille demùm actus per quem dominium transfertur *l.1.C.de fund. dotal.* Heres autem qui rem aliquam, siue suam, siue hereditariam tradit ex causa fideicommissi, non transfert dominium, sed possessionem duntaxat, vt disertis verbis scriptum est in *l.qui vsumfructum 3. D. si vsusfr.pet.* Possessionis verò translatio, vel omissio, alienatio non est *l.non alienat.119. De reg.iur.* Verùm respondendum est, Per traditionem factã ex causa fideicõmissi nõ quidẽ transferri dominiũ quiritiarium, quoniam traditio illa nuda est, cùm non habeat iustam causam *l.numquam nuda 30.D.de acquir.rer.dom.* id est iuri & legibus cognitã, siquidem fideicõmissa iuris vinculum nullum habent *ut.Inst.de codicill.* Sed tamen transferri dominium bonitarium cùm fideicommissarius in bonis suis habeat rem sibi ex causa fideicommissi traditam *l. Heremius 42. D.de vsur.l.facta 63.D.ad SC.Trebell.* Hoc verò sufficere ad impediendum no pupillus sine decreto prætoris possit rem suã ex causa fideicõmissi dare, quãdoquidẽ dominium bonitariũ illud est, quod omnes dominij vtilitates & cõmoditates cõtinet, siue agendũ sit, siue excipiendum *l.rem in bonis 52.D.de acq. rer.dom.* Semper enim dominus bonitarius si concurrat cũ Quiritario ei præfertur, vt scribit Vlp. *tit.19.De acquisit.rer.* & constat ex *l.doce 6.C.de rei vindicat.* iunct. *l.quannis 75.D.de iur.dot.* vt non immeritò dominium istud iuris Quiritium dicatur à Iustiniano nudum & antiquæ subtilitatis ludibrium in *l.vnic.C.de nud.iur.Quiritollend.* Illud non est prætermittendum, quod additur in *d.§.si fundus*, Si pupillus heres oneratus sit legato, vel fideicommisso præstandæ rei quæ fuerit ipsius testatoris cessare orationem. Quidni enim licuit testatori saltem suis rebus, quam voluit legem dicere? Sed tamen in legato id expeditius est quàm in fideicommisso, Legatum enim si per vindicationem relictum sit transit recta via in legatarium numquam factum heredis *l.legatum 80.De leg.2.* iunct. *l.à Titio 64.in fin. D.de furt.* Sed si res per fideicommissum relicta sit non similiter potest dici, non fieri eam interim heredis. Quomodo enim per fideicommissum præstare posset id cuius ipse dominus non esset? Idémque iuris est si legatum per damnationem relictum proponatur. Dare enim damnatus heres, non potest implere testatoris sui voluntatem si non transferat dominium, cùm dare nihil aliud sit, quàm dominium transferre *l.vbi autem 75.§.vlt.D.de verb.obligat.* dominium porrò transferre non potest, qui non habet. Atqui ex quo res facta est pupilli definit alienari posse inconsulto prætore sicut nec inuito eo discedere dominium ab eo posset *l.si ego 9.§.si res D.de iur.dot.* Nihil ergo videtur interesse an pupillus rem suam an hereditariam per legatum damnationis dare iussus, aut per fideicommissum præstare rogatus sit. Ideóque possit quis fortasse credere Vlpianum in *dicto §.si fundus*, ita scripsisse *& putem siquidem rem suam legauit cessare orationem*, nec quicquam adiecisse de fideicommisso. Nam & cùm de legato simpliciter loquuntur Iureconsulti, vt plurimùm de legato vindicationis intelligunt, quoniam & legatum omne quod fit per verbum *lego* vindicationis legatum est. Verùm non puto eam Vlpiani sententiam esse, sed illam potiùs vt distinguendum sit, an heres pupillus oneratus sit de præstanda re sua, quæ numquã fuerit testatoris, an verò de re testatoris quæ numquam

l.qui vsum fructum 3. D.si vsusfr. pet.

l.Heremius 42.D.de vsur.l.facta 63. ad SC. Trebell.

l.rem in bonis 52.D.de acquir.rer. domin.

l. vni.C.de nud. iur. Quirit. toll. d. si fundus.

quam fuerit pupilli,nisi ex causa hereditaria. Ratio est, quia quod per legatum damnationis,aut per fideicommissum relinquitur, licèt fiat heredis, & consequenter alienetur cùm præstatur,causam tamen alienationis habet necessariam,Quoniam ab initio acquisitionis habuit onus illud admixtum,vt alteri deberet prestari,nec potuit acquiri heredi nisi cum suo onere.Quemadmodum diximus illat.55.de fundo quem pupillus emit à fisco,accepitque per traditionem,nec tamen precium eius soluit,non eo minus obligatum illum esse fisco quod factus sit pupillaris & eodem prorsus iure quo si ab alio quolibet emptus esset ex *l.2.eod.tit. De reb.eor.* Quod non similiter dici potest grauato pupillo præstare eam rem quæ ipsius fuit antequàm heres esset. *l.2.eod.tit.*

ILLATIO LIX.

De non repudiando legato fundi citra decretum prætoris.

QVinquagesimononò ex eodem Principio fit,vt pupillus fundum sibi legatum repudiare sine prætoris autoritate non possit *d.l.magis puto* 5.§. *fundum D.de reb.eor.* vbi ratio redditur, quòd nemo dubitet esse hanc alienationem, cùm sit res pupilli. Quæ ratio ostendit loqui Vlpianum hoc loco,de legato per vindicationem cuius proprium illud est,vt recta via trãseat in legatariũ:vt proxima illatione diximus.Ergo si pupillo legatũ sit per damnationem,aliud erit,ac multò magis si fideicommissum pupillo relictũ proponatur,quia his casibus pupillus legatum,vel fideicommissum repudians nõ tam dici potest alienare cùm dominus numquam fuerit,quàm acquirendi occasionem amittere vt in *l.quod autem 6.in princ. D.quæ in fraud.credit.* Oratio autem alienationes solas prohibet,eásque non omnes, sed prædiorum duntaxat pupillarium rusticorum,vel suburbanorum.Apparet autem clarissimè ex hoc loco,quàm falsum sit quod nõnulli tradunt dominium legati nõ acquiri recta via legatario nisi ad effectum trãsmissionis.Si enim nullum aliud ius haberet legatarius in legato nihil causæ esset cur pupillus illud repudiando alienare quicquã videretur,vt certè non alienat,qui repudiat legatũ per dãnationẽ aùt fideicõmissum,quoniam ista non acquiruntur ipso iure,si iuris veteris ratio spectetur.Hòc enim addendum est quoniam hodie exæquatis per Iustinianum legatis & fideicommissis in omnibus,& per omnia, hoc quoque ab eo factum videtur,vt quę olim erat natura propria legatorum per vindicationem eadem hodie facta sit communis legatorum omnium & fideicõmissorũ, quãtũ ad hoc,vt eorum dominiũ etiam quiritiariũ si quod amplius est, (quomodo certè supereſt,nõ nudum quidẽ,sed plenum,vt vel titulus ipse ostendit *De nud.iur. Quirit. tollend. C.*) in legatarium quemlibet ac fideicommissarium transferatur:Postquàm scilicet placuit Iustiniano vt pro fideicommissis quoque ac legatis omnibus competebat vindicatio quæ olim non nisi pro legatis per vindicationem competebat, & quæ soli domino competere potest *l.1.C.commun.de legat.* iunct. *l.in rem* 23.D.*de rei vindicat.* Itaque nec legatum nec fideicommissum quodlibet repudiare pupillus hodie poterit ne quidem tutore autore nisi interueniente decreto & autoritate prætoris. At illud mirum adhuc videri potest, Cur pupillo permittatur legatum repudiare autore saltẽ prætore postcaquàm ipso iure acquisitũ fuit,cùm dici soleat

d. l. magis puto 5.§. *fundum. eod.*

Dominium Quiritiariũ

l.1.C. commun. de legat.

Digitized by Google

quod & verum eſt,Ea quæ iam ſunt acquiſita repudiari amplius non poſſe *l.1. §.decretalis* D.*de ſucceſſ.edict.l.Titia* 34.§. *Lucia Titia De legat.* 2. Idémque de alio quolibet legatario cui per vindicationem legatum ſit tractari poteſt. Nam & hunc conſtat poſſe legatum repudiare,dum ne pro parte, ſed in totũ repudiet *l.legatarius* 38.*de legat.*1.*l.ſi tibi homo* 86.§.*cùm ſervus eod.* Verùm reſpondendum eſt,duplicem eſſe acquiſitionem legati, Vnam quæ fit ſola legis poteſtate,de qua nunc agimus, Alteram quæ ex ipſius legatarij voluntate, De qua demum accipi debet quod dicitur,Legatum acquiſitũ repudiari amplius non poſſe. Acquiſitio enim quæ fit ex acquirentis voluntate ea eſt quæ nullam admittit repudiationem,Non illa etiam quæ fit per legem: Lex enim defert quidem omnia,id eſt etiã hereditates & ignorantibus,& inuitis,acquirit verò legatum ignorantibus *l.cùm pater* 77.§.*ſurdo de legat.*2. ſed nihil vnquam acquirit inuitis nobis ne beneficium conferre in inuitos videatur contra regulam iuris. Et de hac poſteriore nimirum acquiſitione intelligi debet quod Iuſianus ſcribit in *l.ei qui ita* 13.*D.de condic.inſtit.* Ei qui ita legatum accepit, ſi decem dederit non aliter acquiri legatum poſſe quàm ſi poſt impletam condicionem id egerit legatarius per quod legatum acquiri ſolet, nempe irreuocabiliter, voluntaria ſcilicet acquiſitione quæ per legati agnitionem fiat. Alioqui certum eſt impleta condicione legati per vindicationem relicti acquiri legatum ipſo iure legatario, eiúſque dominium recta via in legatarium trãſire quaſi numquam factũ heredis *l.is cui via* 11.§.1. D.*quemadm.ſeruit.amit.* ſed non eo minùs habet ſaluum ius repudiandi quandiu legatum ipſe non agnouit. Illud etiam ex hoc §.intelligimus, falſiſſimum eſſe quod Iacob.Cuiac.docuit ad *l.filiusfamilias* 16. *D.qui teſtam.facer.poſſ.* perſonalem duntaxat actionem acquiri legatario ignoranti non etiam dominium legati. Nam præter id quod pugnat ea ſententia cum ſupradictis penè omnibus aliiſque innumeris iuris locis,non prohiberetur pupillus relictum ſibi legatum repudiare ſine decreto prætoris ſi dominium non haberet. Neque enim videretur repudiãdo alienare eam rem cuius nõdum haberet dominium, nec oratio Seueri prohibet minoribus ne actiones ſuas perſonales alienẽt,ſed ne dominium quod iam habent prædiorum ſuburbanorum, vel ruſticorum. Et de re ipſa legata non de actione perſonali quæ ad eam conſequendam competit apertè loquitur Vlp.in hoc §.iis verbis *cùm res ſit pupilli*,Idque tam aperti iuris eſſe ait,vt dicat neminẽ de eo dubitare.Nec pro viro doctiſſimo quicquam facit Pomponius in *d.l.filiusfamilias*.Eſt enim alia longè illius loci & ſententia quam nos docuimus libris Coniect.

7. legatarius 38.de legat.1.l.ſi tibi homo 86.§. cùm ſervus eod.

l.cùm pater 77.§.ſurdo de legat.2. l.ei qui ita 13.D.de condic.inſtit.

l.filiusfamilias 16. D. qui teſtam. fac.poſſ.

ILLATIO LX.

De *datione in ſolutum facta per pupillum ſine prætoris auctoritate.*

SExageſimò ex eodem Principio fit,vt ſi pupillus ſtipulanti ſpoponderit pecuniam,non ideò poſſit fundum ſoluere,id eſt in ſolutum dare ſine prætoris auctoritate *d.l.magis puto* 5.§.*ſi pupillus ſtipulanti D.reddit. De reb. eor. qui ſub tutel.* vbi ratio redditur *alioquin inuenta erit alienandi ratio*.Senſus eſt facilè futurum,vt fraus fiat orationi Seueri ſi permittatur minoribus in ſolutum dare fundos pro pecunia quam ſtipulãti ſpoponderint.Ita enim euenict, vt qui prædia

d.l. magis puto 5. § ſi pupillus De reb.eor.

prædia eorum ſibi volet acquirere incipiat à ſtipulatione pecuniæ, mox pro ea pecunia accipiat fundum in ſolutum. Atqui perpetuum illud eſt vt quod vna via prohibitum eſt, non debeat alia vlla eſſe permiſſum *l. ſcire oportet* 21. §. 1. D. *de tutor. & curat. dat.* Nec quicquam eſt quod magis cauere bonus legiſlator aut magiſtratus debeat, quàm ne qua via aperiatur fraudis vllius aduerſus leges comminiſcendæ. Aliud ergo eſt ſi fundum ipſum debeat *l. ſi minor* 15. in illis verbis *cum aliud deberes* C. *de prad. minor.* Dubitationem tamen hic faciebat quod nihil videatur abeſſe minori qui fundum in ſolutum dedit, cùm ab obligatione pecuniæ ſit liberatus. Nam imò fit locupletior, qui à ſuo creditore liberatur *l. ſi pupilli* 66. *D. de ſolut.* Sed tamen verum eſt ei abeſſe fundum qui in ſolutum datus fuit, nec quicquam vetat alia ratione explicari pecuniam ad dimittendum creditorem: in eóque nimirum verſatur cauſæ cognitio quam prætor adhibere debet in decreto interponēdo. *l. ſi prædia* 11. *D. de reb. eor.* Planè ſi pupilli pater fundum ſtipulanti ſpoponderit, ſucceſſeritque pupillus in ſtipulatum, tanquam patris heres, fortiùs dicetur, inquit Vlpianus, ſine prætoris autoritate poſſe illum reddere, Idémque eſſe etſi hereditario iure ſucceſſerit alii, qui erat obligatus ad eum fundum præſtandum, Quoniam licèt hæc ſit alienatio, tamen neceſſaria eſt, cùm non poſſit aliud pro alio ſolui inuito creditori *l. 2. D. de reb. cred. l. eum à quo* 16. *C. de ſolut.* Nec quicquam videtur fieri hoc caſu in fraudem orationis, cùm exſoluendi huius fundi obligatio ſit hereditaria & à defuncto proficiſcatur. Nam quemadmodum defunctus ſi viueret recuſare nō poſſet quominus hunc ipſum fundum præſtare teneretur, ita neque ipſius heres *arg. l. poſtulante* 44. *verſ. cur enim D. ad SC. Treb.* & fruſtra prætor cauſæ cognitionem adhiberet in ea re cuius aliter expediendæ rationem nullam inueniri poſſet. Eadem igitur ratione etſi parens fundum vendidit, vel quis alius cui pupillus ſucceſſerit poteſt dici pupillum cætera venditionis inconſulto prætore poſſe peragere vt ſequitur apud Vlp. puta rem tradere ex natura venditionis *l. 1. l. ex empto* 11. D. *de act. empt.* etſi traditio non venditio illa eſt, quæ dominiū transfert *§. vendita Inſt. de rer. diuiſ.* Dominiū enim ex cauſa venditionis transferre nihil aliud eſt quàm implere venditionem *l. ſi quis alienam* 46. *De action. empt.* Cùm igitur venditio à patre facta ſit, dominium quod à filio per traditionem transfertur ex cauſa eiuſmodi venditionis, & in ipſius conſequentiam, ab ipſo patre tranſlatum intelligitur, initio nimirum inſpecto vt in *l. 3. §. ſuo l. Aemilius* 38. D. *de min.* Periniquum enim eſſet eum qui cum pupillo non contraxiſſet expectare pupilli pubertatem *l. apud Iulianum* 3. *D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Similiter dicimus rem quam pater aut alius in cuius iura minor ſucceſſerit obligatus fuit retrouendere per minorem ipſum eiúſue tutores aut curatores ſine decreti autoritate retrouendi poſſe *l. 1. C. quand. decret. opus non eſt.* Nam neque minoribus neque tutoribus aut curatoribus imputari quicquam poteſt ſi voluntati defuncti parnerint vt ea lex ait, Nec intereſt an defunctus ille parens fuerit, an alius ex cuius bonis ad minorem peruenerit fundus ſuper quo alienando aliquid mandaſſe deprehendatur *l. 3. eod. tit.* Non enim fit contra orationem, quod fit ſecundum defuncti volūtatem, cùm hoc ipſum oratio exceperit, licèt de parentibus tantùm fuerit oratio locuta vt conſtat ex *l. 1. D. de reb. eor.* Sicut è contrario ad impediendam Senatuſconſulti autoritatem nihil prodeſt quod tutor vel curator idem ſit & pater *l. 3. C. de prad. minor.*

l. ſi minor 15. *C. de prad. minor.*

l. ſi pupilli 66. *D. de ſolut.*

l. ſi prædia 11. *D. de reb. eor.*

l. ſi quis alienam 46. *D. de act. empt.*

l. Aemilius 38. *D. de minor.* *l. 3. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

l. 1 C. quād. decret. opus non eſt.

l. 3. C. eod.

ILLATIO LXI.

De minore prouocante socium ad diuisionem.

SExagesimoprimò ex eodem Principio fit, vt si res aliqua communis sit inter minorem & maiorem non possit minor socium ad diuisionem prouocare si modò ea res sit, cuius alienatio sit prohibita, quia diuisio alienatio est, ideóque venditionis instar habere dicitur in *l.1.Cod. commun. vtriusque iudic.* Proinde abest minori aliquid cùm desinit habere in communi rem quæ antea erat communis. Potest enim quisque rem suam dicere quam communem habet, nec quicquã est in re communi pro indiuiso in quo nõ suam habeat partem *l.illud* 45.D.*de rit.nupt.l.*5.§.1.*De legat.*1.*l. pupillus* 239. *§. vltim. De verb. significat.* Sed si socius maior socium minorem prouocet ad diuisionem oratio non impediet quominùs fiat diuisio & per diuisionem alienatio. Nam & hunc casum nominatim excepit oratio *dict.l.*1.*§.*1.*verſ. si communis*, idque optima ratione quoniam huiusmodi alienatio necessaria est, cùm nemo cogatur inuitus manere in communione *l.vlt.C.commun.diuid.l.*1.*D.famil.ercisc.* vt nec inuitus quisquam compellitur ad communionem *l. si non sortem* 26. *§. si centum D.de condict.indeb.* propter discordias quas materia communionis excitare solet *l.cùm pater* 77.*§.dulcissimis De legat.*2. Alioqui cogendus esset maior socius expectare pupilli pubertatem adeóque vt ad suam & perfectam ætatem id est ad annum quintum & vicesimum peruenisset, quod nos proxima illatione diximus iniquum esse quandoquidem non contraxit cum pupillo sed incidit in pupillum *d.l.*3.D. *ex quib.cauſ.in poſſ.eat.* Sicut & pupillus ipse fauorabilior est si quando ei res est cum illo in quem incidit, & cum quo non contraxit, puta cum tutore *l.vlt. D.rem pupill.ſalu.for.* Inde fit vt si pupillorum communia sint prædia, impediatur diuisio, quoniam prouocatio necessaria est, neuter verò ad diuisionem prouocare potest, nec solùm si ambo eosdem tutores habeant, quæ res tantò difficiliorem facit prouocationem, cùm nemo possit seipsum prouocare nec mutuas pati condemnationes & adiudicationes *l.licet* 42.*§.pen.*D. *de procurat.* sed etiamsi diuersos tutores *l.ſi pupillorum* 7.D. *de reb.eor.l.pen.*C.*eod.* Solent tamen interpretes nõstri casum illum excipere, si euidens sit vtriusque pupilli vtilitas vt à communione discedatur *arg. l ſi conſenerit* 14.*in fin.*D.*pro ſocio l.vlt. D.de iur.dot.l.inter pupillos* 20.*D.de autor.tut.* Sed vereor ne non satis rectè, at potiùs nimis audenter, cùm orationis verba nullum casum excipiãt nisi vnum illum quo socius scilicet maior prouocet ad diuisionem: Adeò vt nec liberum arbitrium prætori sit datum permittendæ alienationis prædiorum minoris, siue per venditionem siue per diuisionem, sed ex ea sola causa si vrgeat æs alienum quod aliter exsolui non possit *dict. l.* 1.*& dict.l.*5.*§.ſi æs alienum eod.titul.De reb. eor. l. ob æs alienum* 12. *Codic. eod.* Quod igitur prætori ipsi non permittitur, quomodo tutori vel curatori prætore inconsulto permittetur? Itaque si quando contingat necessariam aut vtilem esse diuisionem ob æs alienum cuius dissoluendi gratia partem quam pupillus in re communi habet vendi oporteat & ob eam causam diuidi quò facilius inueniat emptorem, prætor aditus diuisionem permittere debebit,

l.1. C. commun. vtr. iudic.

l.1.5.1.verſ. ſi communis D.de reb. eor.

l.3.D. quib. ex cauſ. in poſſ.eat. l. vlt. rem pup.ſal.for.

l ſi pupillorũ 7.D de reb. eor.l.pen.C. eod.

nec

nec quicquam inconsulto eo facere tutor aut curator poterit. Si verò non vrgeat æs alienum, sed alia quæuis vtilitas pupilli allegetur quæ diuisionem permitti suadeat, neque tutor inconsulto prætore quicquam facere poterit, neque prætor aditus quicquam decernere debebit, quia nec potest etiamsi maximè velit. Non nego posse fieri etiam inter pupillos tutore præsente hereditatis paternæ aut maternæ diuisionem vt in *dict. l. inter pupillos* 20. *D. de autor. tutor.* Sed debet id intelligi suppositis terminis habilibus, id est de illo casu quo ea diuisio licitè facta sit fierique potuerit, permittente scilicet re statore vel prætore, vel etiam iure, si fortè hereditas tota consisteret in bonis mobilibus, aut in pecunia, aut in actionibus, aut denique in prædiis vrbanis quorum diuisionem Scæuolæ temporibus cuius ea lex est nihil impediebat. Nam nec in tota ea lege quicquam est ex quo possit conijci Scæuolam loqui de diuisione prę diorũ suburbanorum vel rusticorum. Quare nec illud possum probare quod vulgò nostris placere video post Bart. ad *dict. §. si æs alienum* posse minorem etiam sine decreto rem suam cum alio permutare si euidenter appareat ex eiusmodi permutatione meliorem fieri ipsius conditionem. Pugnat enim cum *dict. §. si æs alienum*, & cum *l. non solum* 4. *Cod. eod.* vbi dicitur neque permutatione neque transactione, quæ est omnium fauorabilissima, neque alio vllo contractu posse sine decreto alienari rem minoris. Plus dico, Nec solam minoris vtilitatem posse facere, vt prætor permittere debeat permutationem nisi ex causa æris alieni, puta si æs alienum vrgeat, & maiorem quantitatem redacturus sit minor ex precio rei quam acquiret titulo permutationis *dict. §. si æs alienum*. Ex quo loco apparet ad rem non facere quod permutatione potest fieri melior condicio minoris *l. iubemus Cod. de sanct. eccles. cap. nec super De reb. eccles. non alien.* Nam & similiter posset quis contendere permittendam esse venditionem etiam sine decreto si minor rem dignam centum aureis possit trecentis vendere, cùm hoc casu fiat sine dubio melior condicio minoris. Et tamen nemo hoc verè dixerit. Nam neque causa hæc sufficiens est ad extorquendum prætoris decretum *dict. §. si æs alienum*. Nec si Princeps ipse adeatur *l. si fundus* 13. *eod. titul.* extat rescriptum imperatorum Seueri & Antonini prohibens alienationem fundi, etiam qui sterilis & saxosus, & pestilens dicebatur, quia nec verisimile erat fundum illum inuenturum precium nisi pro fructuum modo. Cùm id maximè in constituendo cuiusque rei precio inspici soleat quis fructus sit, & quis reditus fundi *l. si fundum per fideicommissum* 92. *De legat.* 1. ed & illud obseruandum est in ea specie aditos fuisse Imperatores non prætorem ad permittendam fundi alioquin sterilis & infructuosi distractionem. Non alia de causa quàm quòd distrahendi facultas peteretur prætextu fulciendæ vtilitatis pupilli non vrgente ære alieno, Ita vt proinde non esset arbitrio & potestate prætoris eam permissionem dare. Necessarium igitur erat rescriptum Imperatorum, non sufficiente prætoris autoritate, vt & in *l. 2. D. eod. & De reb. eor. & l. 2. C. quand. decr.* opus non est, Ergo & in proposito si minoris vtilitas quantumcumque euidens suadeat, permitti aut venditionem aut permutationem, adeundus est Princeps & quãuis durum id videatur, quia quod minorum fauore constitutum est in eorum odium & perniciem retorqueri videatur contra *l. quod fauore* 6. *C. de leg.* id tamen ferendum est, quoniam lex & oratio Seueri ita scripta est *l. prosfexit* 9. *D. qui & à quib. manum.* Potestque hinc peti elegans exemplum ad *l. 1. C. de legib.*

l. inter pupillos 20 *D. de autor. tutor.*

l. 1. §. si æs alienum D. de reb. eor. l. 4. C. eod. l. 13. D. eod. l. 6. 7. eod.

by Google

Cùm autem de prædiis communibus oratio locuta est de iis solis intellexit quæ pro indiuiso communia sunt, si quid enim pro diuiso commune sit, id nec commune esse videtur, cùm quælibet pars fundi separata & diuisa fundum separatum constituat *l.planè* 34.*§. vltim.* De *legat.*1. Ideóque cessante secunda parte orationis quæ maiore socio prouocante permittit diuisionem prædiorum communium locus erit priori parti orationis, quæ nullam alienationem prædiorum suburbanorum vel rusticorum minoris permittit fieri sine decreto *dict.l. magis puto* 5. *§. vltim.* Quid ergo si fortè alius proprietatem fundi habeat, alius vsumfructum? Magis est vt cesset ea pars orationis quæ de diuisione loquitur. Nulla enim communio est, cùm vsusfructus in iure non in parte consistat, quamuis emolumentum rei contineat *l. sed si fortè* 6. *eod. tit.* iunct. *l. Mœuius* 66. *§. fundo de leg.*2. Vbi autem communio nulla est nec diuisio locum habere potest, licèt interdum etiam sublata communione superstit iudicium vtile communi diuidundo ob personales præstationes *l. si quis putans* 6. D. *commun. diuid.* An igitur permittendum erit minori vt sine decreto obliget prædia communia? Minimè. Nam quod excepit oratio, vt si prædium sit commune nihil innouetur, id est ius antiquum seruetur ad hoc tantùm pertinet vt perimatur communio per diuisionem, non vt angeatur difficultas cõmunionis, quod contingeret per communis prædij obligationem. *l. qui neque* 8. *§. vlt. eod. tit.* De *reb. eor.* Quare nec oratio simpliciter excepit eum casum, quo res minoris sit communis, sed adiecit *& socius ad diuisionem prouocet*, vt appareret non sensisse orationem de permittenda oppignoratione prædij cõmunis, at neque de permittenda eius alienatione quæ fieret citra diuisionem, sed tantùm de permittenda diuisione. Ea namque adiectio quam oratio pro conditione ponit, *& socius ad diuisionem prouocet*, non ad aliam contractus speciem quàm ad diuisionem aptari potest. Quomodo enim socius socium prouocaret ad conditionem aut ad oppignorationem?

ILLATIO LXII.

De *fundo pupilli per tutorem citra decretum obligato de vtilitatem pupilli.*

SExagesimosecundò ex eodem principio fit, vt si tutor rem pupilli obligauerit sine decreto, quamuis non valeat obligatio sit tamen exceptioni doli locus, si tutor acceptam pecuniam ei soluerit qui sub pignore erat creditor *d. l. si pupillorum* 7. *§. penult.* D. *de reb. eor.* Nempe quia nihil videtur hoc casu abesse pupillo qui iam erat debitor sub pignore, Imò verò lucrum captat ex alieno damno si velit frustrari iure pignoris nouum creditorem, ex cuius pecunia priorem creditorem dimisit, pignúsque quod ei dederat, recuperauit. Arqui Principium nostrum habet hactenus subueniendum esse pupillo vt ei nihil absit, non etiam vt ex aliena iactura locupletetur *l. si minoris* 25. D. *de adm. tut.* Aequum igitur est doli exceptionem in proposito casu accommodari contra pupillum, qui per occasionem iuris ciuilis & orationis Seueri captat lucrum ex damno alieno *l.*1. D. *de doli mal. except.*

ILL.

ILLATIO LXIII.

De restitutione minoris contra alienationem sine decreto factam.

SExagesimotertiò ex eodem Principio fit, vt minori cuius prædium contra leges sine decreto alienatum est nulla sit opus in integrum restitutione ad eā auocandam *l.2.C.de prad.min.* Abesset enim ei aliquid si restitutionem impetrare cogeretur, propter incertum euentum litis, cùm restitutio omnis causæ cognitionem requirat *l.omnes* 3.D.*de in integr.restit.* Adeò vt nec aliud sit si prætoris decretum interceſſerit, si modò probetur obreptum prætori *d.l.magis puto* 5.§.*penult.l.quamuis* 9.D.*eod.l.etsi præses* 5.C.*eod.* Vtroque enim casu illibata manet minori persecutio rei suæ vt loquitur *l.3.C. de prad. minor.* acsi contractus nullus interueniſſet. Nihil enim refert an contractus nullus intercesserit, an verò perperam interuenerit, & contra leges *l.2.D.de autor.tutor.l.non dubium* 5.C.*de legib.* Vnde est quod Paulus ait in *l.tutor* 16.*D.de pign.act.* tuendum esse à prætore pignus quod tutor dedit, si modò dederit lege non refragante. Nec enim conuentiones vltras tueri prætor potest nisi quatenus per leges licet *l.inxis gentium* 7.§.*ait prætor* D.*de pact.l.pacta quæ contra* 6.C. *eo.l.nec non* 28.§.*quoad eius* D.*quib.ex caus.maior.* Non igitur sufficit allegari per libellum apud prætorem vel præsidem prouinciæ causas propter quas debeat permitti venditio, sed eas apud acta probari oportet, & quidem tales quæ venditionis necessitatem præcisam inferant, vt decretum sollenniter interponatur *l.minorum* 6.C.*de præd.minor.* Qui locus etiam insignis est ad probādum quod diximus ill.61. non sufficere probatam esse vtilitatem minoris, sed probandam esse præcisè necessitatem. Interposito autem decreto adhuc tamen succurri potest minori per in integrum restitutionem si fit læsus scilicet ne quid ei absit *d.l.2.* & *l.si quidem* 11.C.*eod.*

l.2 Cod. de præd.min. l.3.& 5.eod. l.5.§. pen.l. quamuis 9. D.eod.

l. tutor 16. D. de pign. act.

l. minorum 6 C.de præd. minor.l.2.l. si quidem 11 eod.

ILLATIO LXIV.

De *cautione contra SC. emissa.*

SExagesimoquartò ex eodem Principio fit, quod scriptum est in *l.si ad resolu endam* 7.*eod.tit.* Si ad donationem resoluendam quam in emancipatum filium eundémque minorem pater contulerat, idem filius cautionem patri emiserit, id est cauerit se donatione non vsurum, huiusmodi scripturam tanquā quæ data sit contra Senatusconsulti autoritatem iuri filij non obesse. Quid enim refert an minor donatarius rem sibi donatam alienauerit, an verò cauerit se donatione non vsurum? Siquidem vtroque casu abest minori donatio & res donata quæ fuerat ei acquisita, Non quòd sola cautio possit alienationis nomine aut iure censeri, Sed quia inuenta erit alienandi ratio si huiusmodi cautio permittatur *arg.d.l.magis puto* 5.§.*si pupillus D.de reb.eor.* Nam quod nonnulli putant, probantque ex *d.l.si ad resoluendam*, cautionem prædii donati censeri rem immobilem, rei verò mobilis, rem mobilem, Et ita actionem, cautionem, obligationem, & instrumentum posse dici rem mobilem vel immobilē respectu rei quæ in obligationem deducitur, Hoc inquam mihi non probatur. Certum enim est actiones neque mobilia bona esse neque immobilia, sed tertiam bonorum speciem constituere *l.à Diuo Pio* 15.§.*in venditione D.de re iudic.l.quam Tuberonis* 7.§.*in peculio* D.*de pecul.* adeò vt venditis vel donatis,

l.si ad resolvendam 7. eod.tit.

l.magis puto 5.§. si pupillus D. de reb.eor.

Digitized by Google

vel obligatis bonis omnibus tam mobilibus quàm immobilibus, iura tamen & actiones non comprehendantur: eóque passim iure vtimur. Cur ergo dicimus cautionem hanc & scripturam de qua in *d.l.si ad resoluendam*, contra Senatusconsultũ datam esse, cùm Senatusconsultum non nisi prædiorum suburbanorum & rusticorum alienationem prohibuerit? Nempe quia contra Senatusconsultum fit, aut saltem in fraudem Senatusconsulti quicquid tale est per quod fiat vt absit minori aliquid ex iis bonis quorum alienatio tam districtè prohibita est. Quæcumque enim in alicuius legis vel Senatusconsulti fraudem excogitata videri possunt, rata haberi non debent *l.quidam* 29.*§.vlt. D. ad SC. Velleian.* Alioqui certum est quantumuis cautionem de re immobili habeas pro immobili cum interpretibus, fieri tamen numquam posse vt per solam cautionem & scripturam dominium transferatur, quod vnum tamen oratione Scueri districtè prohibitum est. Nihil enim aliud egit oratio nisi vt proprietas quæ minoris esset in alium transire propter iuris interdictum non posset vt loquitur *l.prædia* 8.C. *de præd. minor.* vbi dicitur nec fauore nuptiarum, quæ tamen boni publici causam admixtam habent, permitti debere huiusmodi alienationem, puta si minor prædia quædam rustica vxori futuræ sponsaliorum nomine ante nuptias donauerit, Senatusconsulti enim autoritas retento dominio viam omnem alienandi obstruxit *l.siquidem* 11.*eod.tit.*

l.quidã 29. §.*vlt. D. ad SC. Velleian.*

l. prædia 8. C. *de præd. minor.*

l. si quidem 11.*eod.*

ILLATIO LXV.

De *minore vindicante fundum, cuius æstimationem accepit iudicio tutelæ.*

SExagesimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis illicitè post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis prædium venundatum sit, si tamen eo nomine apud iudicem tutelæ vel vtilis actionis æstimatio facta est, cáque soluta, vindicatio prædij ex æquitate inhibeatur *l.illicitè* 10.*D.de reb.eor.qui sub tutel.* Nulla enim ratio est subueniendi pupillo vel adolescenti qui iam indemnitatem consecutus est à suo quondam tutore vel curatore, quique non certat amplius de damno vitando, sed de lucro captando & de præda. *dict. l. si minoris* 25.D.*de adminiſtr.tutor.* Ea namque damni æstimatio quæ in actione tutelæ vel vtili facta est, noua quodammodo venditio cáque iusta & apud iudicem celebrata esse intelligitur, Maximè verò debet hoc obtinere, si, quod plerumque fit, tutor vel curator in facienda contra Senatusconsultum venditione rerum minoris, res suas proprias ob euictionis periculum proprio nomine obligauerit vt in *l.etsi is* 9.*C.de præd.minor.* Subscribens scilicet venditioni non solùm quasi curator sed etiam quasi fideiussor venditionis vt in *l. si non subscripsisti* 15.*C.de adminiſtr.tutor.* Nam cùm hoc casu tutor vel curator obligatus sit emptori si res euincatur per minorem valente nimirum hoc casu fideiussione & obligatione ipsius licèt principalis venditio non valeat, quia priuilegium quod personæ minoris tribuitur ne quid ei absit ad fideiussorem eius porrigi non potest *l.exceptiones quæ personæ* 7.*D.de except.* iunct. *l. ex pluribus* 42. D. *de adminiſtr.tutor.* sequeretur vt miser hic tutor vel curator duplex damnum pro eodem debito incurreret si permitteretur minori qui iam esset ab eo indemnitatem consecutus, rem præterea suam vindicare ab emptore. Non possum tamen videre vnde colligat Bartolus ad *dict. l. illicitè*, exceptionem, quæ

l. illicitè 10. *D. de reb. eor.*

l. si minoris 25.*D.de admin.tutor.*

l.etsi is 9.*C. de præd.minor.l. si non subscripsisti* 15.*C. de ad. tutor.*

L.exceptiones 7. *D de except. l ex pluribus* 42. *D. de adm. tutor.*

quæ incipit competere venditori post contractum transire ad emptorem. Nam in specie *dict.l.illicitè*, tutor quidem vel curator ille fuit qui vendidit, cùm alioquin tutelæ actione ex ea causa teneri non posset, sed tamen nullam potest habere exceptionem, quia nec vlla in eum actio competit postea quàm litis æstimationem à iudice factam exsoluit, cùm per eam solutionem sit omnino & ipso iure liberatus. Omnis enim exceptio præsupponit actionem: Nulla igitur exceptio est, quæ à tutore vel curatore possit transire in emptorem. Habet sanè emptor exceptionem si inquietetur per vindicationem à minore, sed exceptionem doli, quòd dolo faciat minor qui rei suæ æstimationem consecutus adhuc velit rem ipsam consequi. Eam verò exceptionem non habet à tutore vel curatore, qui sicut nullam habuit exceptionem quominùs æstimationem præstare teneretur, ita nec vlla exceptione indiget aut vti potest ad impediendam vindicationem, cùm non ab eo vindicetur res quam non possidet, sed ab emptore eodémque possessore. Igitur habet eam exceptionem à sola natura & qualitate negotij. Perinde enim habitutus esset etiamsi non à tutore vel curatore, sed ab alio quolibet solutionem æstimationis percepisset: quia in toto iure nostro quisquis habet litis æstimationem rem ipsam vendidisse intelligitur, idque est quod dici solet litis æstimationem similem esse emptioni *l.* 1. *l.* 3. D. *pro emptor.* Vnde fit, vt si is qui litis æstimationem præstat sit possessor, hoc ipso dominus fiat, si modò illud etiam concurrat vt res sit præsens, quæ possit videri tradita *l. eius rei* 46. *cum l. seq. D. de rei vindicat.* Aliud enim est si quis ad præstandam litis æstimationem ob hoc solùm sit condemnatus quòd dolo malo vel culpa desiit possidere, Ne alioqui sine possessione dominium transferri videatur *l. si culpa* 63. *l. is qui dolo* 69. *eod. titul.* Facit *l. sed etsi* 7. §. 1. D. *de public. l. si vt certo* 5. §. 1. D. *commod. l. si seruus* 21. §. *& ideò* D. *de euictionib. l.* 1. §. *vltim.* D. *de æstimat. action. l. si propter* 22. D. *rer. amot.* At in proposita specie, cùm tutor præstat litis æstimationem minori, cuius prædium contra Senatusconsultum vendidit & tradidit, non est ipse possessor, sed is qui ab ipso emit. Nec igitur dominus fieri potest: nec proinde ex ipsius persona ius vllum acquiri emptori, Adeò vt non prohibeatur minor rem suam vindicare tanquam dominus, si summinum ius spectetur. Sed vindicatio prædij ex æquitate inhibebitur vt scriptum est in *dict. l. illicitè*, Opposita nimirum, vt explicauimus, doli exceptione.

l. 1. *l* 3. D. *pro emptor. l. eius rei* 46 *& seq. D. de rei vindic.*

l. si culpa 63. *l. is qui dolo* 69. *eod.*

ILLATIO LXVI.

De minore vindicante rem malè alienatam, cuius precium versum est in rem minoris.

SExagesimosextò ex eodem Principio fit, vt si res minoris illicitè quidem vendita sit, & sine decreto contra Senatusconsultum, sed ita tamen vt precium conuersum sit in vtilitatem minoris, competat quidem minori ipso iure vindicatio tanquam domino, sed tamen summoueatur per exceptionem doli si pergat rem petere cum fructibus nisi offerat restitutionem precij quod accepit cum vsuris quæ percipi potuerunt *l. si fundus* 13. §. *quamquam D. de reb. eor.* vbi ratio redditur quam Principium nostrum suppeditat, quòd

l. si fundus 13. §. *quamquam D. de reb. eor.*

Digitized by Google

hoc casu minor lucrum captet ex damno alieno contra naturalem equitatem per occasionem iuris ciuilis, quæ res solet parere doli exceptionem. *l. 1. D. de dol.except.* Eáque primum Papiniani sententia fuit cuius responsum refert Paulus in *d.§.quamquam*, & probant Imperatores in *l. vtere* 14. & in *l. si prædium* 16. *in fin. C. de præd.minor.* Et inde est, quod quamuis huiusmodi venditiones ipso iure non valeant, obidque nec rescindi possint, quia quod ipso iure nullum est rescindi non potest *l. in causa* 13. *§.1. l in causa* 16. *§.1. D. de minor. l.3. C. si ad uers. libert.* dicuntur tamen rescindi per sententiam prætoris aut præsidis in *d. l. etsi is* 9. C. *de præd.minor.* Nempe quia plerumque accidit vt vindicatio inhibeatur, & submoueatur per doli exceptionem: quod cùm euenit venditio confirmari effectu ipso intelligitur, & consequenter è contrario rescindi cùm iudex pronunciat nihil causæ esse cur non debeat minori res sua reddi acsi vendi tio nulla interuenisset.

l. vtere 14. *l. si prædium* 16. *C. eod.*

l. etsi is 9. *C. eod. tit.*

AD TIT.

Qui testam. tutor. dar. poss.

PRINCIPIVM I.

De præcipuo fauore tutelæ testamentariæ.

TESTAMENTARIA tutela omnium fauorabilissima est. Cæteræ namque tutelæ ideò tantùm fauorabiles sunt, quòd sunt tutelæ, Hæc verò præter communem fauorem tutelæ, habet etiam singularem fauorem testamenti, nec tantùm voluntate testatoris nititur, sed etiam legis 12. tab. quæ parentibus nominatim permisit vt suis liberis siue masculini siue fœminini sexus si modò in potestate sint, tutorem dare possint *l. 1. D. hoc tit. De testam. tutel.* Illis nimirum verbis quibus & testamenti factionem permisit *paterfamilias vti super pecunia, tutelâve suæ legassit ita ius esto. l. sape 53. verf. at cùm dicitur l. verbis legis* 120. *De verb. significa.* aut vt apud Vlpianum legitur *tit. 11. super pecunia tutelâve rei suæ.*

l. 1. D. de testam. tutel. l. sape 53. l. verbis legis 120. *de ver. significa.*

ILLATIO I.

De latiore potestate tutelæ testamentariæ quàm legitimæ.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt testamentariæ tutelæ latiùs pateant quàm legitimæ. Dari enim tutor testamento potest non solùm paterfamilias sed etiam filiusfamilias vt Iustinianus in principio huius tit. scribit quamuis filiusfamilias legitimus tutor esse numquam possit, quia nec vnquam proximus agnatus est cùm semper à patre anteuertatur per quem & agnatus est, vt scripsimus ad *tit. præced. Pr. 2. illat. 3.* Testamento enim tutores dari possunt ij omnes cum quibus testamenti factio est *l. testamento tutores* 21. *D. hoc tit.*

l. testamento 21.

Inde

Inde etiam est quod seruus proprius testamento cum libertate tutor rectè dari potest,adeóque & sine libertate quasi hoc ipso quod tutor scriptus est liber quoque scriptus videatur , & quidem directò non per fideicommissum vt probauimus ad Princip.1.*sit.præced.illat.*42.Cùm tamen si instituebatur olim heres sine libertate institutio nõ valebat,ante Iustiniani constitutionem quæ hoc emendauit in *l.quidam* 5. *C.de necess hered.inst.*Nempe quia in institutione solus testamenti& libertatis fauor versabatur, in tutela verò testamentaria triplex fauor, testamenti libertatis & tutelæ,id est pupilli vt ea lex ait. Quòd si seruus sit alienus quem testator tutorem dare vult , adhuc eum dare potest, sed ita *cùm liber erit*,quomodo tamen non nisi inutiliter seruus proprius tutor scribi posset , vt sequitur apud Iustinianum in hoc tit. Atqui legitima tutela, neque proprio,neq;alieno seruo deferri vnquam potest , quia numquam est ille agnatus,quippe qui omnino incognitus est iuri ciuili.

l. quidã 5. C.de necess. hered. inst.

ILLATIO II.

De adiuuandis per interpretationem tutelis testamentariis.

SEcundò ex eodem Principio fit,vt tutelæ testamentariæ si qua de causa minùs ritè minúsve apertè datæ videantur , adiuuandæ sint interpretatione, vt valeant & habeant effectum. Sic enim adiuuari solent debéntque omnia, quæ in iure fauorabilia existimantur *l.cùm quidam* 19.D.*de liber.& posth.l. hoc modo* 64.*in fi.*D.*de cond.& demonstr.*Inde est quod Iustinianus scribit in *§. furiosus hoc tit. post Paulum in l.furiosus* 11.D.*de tutel.* & Vlpianum in *l. si heredatas* 10.*§. si furiosus D. hoc tit.* reprobata Proculi sententia , furiosum vel minorem vigintiquinque annis si tutor testamento datus sit tunc tutorem fore cùm compos mentis, aut maior annis 25.factus fuerit , quod & de minore scriptũ est in *l.quæro* 32.*§.vl.so.* Quasi tacitè subintellecta huiusmodi cõdicione quæ tamen nullomodo expressa fuit.Sic & is cui fideicommissaria libertas relicta est si purè tutor datus sit , hic tamen tutor erit cùm fuerit manumissus *l.qui tutelam* 28.§.1.D.*hoc tit.* Item quod addit idem Iustinianus in *§.vlt.* Si quis filiis suis,vel filiabus tutores dederit , etiam posthumo , vel posthumæ dedisse illum videri,quia filij , vel filiæ appellatione & posthumus & posthuma contineri possunt *l.nomen filiarum* 164.*De verb.significat.l.*5.D.*hoc ti.*Quamuis qui filiabus legauit non aliter videatur in eo legato de posthuma sensisse, quàm si qua alia testamenti parte fecerit posthumæ mentionem *l.qui filiabus* 17.*De legat.*1. Quòd si quis tutores liberis dederit , nepotibus quoque tutores dedisse videbitur,non tamen similiter si filios dixerit , Aliter enim filij,aliter nepotes appellantur.Planè si posteris dederit,liberi omnes etiam posthumi cõtinebuntur,vt in huius tituli fine Iustinianus scribit. Ex quo apparet benè Haloandrum in *l.quid si nepotes* 6.*D.de testam.tute.*vnde hic Institutionum locus desumptus est,vulgatam lectionem emendasse , & monuisse pro *posthumis* legendum *posteris*. Nam certum est posthumorum appellationem non posse cadere in eos liberos qui iam sunt in rebus humanis *d. l. nomen filiarum*, Multò magis dicendum est si quis ita tutorem dederit *filiis meis Sempronium tutorem do* in ea condicione esse , vt tam filiis quàm filiabus dedisse videatur. Filorum enim appellatione & filiæ continentur *l.si quis ita* 16.D.*hoc tit. l.quisquis* 116.*De verb.significat.*licèt non è conuerso filiarum appellatione filij

l.furiosum. D.de tutel.

l.qui tutelã 28.D.de testam.tutel. §. vlt. hoc tit.

l.quid si nepotes 6. D. eod.

l.si quis ita 16. D. hoc tit. l. quisquis 116. de ver.signific.

cõtineri possint, quia exemplo pessimum esset fœminino vocabulo masculos
l. si ita 45. de leg. 2. contineri *l. si ita sit scriptum* 45. *De legat. 2.* At quid si quis plures habens filios tutorem dederit filio ? Et quamuis de hoc Pomponius dubitauerit, Vlpianus tamen in *dicta lege si quis ita* §. 1. magis esse putat vt filiis omnibus dedisse videatur *l. Seruius* 122. *De verb. signific.* vbi quod erat multò difficilius
l. Seruius 122. De verb. signific. idem respondet Pomponius contra Seruium eo quoque casu quo testator ita scripserit *filio filiisque meis hosce tutores do*, quo casu putabat Seruius masculis duntaxat tutores datos quoniam singulari numero hoc *filio* ad pluralem videtur testator transiisse, continentem eundem sexum quem prior singularis numeri habuisset. Etsi concludit Pomponius hoc facti magis quàm iuris habere quæstionem, Cùm possit fieri, inquit Pomponius, vt singulari casu de filio pater senserit, deinde plenius liberis omnibus prospicere in tutore dando voluerit. Quibus verbis insinuat nec ferè se dubitare, quin si testator *filio* tantùm tutorem dedisset nec adiecisset *filiisque meis* non omnibus prospexisse videretur, quæ tamen ipsius non tam sententia quàm dubitatio fuisse
d. l. si quis ita. videtur ab Vlpiano relata & improbata in *dicta lege si quis ita.* Difficilius illud videtur, nec minùs tamen verum est quod sequitur apud Vlpianum in *d. si quis ita*, Eum qui liberis, vel filiis tutores dedit si quos habuit apud hostes, etiam iis dedisse vidçri , si non aliud apertè probetur testatorem sensisse. Quamuis verum sit cum eo qui apud hostes est testamenti factionem nõ esse, cùm interim re vera seruus sit hostium non obstante spe & fictione postliminij, quæ nec potest reddere filium patri si quo tẽpore filius redit ab hostibus, pater iam tum defunctus reperiatur. Verum enim fuit dicere eo instanti quo pater defunctus est nec debuisse illum in potestate filium nec habere in futu-
l. Gallus 29. §. videndum De liber. & post. rum vnquam potuisse *arg. l. Gallus* 29. *§. videndum* D. *de liber. & post.* Si quis tamen cùm ignoraret se filium Titium habere, filiis tutorẽ dederit, non videbitur ei dedisse quem ignorauit se habere in potestate, sed iis tãtùm quos sciũt se habere, Non quòd & hunc ipsum non admittat nomen filiorum, sed quia de ipso non sensisset pater, Quæ autẽ ex testamento pendent non aliunde vim habere possunt quàm ex voluntate testatoris. Proinde & si certus fuit pater, id est certò credidit, quamuis falsò vnum ex filiis decessisse qui tamẽ re vera superstes erat idem erit dicendum vt non videatur huic dedisse tutorem,
d. l. si quis §. penult. §. vlt. eiusd. leg. l. 3. § 1. de inst. rupt. quem obisse credebat *d. l. si quis ita §. pen.* Sed si quis dederit posthumis tutores, hique viuo eo nascantur, magis est, vt valeat datio & vtilis sit *d. l. si quis §. vltim.* quamuis non videantur in hunc casum tutores dati, cùm posthumi magis propriè ij dicantur, qui post parentis mõrtem nascuntur *l. 3. §. 1. De inst. rupt.*

ILLATIO III.

De prætore vel Consule dato tutore in testamento.

l. tutor 20. §. 1. hoc tit. TErtiò ex eodem Principio fit, vt testamento etiam prætor, Consulve tutor dari possit *l. tutor* 20 *§.* 1. D. *hoc tit.* quia licèt tutela non nisi verbis imperatiuis dari possit, Inciuile autem & absurdum videatur priuatum hominem imperare prætori, vel consuli, aut alij cuilibet in dignitate & reipublicæ administratione constituto, tamen lex duodecim tabularum eam voluntatem confirmat vt Paulus ait in *dicto* §. 1. ita vt non tam priuatus quispiam quàm lex ipsa

ipſa tutelam mandaſſe & imperaſſe videatur. Sed non facit ea res quin prætor Conſulve, aut alius quilibet magiſtratus iuſtam habeat excuſationem ſi tutelã nolit ſuſcipere §. *& qui poteſtatem infr. De excuſ.tut.* Facit tamen vt ei neceſſaria ſit excuſatio, itémque vt ſi tutelam ſemel ſuſceperit eam poſtea deferere non poſſit, tanquam à lege ipſa & iure publico mandatam.

§. & qui poteſtatem infr. De excuſ.tut.

ILLATIO IV.

De tutore dato ex tempore & ad tempus & ſub condicione.

QVatto ex eodem Principio fit, vt ex certo tempore & ad certum tempus, & ſub condicione, & ante heredis inſtitutionem tutor dari teſtamẽto poſſit §. *ad certum tempus hoc tit. l. tutor* 8. *§. 1. l. ſi quis ſub condicione* 11. *D. eo.* Eſt enim tam fauorabilis voluntas teſtatoris vt eam lex ſemper confirmet ac ſubſequatur, dũ ne quid teſtator ſanxerit contra leges. Planè ſi certæ rei vel cauſæ pater tutorem dederit, non valebit datio, quia perſonæ non cauſæ, vel rei tutor datur, vt Iuſtinianus hic ſcribit ex Vlpiano in *l. certarum* 12. *cum duab. ſeqq.* D. *eod.* Præterquàm ſi tutor rei Syriacæ, vel Africanæ datus proponatur. Hoc enim iure vtimur propter vtilitatem pupillorum vt valeat huiuſmodi datio vt ſubiungitur ex Vlp. in *l. ſi tamen* 15. *eod.* De quo plura ſcripſimus ad Pr. *Inſt. tit. proced. illat.* 3.

§. ad certum tempus hoc tit. l. ſi quis ſub condicione 11 *l. tutor* 8. *§. 1. eod. l. certarum* 12 *cũ duab. ſeqq l. ſi tamen* 15. *eod.*

ILLATIO V.

De tutela data in codicillis teſtamento confirmatis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quamuis lex 12. tabularum non aliter videatur permiſiſſe teſtatori dationem tutoris quã ſi ſimul heredem inſtitueret, ita vt tutor ſeparatim ſine pecunia dari non poſſit, vt Paulus ſcribit in *l. ſæpe* 53. *verſ. at cum dicitur De verb. ſignific.* inſtitutio autem conferri in codicillis nequeat, quia hereditas codicillis neque dari, neque adimi poteſt *l. quod per manus* 10. D. *de iur. codic. l. quidam* 27. *§.* 1. D. *de cond. inſtit.* tutela tamen codicillis data valeat ſi modò codicilli teſtamento fuerint confirmati *l.* 3. D. *hoc tit.* Nempe quia non eo minùs teſtamentum eſt, vt condicillos confirmare poſſit quod tutelæ dationem nullam contineat. Nullum autem eſſet ſi inſtitutionem heredis nullam contineret *d. l. quod per manus* §. *ante heredis infr. De legat.*

l. ſæpe 53. D. *verb. ſignific.* *l.* 3. D. *hoc tit.*

ILLATIO VI.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi quis ſub condicione, vel ex die tutorem dederit medio tempore alius tutor dandus ſit, itẽque ſi hereditas ex cuius aditione tutor ſperatur nondum adita fuerit ab extraneo ſcilicet inſtituto filio exheredato quãuis habeat pupillus agnatum, qui legitimus tutor eſſe poſſet ſi legitima tutela locum haberet. Quandiu enim teſtamentaria tutela ſperatur quæ fauorabilior eſt ceſſat legitima quæ eſt minùs fauorabilis *l. ſi hereditas* 10. *in princip. dicta lege ſi quis ſub condicione* 11. D. *hoc titul.* vbi addit Vlpianus, Etſi ſemel ad teſtamentarium tutela deuoluta fuerit, deinde excuſatus ſit tutor teſtamentarius adhuc dicendum eſſe in locum excuſati aliũ dandũ non ad legitimum tutorem redire tutelam, Quaſi fauorabilior ſit, qui datur in locum teſtamentarij excuſati tanquam propiùs accedens ad teſtamentarium, quàm qui legitimus eſt, Licèt tutela legitima præferatur datiuæ vbi teſtamentaria nulla eſt, vel ſi tutor teſtamentarius deceſſerit *l. 1. l. inteſtato* 6. *& paſſ.*

l. ſi hereditas 10 *in princip. d. l. ſi quis ſub condicione* 11. *eod. l. 1. l. inteſtato* 6. D. *de legit. tutor.*

Digitized by Google

D.de legit.tutor. Idem dicemus etsi tutor testamentarius remotus sit, Nam & hic idcirco abit vt alius detur in eius locum, non vt legitimus admittatur. Tunc tãtùm ergo ad legitimũ tutela redit cùm testamẽto datus tutor decessit, quia hîc cessat senatusconsultum quod de substituẽdis tutoribus factũ est *d. l. si quis §. quòd si tutor.* Planè si duo plurésve fuerint tutores testamentarij, in locum eius qui decessit, vel in ciuitate esse desiit adhuc dicendum erit alium dãdum esse, ita vt non aliter legitima tutela succedat quã si nullus supersit, vel in ciuitate sit *§. vlt. eiusd. leg.* Esset enim perabsurdum quandiu aliquis ex testamentariis supereſt admitti legitimũ simul cum testamentario, Quamuis in hereditatibus non sit absurdum, vt ex postfacto heres legitimus cum testamentario concurrat *l. circa* 24. D. *de inoff. testam.* Nempe quia in locum heredis testamentarij qui in lite de inofficioso testamento succubuit alius nemo substitui potest à magistratu, quomodo potest substitui tutor à magistratu non modò in locum excusati, sed etiam in locum demortui si quis adhuc testamentarius alius supersit.

d. l. si quis §. quòd si tutor. §. vlt. eiusd. leg.

ILLATIO VII.

De non exigenda satisdatione à tutoribus testamentariis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt tutores testamentarij satisdare non cogantur *l. testamento* 17. *l. si nemo* 19. §. 1. *D. hoc tit.* Visus enim est hic honor præstandus testamentariis tutoribus tanquam fauorabilioribus, cùm habeant pro se iudicium defuncti.

ILLATIO VIII.

De seruo tutore dato per testatorem qui liberum esse putabat.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt si quis tutorem filio suo dederit seruũ quẽ putabat liberũ esse cùm esset seruus, is neq; liber neq; tutor sit *l. si quis tutorẽ* 22. *D. hoc tit.* quia licèt testamẽtariæ tutelæ pupillíque fauor cõtrariã sententiam elicere videretur, nullo tamen fauore dignus esse potest, qui pro se non habet testatoris voluntatem quæ scilicet errantis hominis nulla esse potest *vulg. l. si per errorem* 15. *D. de iurisdict.* Cùm testamentariæ tutelæ fauor, vt initio præfati sumus, ex iudicio & voluntate testatoris potissimùm descendat. Ideóque nec tutoris datio valet si non constet vtri ex filiis, aut vtrum tutorem dare pater voluerit *l. tutor* 23. *l. duo* 30. *D. hoc tit.*

ILLATIO IX.

De tutore qui ab vna tutelarum se excusat.

NOnò ex eodem Principio fit, vt duobus pupillis tutor datus etsi alterius tutela se excusat, alterius tamen tutor maneat si res sint separatæ *l. duobus* 25. D. *hoc titu.* quod in legatis aliísque rebus coniunctim relictis diuersum esset. Nec enim facilè auditur qui vult inducere diuisionem voluntatis *l. eum qui* 18. §. *vltim. D. de his quæ vt indign. l. legatarius* 38. *De legat. 1. l.* 4. *De legat. 2.* quamuis placeat duobus legatis relictis, scilicet separatim (alioqui vnicum legatum esse videtur ac proinde æquè

Digitized by Google

æquè indiuiduum etiamsi res legatæ sint inuicem separatæ, puta si testator dixerit *Titio fundos Cornelianum & Sempronianum do lego* posse legatarium vnum repudiare, alterum verò amplecti: Dum ne vnum ex iis onus habeat & illud sit, quod repellatur vt scriptum est in *l. sed duobus* 5. *eod.* Sed in tutela testamentaria duorum pupillorũ coniunctim vni eidémque tutor relicta diuersum est, quia non tutoris fauor aliquis in eo versatur, vt legatarii in legato, sed solius pupilli & reipublicæ. Illud tamen omnimodo requiritur, vt huiusmodi pupillorum patrimonia sint separata. Alioqui si vnius administratio sine alterius administratione expediri non possit, neque fieri poterit, vt qui ab vnius tutela se excusauit, alterius suscipiat. Ergo hoc casu excusatio non admittetur quod & Bar. sentit, & probant verba illa legis *alterius tutela se excusare potest, cum res separatæ sunt.* Ergo non potest si separatæ non sunt. Facit *l. si communem* 10. D. *quemad. serui. amitt.*

l. duobus 5. D. *hoc tit.* *l. 5. de leg. 1.*

ILLATIO X.

De pupillo agente cum vno ex tutoribus quos plures habet.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt si plures tutores testamento dati sint, & cum vno ex iis agendum pupillus habeat, non ideò tamen litis causa curatorem à prætore posci oporteat. Id enim superuacuum esset siquidem altero tutore autore cum altero agi posset *l. si plures* 24. *eod.* Cùm enim testamentaria tutela sit omnium fauorabilissima cur volumus requirere datiuam vbi testamentaria sufficit? Aut cur curatorem ad litem cùm adest tutor multò dignior tanquam qui non solùm testamento, sed etiam in omnem causam datus sit? Quamquam non nego & in pluribus tutoribus legitimis idem tractari posse *l. si tutor* 9. §. *& generaliter* D. *de tutel. & ration. distr. l.* 1. *C. de in lit. dand. tutor.* Curatoris ergo datio hoc casu non tantùm superuacua, sed etiam inutilis est *l. curator pupillo* 11. D. *de tutor. & cur. dat.*

l. si plures 24. D. *hoc tit.*

l. si tutor. 9. § *generaliter De tute. & rat. dist. l.* 1. *C. de in lit. dand. tut l. curator.* 11. D. *de tutor. & cur. dat.*

ILLATIO XI.

De tutore dato filio exheredato in testamento quod ille velit inofficiosum dicere.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt si pater filio suo exheredato tutorem dederit in eo testamento, quod filius ipse velit inofficiosum dicere, eundem tutorem interim à prætore confirmari oporteat *l. iure nostro* 26. §. *vlt. D. hoc tit.* ne tutor datiuus inducatur quandiu testamentarius aliquis esse potest. Etsi enim futurum est in eum casum quo per querelam testamentum rescindatur, vt appareat tutoris dationem non valuisse, vt nec cætera eodem testamento relicta, quia tamen fieri potest vt pro testamento contra filium iudicetur, quod & in dubio præsumendum est *arg. l. si pars* 10. *D. de inoff. testam.* euentus rei iudicatæ expectandus est non vt confirmetur tutor, sed vt sciatur, an ex testamento patris, an ex decreto prætoris autoritatem ille acceperit. Idémque erit si testamentum falsum dicatur, & patrem intestatum decessisse. Nam in dubio præsumimus pro scriptura testamenti *l. idem fiet* 27. *D. hoc tit.* At cur tutoris huius confirmatio necessaria est, cùm testamentum interim valeat quandiu per querelam non est rescissum? Nempe quia cùm

l. iure nostro 26. §. *vlt. D. hoc tit. & l. seq.*

Digitized by Google

filius cui pater tutorem dedit querelã velit proponere,non eſt cogendus quitquam facere vel pati per quod iudiciũ patris adprobare videatur,quoniam ea res ſummoueret ipſum à querela *l.pen.§.pen.& vlt.& l.vlt.*D.*de inoff. teſtam.* Adprobaret autẽ iudicium patris ſi eum tutorem quem pater eo teſtamento dedit haberet pro bene dato.Ergo aliud erit hodie poſtquàm Iuſtiniano placuit *Nouell.*115.*Vt cùm de appellat.cognoſc.§.aliud quoque capitulum*,vnde ſumpta eſt *Auth.ex cauſa C.de liber.præter.* vt rupto per querelam teſtamento ex cauſa exheredationis,tutelæ tamen conſeruentur,vt & cætera omnia eodẽ teſtamento data præter heredum inſtitutiones,quamuis non poſſint tutelæ dari niſi in teſtamento,& quidem iure facto , aut ſaltem in codicillis teſtamento cõfirmatis *l.3*,D.*hoc tit.*Quamquam mirum ſanè videtur,vt quod ipſi filio teſtamentum rumpenti datum eſt conſeruetur,Nam ſi quid ei legatum eſſet,amitteret , nec ad hunc caſum pertineret quod dicimus legata eo teſtamento data per Iuſtiniani legem conſeruari *l.poſt legatum* 5.§.1.D.*de his quæ vt indign. l.filium* 5.§.*omnibus* vbi Bar.*D.de leg.præſt.l.Papinianus* 8.§.*meminiſſe D.de inoff.teſt.l.quæſitum* 40.*D.de acquir.hered.*Ea namque ſola conſeruantur , quorũ amittendorum non alia ratio eſt,quàm quia teſtamentum ruptum fuerit non etiam ea quæ amitterentur etiamſi pronunciatum eſſet pro teſtamento quod inofficioſum dictum fuit.Sed alia tutelæ ratio eſt,quæ ſcilicet non conſiſtit in commodo aliquo pecuniario vt legatum & fideicommiſſum, ſed in eo quod publicæ quoque vtilitatis fauorem admixtum habeat. Nam & ſi rupto teſtamento per querelam teſtamentaria tutela infirmaretur,alius tamen tutor pupillo dandus eſſet,quem porrò meliorem dare magiſtratus non poſſet , quàm qui à patre ipſo electus fuit. Deinde legata quæ amittuntur ob indignitatem eius qui teſtamentum inofficioſum dixit,ideò amittuntur,non quod deſinant valere(ſic enim fieret,vt remanerent penes heredem)ſed quia pertinent ad fiſcum , Quod non ſimiliter dici poteſt de tutelæ quæ onus eſt non lucrum.Fiſcus enim lucra ſola inuadit , onera verò nemini inuidet.Denique licèt tutor pupillo detur,tutela tamen non ipſi datur,ſed ei qui teſtamento tutor ſcriptus fuit.Cùm ergo dicimus conſeruari tutelam tametſi is qui tutorem accepit teſtamentum dixerit inofficioſum,non conſeruamus,id quod rumpenti ipſi datum & relictum eſt,ſed quod alij,nimirum tutori,qui licèt tanquam tutor inofficioſum teſtamentũ dicat pupilli ſui nomine ,ea tamẽ quæ ſibi ex propria perſona relicta ſunt,in quorũ numero tutela eſt non amittit quippe quẽ officij neceſſitas excuſat *l.tutorẽ* 22.*D.de his quæ vt indig.*Neque verò ſi tutelam eum amittere quis diceret,damnum tamen ei vllum infligeret,at lucro potius eum afficeret,quem ab onere iniuncto liberaret.Quod ab Accurſio,Bartolo , aliiſque interpretibus non ſatis benè videtur obſeruatum.

Nouell. 115. Vt cum de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum. l.3.D.hoc ti.

l. tutorem 22. D.de his quæ vt indign.

ILLATIO XII.

De *confirmando tutore teſtamentario minùs ritè dato.*

DVodecimò ex eodem Principio fit,vt quamuis eos demum tutores teſtamento datos accipere nos oporteat, qui iure dati ſunt *d.l.3.in fin. D.hoc tit.* Si quis tamen minus ritè tutorem dederit , aut cui non potuit,aut vbi non potuit , aut quando non potuit , adhuc tamen confirmandus ſit tutor &

tor & quidem omnimodo & sine inquisitione si pater sit qui dedit, aut cum inquisitione si mater aut patronus *l.1.2.3. & pass. D. de confirmat. tutor. l.qui tutelam* 28. *§. vltim. hoc titu.* ita vt legitimo tutori præferatur, Non quòd verè sit testamentarius, cùm potius sit datiuus (is enim dat qui confirmat *dicta lege iure nostro §. vltim. hoc tit. l.1. C. de confirm. tut. l. lege obuenire* 130. *De verb. signific. l. qui negotiationem* 58. *§. testamento D. de administrat. tutor. l. penultim. in princip. D. de curat. furios.*) sed quia testamentario similis est in eo quod habet pro se voluntatem testatoris, ideóque nec satisdat, perinde acsi tutor testamentarius esset *dicta lege* 3. *De confirmat. tutor.* sapitque naturam testamentarij vt post Dyn. loquitur Bart. ad *dict. leg.* 1. *num.* 5. *&* 6. *ill. tit.* Sed hæc tamen ita sunt accipienda si persona, cui pater tutelam dedit capax sit tutelæ. Nam si pater tutelam communium liberorum testamento suo matri mandauerit non erit tutor à prætore confirmandus inspecta iuris veteris ratione quæ non patiebatur, vt mulier tutrix esse posset, nisi id à Principe specialiter impetrasset *l. vltim. D. de tutel.* Quare nec si prouinciæ præses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreuerit successor eius sententiam quam leges nostræ non admittunt rectè sequetur *d. l. iure nostro in princip.* Quod tamen hodie non obtinet cùm iure nouo liceat matri, & auiæ propriorum liberorum suscipere tutelam si velint *Nouell.* 118. *De hered. ab intest. venient. cap.* 5. *§. ex his autem.* Vnde sumpta est *Auth. matri & auiæ C. quando mul. tutel. offic. fung. pot.*

l.1.2. & 3. D. de conf. tutor. l. qui tutelam 28. *§. vl. D. hoc tit.*

l. vlt. D. de tutel. d.l. iure nostro 26. *in princip. Nouell.* 18. *de hered. ab intest. venient. cap.* 5.

ILLATIO XIII.

De eo qui se testamento patris tutorem adscribit pupillo.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis ex sententia senatusconsulti Liboniani tutor esse non possit is qui se testamento patris pupillo tutorem adscripsit (verba enim quæ loquuntur de eo qui adscribit sibi commodum non possunt ad hunc pertinere qui onus sibi adscribit) si tamen patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non sit, hunc quoque curatorem dare prætor debeat etiamsi alij tutores essent *l. ex sententia* 29. *D. hoc titu.* quia licèt neque tutor sit ipso iure, neque tanquam tutor confirmari possit à prætore, vtrumque impediẽte autoritate & sentẽtia senatusconsulti Liboniani, tantus tamẽ est fauor tutelæ testamẽtarię propter volũtatẽ testatoris, vt eo saltẽ modo confirmandus sit, quo confirmari potest, id est tanquam curator. Nihil enim fit cõtra sententiã nõ magis quàm cõtra verba senatusconsulti Liboniani cũ tanquã curator cõfirmatur is qui non curatorẽ se scripserat, sed tutorẽ. Quinimò specialia duo sunt in hoc curatore quæ in alio quolibet tutore non essent, Scilicet vt neque admittenda sit eius excusatio si quam iure publico habeat, quia promisisse videatur se tutelam suscepturum cùm sua manu tutorẽ se scripsit, neq; tanquã suspectus remoueri quãuis manu sua se tutorẽ scripserit, quia idẽ quoq; pater ipse manu sua scripsit, vt eleganter Papinianus ratiocinatur in *d. l. ex sententia*. Neque tamen huic consequens est quod post Accursium Bart. tractat ad *d. l. ex sententia num.* 5. si quis legata aliqua, vel fideicommissa sibi manu sua adscribat, vel testamẽti tẽpore præsens fuerit & acceptans nõ posse illum postea repudiare, quod sibi relictũ est. Nã imò repudiare poterit cùm erit delatum, Nec ei nocebit acceptatio facta viuo testatore cùm

l. ex sententia 29. *D. hoc tit.*

eo tempore non esset in ea causa legatum,vt vel agnosci posset, vel repudiari. Prius enim est,vt sit delatum *l.si ita scriptum* 45.§.1.*De legat.2.l.1.§. decretalis D.de succeff.edict.* Delatio autem non fit priusquàm dies cedat, id est ante mortem testatoris *tot. titu. quand. dies legat. ced.* Tutelæ alia ratio est, Nam cùm sit munus publicum recusari numquam potest nisi ab iis qui iure quoque publico iustam habent excusationem,vt loquitur Papin.in *d.l.ex sententia.*Excusatio autem quocũque voluntatis iudicio facilè remittitur,nec minùs viuo testatore si tutor se tutelam susceperum ei promiserit,quàm si post mortem testatoris ea promissio facta esset,Ne alioqui decipiatur pater qui alium tutorem dedisset, si hic nihil promisisset. At non decipitur testator legatario,vel fideicommissario liberalitatem repudiante,quam agniturũ se promiserat,cùm è contrario faciat ea repudiatio, vt tantò sit opulentior hereditas quę legatis illis & fideicommissis si agnita forent fuisset delibata.Nec illud quoque verum est quod addit Bar.si scribam me tibi debere centum ex aliqua causa,puta mutui licèt non adiecerim,quòd ista promittam,videri tamen me promittere.Si enim tacitè promissio ista induceretur, stipulatio quoque intercessisse crederetur acta re inter præsentes *l.1.C.de contr. & committ. stipul.l. sciendum* 36.D.*de verb. obligat.* Atqui stipulatio cùm sit verborum obligatio numquam inducitur sine verbis,nisi cùm legis potestate id fit,vt in specie *l.vnic.C. de rei vxor. actio.* Neque verò ex necessitate scripturæ huius potest inferri factam esse vllam promissionem,cùm possit ea scriptura prodesse ad probãdam veritatem & causam debiti,quod satis est,vt non inutilis videatur, Deinde, quid si quis scripserit centum se debere ex causa pacti nudi.Cur obsecro credendus sit promisisse per stipulationem quod non nisi ex pacto nudo debeat? Aliud ergo est scribere se debere, Aliud promittere. At non aliud est scribere se tutorem dictãte testatore,aliud promittere testatori se tutelam susceperum,quoniam alioqui deciperetur testator qui alium tutorem scriberet,aut dictaret, si hic seipsum scribere recusaret.

l.vnic.C.de rei vxo.act.

ILLAT. XIV.

De tutore dato filiæ exheredatæ in testamento postea rescisso per querelam.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt si pater exheredatæ filiæ tutores dederit,& testamentum eius postea ruptum sit nato posthumo cõmodissimum sit eosdem tutores pupillæ dari ad petendam intestati patris hereditatem *l.si pater* 31.*hoc tit.* Vt scilicet quantum fieri potest voluntas defuncti retineatur, qua nihil fauorabilius est, tametsi testamentum ruptum sit,agnatione posthumi,Cùm suprà dixerimus eam voluntatem sequendam esse etiam rescisso per querelam testamento *d.l.iure nostro §.vltim.* qui tamen casus multò dubitabilior est cùm per querelam rescindantur iudicia defuncti tanquam dementis & insani *l.2.4.& 5.l.Titia* 13.D.*de inoff. testam.* vbi dicitur ob hanc causam nec vllius momenti esse clausulam codicillarem in eiusmodi testamento adiectam.

l.si pater 31. hoc tit.

d.l.iure nostro 16. §. vlt.

l. Titia 13. D. de inoff. testam.

itized by Google

ILLATIO XV.

De tutore teſtamentario dato per eum qui non ſit eiuſdem ciuitatis.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit,vt quamuis magiſtratus municipalis non poſſit dare tutorem,niſi illum qui ab eodem municipio vel ab agro eiuſdem municipij eſt *l.3.D.de tutor.& curat.dat.* quia ſcilicet non habent ius dandi tutores niſi his veluti finibus coarctatum,teſtator tamẽ tutores teſtamento dare poteſt etiam eos,qui non ſint eiuſdem ciuitatis ciues *l. quæro* 32. D.*hoc tit.* Nempe quia teſtamentariæ tutelæ latiùs patent, tanquam fauorabiliores cùm eas lex duodecim tabularum confirmet *l.tutor incertus* 20.§.1.D.*eo.*

l. quæro 32. D.hoc tit.

l.tutor incertus 20. §. 1. eod.

ILLATIO XVI.

De ſpectandis potiſſimum verbis quibus data eſt tutela teſtamentaria.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit,vt in decidendis quæſtionibus quæ circa tutelam teſtamentariam emergunt, verba teſtamenti potiſſimùm ſpectanda ſint vt voluntas teſtatoris ſeruetur ne alioqui facilè accidat vt contra voluntatem fiat quod ex voluntate proficiſcitur, Vt in ſpecie *l.penultim.*D. *hoc tit.* vbi Iauolenus refert,tutoribus ita datis *Lucium Titium tutorem do, ſi is non uiuit tum Caium Plautium tutorem do*,cùm Titius vixiſſet ac tutelã geſſiſſet poſtea mortuus eſſet ſuperſtite Plautio, Trebatiũ negaſſe tutelã ad Plautiũ pertinere,Proculũ verò& Labeonẽ cõtrà.Sed magis probat ſentẽtiã Trebatii,quia illa verba *ſi is non uiuit* ad tẽpus mortis præcisè referũ tur propter articulũ *tum* vel *tunc* qui ſignificat temporis & quidem longinqui extremitatem vt Bart. ait ex *l.4.§.1.De condic.& demonſtr.* Alioqui verbum *uiuit* cùm ſit præſentis temporis refertur ad tempus teſtamenti *l.cùm ad præſens* 57. *D. de reb.cred.l.ſi ita* 8.*de aur.leg.*ac proinde cùm defecerit condicio ſub qua Plautius tutor datus fuit,non poteſt ad eum tutela pertinere.*l.tutor* 8.§.1.*eod.* Proculum tamen & Labeonem in contrarium præcipuè mouiſſe videtur fauor teſtamentariæ tutelæ quam æquum eſt conſeruari & produci quantum fieri poteſt, Maximè cùm poſſit teſtamento tutor dari & ex tempore,& ad tempus *d.l tutor §.tutorem.*Sed pro Trebatio & Iauoleno reſpondendum eſt fauorem teſtamentariæ tutelæ non aliunde quàm ex vltimæ voluntatis fauore deſcendere.Nihil igitur hoc prætextu audendum eſſe contra vim expreſſam verborum, ex quibus demùm voluntas colligi poteſt,Aliud igitur eſſet ſi verba fuiſſent extenſiua nec ad certum tempus reſtricta,vel ſi fuiſſent ita concepta *Lucium Titium tutorem do,Poſt Titium Plautius tutor eſto.*

l.penu.D.hoc tit.

l. tutor 8. §. 1. eod.

ILLATIO XVII.

De tutoribus datis in locum eorum qui mortui credebantur.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit,quod Scæuola reſpondit in *l. vlt. D.eod.* Cùm teſtator quidam codicillis ſuis ideò alios tutores ſe dare ſignificaſſet,quoniam teſtamento datos quoſdam defunctos eſſe aut excuſationem habere poſſe comperiſſet,nihilominùs eos qui ex ipſis viuerent, nec excuſati eſſent,tutores permanere & quidem ita vt qui in codicillis dati ſunt,nõ

l.vlt.eo.tit.

sint tutores, quomodo rectè Bartolus, Baldus & alii sentiunt post Dynum, Nempe quia ex verbis testamenti apparet non eam fuisse mentem testatoris vt omnes simul tutores essent, nec rursum vt per posteriorem dationem priores reuocarentur, Nam ex ratione quam testator expressit suæ voluntatis, colligimus non obscurè ipsius voluntatem *l. vltim.* D. *de hered. instit.* *l. cùm pater* 77. *§. dulcissimis de legat.* 2. Quare ad rem non pertinet si quis obiiciat ex *l.* 2. *C. hoc tit.* tutorem testamentarium non excludi per codicillarem sed ambos tutores esse. Tunc enim id obtinet cùm ambo simpliciter dati sunt, vt benè respondet Bartolus, non autem cùm expressa ea causa quæ ostendat non fuisse testatorem venturum ad posteriorem dationem si priorem valere posse credidisset. Minus obstat si quis dicat, In tutelis testamentariis vt in cæteris omnibus vltimis voluntatibus scripturam & condicionem nouissimam spectandam esse, non vt in libertatibus leuissimam condicionem *d. l. tutor* 8. *§. vlt. & l. si hereditas* 10. *§.* 1. D. *hoc tit. l. quod traditum est* 87. *cum duab. seqq. D. de condic. & demonstr.* Nouissima enim scriptura ea accipienda est non quæ postremo loco dictata aut scripta est, sed quam testator nouissimam esse voluit, cùm voluntas sola sit illa quæ facit vt omnia valeant, quæ testamento data sunt, vt de legatis scriptum est in *l. si mihi & tibi* 12. *§. vlt. de legat.* 1. *l. si quis in principio* 22. *De legat.* 3. Non fuit autem in propolito vltima testatoris voluntas quam ille expressit in codicillis quamuis post testamentum factis, quia non eos tutores daturus fuisset, si putasset futurum vt quos priùs dederat tutores esse possent, & vellent. Quod autem obiici solet de procuratore, Per dationem vltimi primum videri reuocatum ex *l. si quis cùm procuratorio* 31. *D. de procurat. §. vltim.* longè diuersam rationem habet, quam nec Bart. ignorauit ad *dict. l. si hereditas §.* 1. Nempe quia plures tutores, licèt diuersis temporibus dati, eodem tamē tempore confirmantur, quod in pluribus procuratoribus non obtinet diuerso tempore datis. Quòd si simul dati sint omnes sunt procuratores exemplo tutorum, sed ita vt melior sit condicio occupantis in ea re in qua occupat, ne mutuò se impediant *l. pluribus* 32. *eod.*

l. vlt. D. de hered. inst. l. cùm pater 77. §. dulcissimis de leg. 2.

l. tutor 8. §. vlt. l si hereditas 10. §. 1. D. hoc tit.

l. si mihi 12. §. vl. de leg. 1. l. si quis 22. de legat. 3.

ILLATIO XVIII.

De tutore dato liberis, etiam exheredatis.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt etiam exheredato filio tutorem dare pater possit, perindéque valeat datio si modò hereditas ex eo testamento adeatur *l. pater* 4. *D. hoc tit.* Est enim æquè fauorabilis hæc tutela cùm sit testamentaria atque si filio instituto facta esset, siue patris voluntatem vltimam spectes, siue filii vtilitatem ad quam hoc maximè pertinet vt qui ex bonis patris nihil habet saltem à prouidentia paterna id habeat quod sine dispendio & diminutione hereditatis paternæ futurum sit. Et quemadmodum filio exheredato pupillariter substituere potest, fideicommissum autem vel ab eo vel ab ipsius substituto aut legitimo herede relinquere non potest *l. si adrogator* 22. *§.* 1. *D. de adopt. l.* 2. *l. coheredi* 41. *§. cùm filia* De *vulg. & pupill. substit.* quia substitutio pupillaris honor pupilli, fideicommissum verò onus grauati esse creditur, ita & filio impuberi exheredato tutorem dare pater potest, propterea quòd id & honorificum & vtile futurum sit filio, quamuis tutori onerosum. Et de huiusmodi tutore testamentario, id est qui impuberi exheredato datus

l. pater 4. D. hoc tit.

datus sit accipi debet quod scribit Pomponius in *l. si nemo* 9. D. *hoc tit.* Si nemo hereditatem adierit nec tutelam valere, nec aliud quicquam ex iis quæ testamento scripta sunt, si verò vnus ex pluribus adierit tutelas statim valere, nec expectandum esse vt omnes hereditatem adeant. Itémque quod Vlpian. in *l. si hereditas* 10. *eod.* Si hereditas nondum adita sit, ex qua id est ex cuius aditione, aut si mauis, ex qua aditione tutor speratur, verius esse alium tutorem posse dari quasi nondum sit nec speretur. Nam si poneres iis locis inslitatum fuisse filium in potestate impuberem cui tutor datus fuit, frustra & perperam lex loqueretur de aditione, cùm sui heredes non dicantur adire, sed se immiscere: nec hereditatem acquirere sed retinere *l. si patronus* 12. §. *vltim.* De *bon. libert.* Frustra etiam lex requireret aditionem quæ nunquam in suis heredibus necessaria est, *l. in suis* 14. D. *de suis & legit. l. in suis* 11. D. *de liber. & post.* cùm sint ipso iure & statim heredes ex testamento, etiam post datum illis à prætore beneficium abstentionis *l.* 1. §. *qui sunt in potestate* D. *si quis omiss. caus. testam.* imò etiam postquàm se abstinuerunt *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus* D. *de fideicommiss. libert.* Nec tantùm quod ad iuris ciuilis vigorem attinet, verùm etiam quod ad prætorem *l. ita tamen* 27. §. *si pater* D. *ad SC. Trebell.* licèt dici soleat filium qui se abstinuit non haberi à prætore heredis loco *l. si filius* 12. D. *de interrog. in iur. fac.* Nimirum quod ad hoc vt à creditoribus hereditariis conueniri, vel debitores hereditarios conuenire ipse possit *l. necessariis* 57. D. *de acquir. hered.* Itaque parum subtiliter facit Bart. qui ad *dict. l. si hereditas*, torquet se vt inquirat, Cur in specie illius legis alius tutor dandus sit iacente hereditate, cùm, inquit, testamentarius confirmatus sit per existentiam sui heredis quæ pupillares etiam tabulas confirmare solet *l. filius* 41. D. *de acquir. hered.* Adhuc verò insubtiliùs cùm respondet intelligendum esse Vlpianum de eo casu quo existentia sui heredis non operabatur, quod solet ille dicere duabus potissimùm de causis euenire, Aut quia substitutum vulgarem habeat suus heres, aut quia extraneum coheredem. Sic enim ille ad *dict. l. si nemo & ad l. Iulianus* 42. *de acquir. hered.* & alibi sæpe. Quæ tamen traditio tanquam à Iureconsultorum traditionibus alienissima à nobis confutata est in secunda parte Chiliadis nostræ. De *error. pragmat.* Debuerat Bart. dicere supradictis locis datum fuisse tutorem filio impuberi exheredato, Quo casu non potest sui heredis existentia confirmare tutelam, quandiu potest confirmari exheredatio per aditionem hereditatis ab extraneo herede faciendam, Multò minùs postea quàm adita est hereditas, quamuis vno casu possit adhuc suus heres esse is qui exheredatus fuit, Nempe si testamentum destituatur nemine ex eo adeunte, Ne alioqui testamentum per omnia irritum ad solam exheredationis notam profeciisse videatur *l. filium* 20. D. *de bonor. poss. contr. tab. & dict. l. si patronus* 12. §. *ex testamento* D. *de bon. libert.* Proinde extra rem illud etiam est quod notat Bart. ad *dict. l. si hereditas*, posse dari tutorem impuberi ad vnum articulum puta ad hereditatem adeundam *l. impuberi* 9. D. *de tutor. & curat. dat.* Non enim ait Vlpianus in *dict. l. si hereditas*, dandum esse tutorem impuberi ad adeundum, sed ad personam ipsius regendam, & patrimonium si quod ei obueniret aliunde quàm à patre, dum extranei aditio expectatur. Quare nec distinctio illa necessaria est quam ponit Bart. an certum sit hereditatem esse

l. si nemo 9. D. *hoc tit.*

l. si hereditas 10. *eod.*

l. 1. §. *qui sunt in potestate* D. *si quis omiss. caus. testam. l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus* D. *de fideic. libert.*

Bartoli errores ad d. l. si hereditas, & ad d. l. si nemo.

l. filium 20. D. *de bon. poss. contr. tab.*

d. l. si hereditas.

locupletem an incertum & dubium. Supponit enim tractare Vlpianum de impubere herede instituto, quod nos negamus. Ergo & quod idem Bart. subiungit tutorem datum ad certum articulum non habere necesse facere inuentarium, vt neque curatorem datum ad litem ex notat. in *l. de creationibus C. de episcop. audient.* etsi verum est æquè tamen ab Vlpiani sententia & proposito abhorret.

ILLATIO XIX.

De *tutore testamentario non dando nisi verbis imperatiuis & latinis.*

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt tutor testamentarius olim dari non potuerit nisi verbis legitimis id est non tantùm imperatiuis sed etiã latinis, quia non alio iure permissum est testatori vt det tutorem, quàm quia permissum ei est legem facere iis verbis *vti legassit*, lex autem à populo romano non fit, nisi verbis latinis. Sed hoc tamen ab Impp. Theodosio & Valentiniano tandem immutatum est in *l. vlt. C. hoc titul.* vbi constituerunt vt tutores etiam græcis verbis in testamento dari possint ita vt benè ac iure dati videantur acsi legitimis verbis eos testator dedisset: Fauore nimirum tutelæ testamentariæ, quam æquum fuit hoc modo ampliari, vt tanto liberior esset licentia parentibus testamento tutores liberis dandi.

l. vlt. C. hoc tit.

ILLATIO XX.

De *tutoribus testamentarijs quòd non ab herede sed à testatore proficiscantur.*

VIcesimò ex eodem Principio fit, vt tutores testamentarii non ab herede, sed à testatore protinus proficiscantur, simul atque aliquis heres extitisset vt Paulus scribit in *l. tutores 7. hoc tit.* Hoc enim est, quod huiusmodi tutelas facit fauorabiliores, quæ scilicet non tantùm fauorem mererentur si ab herede proficiscerentur. Requiritur tamen vt sit adita hereditas, verùm non quasi tutela proficiscatur ab herede, sed tanquam condicio sine qua non, quia fieri nequit vt destituto testamento per non aditionem hereditatis non corruant tutelæ, sicut & cætera in eodem testamento data *l. si nemo 9. eod. l. ea quam 14. C. de fideicommiss.* Adeò vt nec hodie aliud sit post *Auth. ex causa C. de liber. praeter.* quoniam aliud est rumpi testamentum ex causa præteritionis vel exheredationis, De quibus casibus loquitur Iustiniani constitutio, Aliud verò destitui testamentum nemine ex eo adeunte ad quem casum certè non pertinet Iustinianea lex, nisi quòd ex alia eiusdem Iustiniani constitutione, scilicet *Nouell. 1. De her. & falcid.* permissum est legatariis quoque & fideicommissariis iuxta eum tamen ordinem, quem ille præscribit, vt adire possint herede repudiante, ita vt eo casu perinde omnia debeantur acsi heres adisset. Cæterum aditionem requirit semper Iustinianus vt valeant legata, & fideicommissa & cætera omnia. Atque ita Bartolus quoque sentit ad *dict. l. si nemo 9.* Amplius dico, quod magis mirum est, suo herede instituto & se abstinente, quamuis non eo minùs heres maneat ipso iure etiam post abstentionem vt dictum est illat. 18. legata tamen & fideicommissa omnia intercidere *l. 1. §. vltim. & l. 2.*

l. tutores 7. hoc tit.

Auth. ex causa C. de lib. prater.

Nouel. 1. De her. & falcid.

l. 1. §. vlt. & l. 2. D. vt in poss. legat.

D. ut

Digitized by Google

D. *vt in poſſeſſ. legat.* Nempe, quia ſi non intercideret danda eſſet eorum nomine actio legatariis & fideicommiſſariis, Et quidem in ſuum heredem, quod tamen fieri non poteſt, quia prætoris eſt actionem dare vel denegare, qui porrò cùm non habeat heredis loco eum qui ſe abſtinuit quod ad hoc vt conueniri poſſit, numquam patietur conueniri eum à legatariis aut fideicommiſſariis, non magis quàm à creditoribus hereditariis de quibus in *l. neceſſarijs* 57. D. *de acq. hered.* Creditorum enim numero ſunt etiam legatarij & fideicommiſſarij ſtatim atque legati vel fideicommiſſi dies ceſſit *l. is cui* 42. D. *de oblig. & action. l. ſi ſeruus plurium* 50. §. 1. *de legat.* 1. dummodo ſit adita hereditas *l.* 3. D. *de pignor.* Et hoc eſt quod dici ſolet legatariis & fideicommiſſariis teſtamenta penè chirographa eſſe *l. ſi quis teſtamentum* 41. D. *ad leg. Aquil.* In quo euidenter diuerſa eſt ratio tutelarum, Nulla enim contra filium impuberem actione opus eſt ad dandum ei tutorem cùm protinus à teſtatore tutela in tutorem proficiſcatur. Dices etiam legatorum per vindicationem relictorum dominium recta via & protinus tranſire à teſtatore in legatarium numquam factum heredis *l. à Titio* 64. *D. de furt. l. legatum* 80. *de legat.* 2. Cur non ergo ſubſiſtunt etiam ſuo herede ſe abſtinente? Nempe quoniam ea demum legata per vindicationem poſſunt dominium transferre in legatarium recta via & ſine vllo facto heredis, quæ & ab herede ipſo præſtari poſſent ſi per actionem perſonalem conueniretur. Lex enim cùm transfert dominium ipſo iure in legatarium, nihil aliud agit niſi quod factum heredis repræſentat vt in ſimili ſcriptum eſt in *l. vltim. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Eſſetque abſurdum valere legatum ad transferendum dominium eo caſu quo non poſſet valere ad inducendam actionem perſonalem contra heredem. Quænam enim poteſt eſſe validitas legati cuius nomine perſonalis actio competere in heredem non poteſt? Aut quomodo transferri dominium ex legato inualido? Quare & cùm de legato prudentes loquuntur etiam per vindicationem relicto, ſemper dant legatario perſonalem quoque actionem aduerſus heredem *l. huiuſmodi* 84. §. *vltim. cum l. ſeq. De legat.* 1. quomodo & Iuſtinianus quamuis det etiam pro legatis & fideicommiſſis omnibus vindicationem in *l.* 1. *Cod. commun. de legat.* Licèt enim in formula legatorum per vindicationem teſtator non loquatur cum herede vt tamen valeat legatum & ad illud præſtandum heres obligetur non tam inſpiciendum eſt cum quo teſtator locutus ſit, quàm in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit *l. cùm pater* 77. §. *donationis* iunct. *l. miles* 75. in iis verbis *etſi defunctus, cum eo loquatur quem precario remuneratur, de legat.* 2. A tqui legata per vindicationem non poſſunt peti per legatarios à filio qui ſe abſtinuit, Ergo neque dominium eorum in legatarios transferri. Malè tamen Bartolus & poſt eum vulgo cæteri *ad dict. l. tutores & ad dict. l. ſi nemo* §. 1. defendunt diem tutelæ non cedere niſi ab adita hereditate. Cedit enim ſtatim ab inſtanti mortis, Alioqui non eſſet verum quod ait *dict. l. tutores*, protinus à teſtatore proficiſci tutelam & tranſire poteſtatem patris in tutorem. Nam cùm tutoris poteſtatis nihil aliud ſit, quàm continuatio quædam patriæ poteſtatis, non poſſet ea continuatio fieri ſi interrumperetur per totum illud tempus quod intercedit à morte teſtatoris ad diem vſque aditæ hereditatis, Quemadmodum dicimus futurum vt non poſſet continuari dominium quod fuiſſet defuncti in heredem ſi hereditas quandocumque adita non retrofingeretur adita ex die mortis. *l. heres*

l. is cui 42. *de oblig. & act. l. ſi ſeruus* 50. §. 1. *de leg.* 1.

l. ſi quis 41. *D. ad leg. Aquil.*

l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.

l. huiuſmodi 84. §. *vlt. de leg.* 1.

quandocumque 49. *D. de acquir. hered. l. omnia* 131. *De regul. iur.* Nec est contrarium quod tutela ex certo tempore dari potest *l. tutor* 8. *§. tutorem De test. tut.* non etiam hereditas *l. hereditas* 34. *De hered. inst.* Ratio enim dissimilitudinis hac parte inter hereditatem & tutelam illa est, quod medio tempore alius tutor dari & quidem statim potest ad continuandam sine interruptione potestatem, quæ fuit in defuncto *§. 1. infr. de Attil. tutor.* At pendente die institutionis non posset alius heres interim constitui ad continuandum dominiũ quod fuit defuncti. Heres enim si quis interim constitueretur, non posset eueniente postea die definere heres esse, quomodo tutor interim datus postea tutor esse definit. Idque ita esse apparet manifestiùs ex eo, quod si hereditas nondum adita sit ex cuius additione testamentarius tutor speratur, verum quidem est, interim alium tutorem pupillo dari, posse, ne indefensus maneat, sed non alio colore quàm quasi necdum tutor quisquam sit, nec speretur vt loquitur Vlp. in *d. l. si hereditas* 10. *hoc tit.* quia nimirum si aliquis tutor speraretur non magis posset fieri vt tutorem aliquando habituro testamentarium tutor dari posset, quàm vt iam tutorem habenti. Adeò verum est quandiu testamentarius tutor speratur, nec legitimo locum esse nec proinde datiuo quem legitimus præcedit *l. si quis sub condicione* 11. *eod.* Hoc verò cur ita? Nisi quod tutor testamentarius quandocumque tutor factus, ex instanti mortis eam potestatem habuisse retrotingatur. Nam & inde est quod etiamsi medio tempore id est ante adita hereditatem vel impletam condicionem sub qua tutor testamento datus fuerat, alius interim ex lege Atilia datus sit is tutor esse definit statim atque vel hereditas adita, vel condicio impleta reperitur: vt diserte Iustinianus, scribit in *d. §. 1. infr. de Attil. tutor.* quod vtique falsum esset, si tutor testamentarius non retrotingeretur fuisse tutor ex die mortis. Maneret namque tutor qui medio tempore datus fuisset cùm à magistratu non magis ad tempus, aut ex tempore quàm sub condicione tutor dari possit *l. muto* 6. *§. 1. D. de tutel.* ei autem qui tutorem iam haberet non alius tutor dari posset, sed potiùs tanquam curator adiungi is qui tutor ampliùs esse non potest, licet testator tutelam ei mandasset non curam, Vt & in specie *l. ex sententia* 29. *hoc tit. l. 2. C. in quib. caus. tut. habent.* At è contrario tutor solus ille est quem pater testamento dedit. Qui verò à magistratu medio tempore datus fuit, is tutor omnino esse definit, Et quemadmodum non fuerat datus neque potuerat dari nisi eo colore quasi nullus tutor speraretur *d. l. hereditas in pr.* ita nec testamentarius ex postfacto admittitur, aut admitti potest nisi eo colore quasi antea nullus alius fuerit qui tamen reuera fuit. Quibus coloribus, & fictionibus locus nullus relinqueretur, si tutelæ dies reuera non cederet, nisi ab adita hereditate, nec pro Bartolo quicquam facit quod scriptum est in *d. l. si nemo*, hereditatem adeunte nemine tutelã nõ valere, itẽque quod in *d. l. tutores* 7. Paulus ait *simulatque aliquis heres extitisset*, Et quod Vlp. in *d. l. si hereditas*, quandiu hereditas adita non est, tutorem esse non posse illum qui testamento datus fuit, & ideò alium interim dandum esse. Nam de legatis & fideicommissis omnibus quantumlibet purè relictis æquè ac de tutelis scribit & sentit Pomponius in *d. l. si nemo*, Et tamen nemo dubitat quin legatorum & fideicommissorum omnium purè datorum dies cedat à morte testatoris, Exceptis legatis libertatis & vsusfructus, in quibus iure speciali receptum est, vt non cedant nisi ab adita hereditate *l. 2. l. nam cùm liber. tas 8. D. quand. dies leg. ced.* Rationes autem speciales quæ ius hoc singulare in iis duo-

d. l. si hereditas 10. hoc tit.

l. si quis sub condicione 11. eod.

§. 1. infr. de Attil. tut.

l. muto 6. §. 1. de tutel.

l. ex sententia 29. D. hoc tit.

l. 2. l. nam cùm liber tas 8. D. quãd. dies leg. ced.

iis duobus legatorum generibus induxerunt, in tutela locum non habent. Ni in libertate quidem idcirco ita receptum est, quia tantus eius fauor est vt quæ semel competiit numquam possit reuocari. Proinde si exemplo cæterorum legatorum per vindicationem purè datorum admitteremus libertatem competere ex die mortis, quemadmodum illorum dominium transit recta via in legatarium, sequeretur, quòd etiamsi postea testamentum destitueretur herede repudiante, libertas tamen quæ semel competiisset non desineret competere, atque ita reperiretur quis liber factus ex testamento destituto quod esset absurdum: Cui absurdo non similiter locus fit, in cæteris legatis, quorum dominium etiam acquisitum legatario ex legis potestate reuocatur facilè, & numquam acquisitum retrofingitur si hereditas postea non adeatur, quemadmodum si legatarius repudiaret legatum *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de legat. 1. l. ei qui 13. D. de condic. instit.* quia nimirum acquisitio illa quæ fit sola legis potestate & sine legatarii voluntate non est irreuocabilis. Itaque solus libertatum nimius fuor ille est qui facit vt libertates hac parte minùs fauorabiles sint quã cætera legata: quibus tamen melius comparari tutela potest, quàm libertatibus, quia tutela quæ semel competiit & reuocari & finiri potest certo tempore certáque condicione præsertim testamentaria *d. l. tutor 8. §. 1. & 2. D. hoc tit. & d. §. 1. infr. De Attil. tutor.* Quod verò ad vsumfructum pertinet, ideò non cedit eius dies nisi ab adita hereditate, quòd cùm consistat ex vtendo fruendo id est ex facto aliquo eius qui vtitur & fruitur, non priùs potest constitui quàm aliquis sit qui frui possit, quod non euenit ante aditam hereditatem, quia nec ante est qui possit vsumfructum tradere vel pati vt legatarius vtatur fruatur *l. 1. in princ. & §. dies autem D. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Tutela verò tota in iure consistit, nec personam aut factum vllum heredis requirit, nisi vt hereditas adeatur. At neque factum vllum tutoris nisi vt sciat se tutorem datum & cesset in administratione cùm ipso iure tutor sit *l. si is qui tres 31. versic. nam ipso iure D. de excusat. tutor.* Nihil ergo impedit ne tutelæ dies possit cedere à morte testatoris. Quod tamen non ita accipiendum est quasi possit tutor ante aditam hereditatem aliquid gerere. Non enim potest ne fiant irrita quæ gessit si postea contingat tutelam non valere destituto testamento. Quis namque vellet sub incerto illo euentu contrahere interim cum pupillo? Itaque ob eam causam ne pupilli vtilitates deserantur, placuit tutorem interim pupillo dari, nec eum qui futurus speratur testamentarius, sed alium, quia cùm non liceat alio colore tutorem interim dare vt iam diximus quàm quasi nec quisquam tutor sit nec fore speretur, implicaret contradictionem dari tutorem eum qui speraretur & ob eam rationem, quòd speraretur, Minùs me mouet quod pro se Bartolus adducit ex *dict. l. si is qui tres 31. §. idem euenire De excusat. tutor.* vbi Paulus scribit si duobus testamentis is qui iam tres tutelas habebat tutor datus sit, & quæratur quæ prior tutela sit delata non apertarum tabularum tempus inspici debere, sed aditæ hereditatis vel condicionis existentis. Id enim rationem illam habet, Non quòd tutela non deferatur nisi ex die aditæ hereditatis, sed quia hereditate demum adita certum esse incipit valere tutelam, & tutorem datum ipso iure tutorem esse, cùm additione hereditatis tota defuncti voluntas rata constituatur *l. si patroni 55. §. qui fideicommissam D. ad SC. Trebell.* etiam pro legatis & fideicommissis, quorum tamen dies non ideò potest dici cedere ab adita hereditate. Et sanè absurdum esset captari à tutore occasionem excusationis

d. l. tutor 8. §. 1. & 2. D. hoc tit. §. 1. infr. De Attil. tut.

l. si is qui tres 31. D. de excusat. tut.

d. l. si is qui tres §. idem euenire.

Digitized by Google

ex ea tutela, quæ licèt iam delata fuerit, in ea tamen adhuc causa est vt possit non valere. Quinimò ex eo potiùs loco probari potest ipso iure deferri tutelam, non ex die additionis, sed ex die apertarum tabularum quod olim tempus erat cessionis legatorum ex lege Papia, & in cuius locum hodie substitutum est tempus mortis, restituto iure vetere legis duodecim tabularum *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Quænam enim poterat eo loco esse ratio dubitandi, cur non videri deberet tutela delata ex die aditæ hereditatis si nec priùs dies eius cedebat? Diem enim cedere nihil aliud est quàm delationem fieri, Diem verò cessisse, delationem factam esse. At quia verum est tutelam deferri statim, aut saltem ab apertura tabularum, ideò videbatur inspiciendum tempus aperturæ tabularum non aditæ hereditatis: quod tamen Paulus negat tractans scilicet de excusatione quæ non potest admitti nisi habeat causam quam constet & veram & iustam esse. Nescitur autem an tutor testamento datus tutor futurus sit etiamsi iam delata ei sit tutela, quandiu hereditas non est adita, cùm in eo sit testamentum, vt destitui possit. Vnde etiam est quod si tutela delata fuerit sub condicione non erit inspiciendum tempus aditæ hereditatis si adita sit ante condicionis euentum, sed tempus existentis condicionis vt ibidem Paulus ait, quia licèt condicio quandocumque existens facilè retrotrahatur, numquam tamen fieri potest vt ante condicionis euentum fuerit verum dicere tutelam fuisse certò acquisitam, cùm potuerit irrita fieri si condicio defecisset. Denique quod Bartolus pro magna ratione adfert, In his quæ ad heredem non transeunt diem non cedere nisi ab adita hereditate vt patet inquit in libertate & vsufructu, *l. vnic. §. in nouissimo Cod. de caduc. tollend.* tutelam verò non magis quàm vsumfructum aut libertatem ad heredem transire *l. tutela 16. in fin. D. de tutel.* planè ad rem non facit. Eodem enim argumento perinde probares non deferri hereditatem purè relictam nisi ex die aditæ hereditatis, cùm mortuo ante additionem herede non transmittatur *dict. §. in nouissimo*: quod tamen si quis diceret, ridiculus esset. Priùs enim est vt delata sit hereditas, quàm vt possit quis adeundo eam consequi *l. delata 151. De verb. signific.* Et hoc est quod nostri solent dicere, Diem hereditatis hodie cedere ex die mortis, Vt significent ex eo tempore & delatam esse & acquiri posse. Scio Vlpianum in *l. 3. D. quand. dies legat. ced.* sic argumentari vt dicat frustra fore si quis vellet diem vsusfructus cedere ante aditam hereditatem, cùm ad heredem, inquit, non transmittatur. Sed ea argumentario quamuis bona sit in legato vsusfructus, tamen in cæteris non est bona nec est perpetua, imò præpostera. Nec enim ideò legatorum vel fideicommissorum purè datorum dies cedit à die mortis quod transmittantur ad heredem, sed è contrario ideò transmittuntur ad heredem mortuo ante aditam hereditatem legatario vel fideicommissario, quod eorum dies cesserit à morte testatoris. Diem namque cedere non illud est, incipere transmitti posse, Sed incipere delatum quid esse vt diximus, cùm agimus de vltimis voluntatibus, Debitum verò esse cùm agimus de contractibus *l. cedere diem 213. De verb. signific.* Transmissibilia verò non sunt omnia quæ sunt delata ex vltima voluntate, vt videre est in hereditate, Vt è contrario transmissibilia sunt etiam ea quæ nondum sunt debita ex contractu, puta quæ sunt promissa sub condi-

l. tutela 16. in fin. De tutel.

l. delata 151. de verb. signific.

l. 3. D. quæd. dies leg. ced.

l. cedere diē 213. De ver. signific.

condicione ante cuius euentum ſtipulator deceſſerit *§. ex condicionali Inſtit. de verb. obligat.* Eſt igitur ratio illa Vlpiani in *d. l. 3.* adiecta ex abundanti, vt ſignificet parum intereſſe fructuarij quod dicamus diem vſusfructus non cedere niſi ab adita hereditate, quia etiamſi cederet à die mortis non ideò tamen fructuarius eum tranſmitteret ad heredem. Verùm poſſet reſponderi, imò futurum eo caſu vt tranſmitteret ad heredem ius petendorum fructuum qui à die mortis percepti eſſent, quemadmodum tranſmitteret is cui non ius vſusfructus legatum eſſet, ſed fructus ipſi qui ex fundo Corneliano primo anno perciperentur, aut frumenta, aut vina fundi Corneliani. Hæc enim legata quin tranſmittantur ad heredem legatarij, etiamſi legatarius ante aditam hereditatem deceſſerit, nemini dubium eſt cùm longè aliud ſit legari corpora fructuum, aliud verò legari ius ipſum vſusfructus *l. vacca emptor 43. D. de euiction.* Quidni ergo idem eueniret legato vſufructu ſi vſusfructus legati dies cederet à morte teſtatoris? Niſi fortè replicabis quod verum eſt, illam adhuc rationẽ obſtaturam tranſmiſſioni, quod non alii fructus pertinent ad fructuarium, aut tranſmiſſionis iure ad ipſius heredem quàm quos fructuarius ipſe perceperit, In quo minùs iuris habet fructuarius, quàm bonæ fidei poſſeſſor ad quẽ fructus omnes pertinẽt qui à ſolo ſunt ſeparati *l. fructuarius meſſem 13. D. quib. mod. vſusfr. amitt.* Nam etſi fructuarius deceſſerit poſt aditam hereditatem, non ideò tamen tranſmittet ad heredem fructus etiam à ſolo ſeparatos quos non ipſe perceperit. Igitur neque tranſmittet fructus eius temporis, quod hereditatis aditionem præceſſiſſet, etiamſi ius tale eſſet, vt dies vſusfructus legati cederet à morte teſtatoris. Ex eóque tantò clarius ſit vſumfructum habere rationem ſpecialem propter quam nec dies eius poſſit cedere ante aditam hereditatem, nec vſusfructus ipſe tranſmitti etiam cuius dies ceſſerit, adeóque qui fuerit acquiſitus: nempe quia morte finitur & cũ perſona extinguitur. Alioqui ſi in ſupradicta Vlpiani ratione perſtare velis, æquè ex ea probabo diem vſusfructus legati non magis cedere ab adita hereditate quàm ex die mortis, quia nec poſt aditam hereditatem tranſmittitur. Eadémque argumentatio aptari poterit ad quæſtionem noſtram de tutela. Nam nec tutela quæ iam delata eſt, adeóque acquiſita poteſt tranſmitti ad heredem tutoris quantumuis adita ſit hereditas *dd. tutela.* Perinde igitur erit inferendum ex Bartolo contra Bartolũ, Tutelæ diẽ nũquã cedere, id eſt ne quidẽ adita hereditate. Et ſanè vereor ne minùs propriè loquamur cùm dicimus tutelę diẽ, ſiue cedere, ſiue non cedere, ſiue à morte teſtatoris, ſiue ab adita hereditate: Sicut nec bene, meo iudicio, loquuntur noſtri, cùm dicunt hereditatis diem cedere ex die mortis, pro eo quod volunt dicere hereditatem ex eo tempore delatam eſſe, & adiri poſſe. Etſi enim omnia quorum dies ceſſit ea vel delata, vel debita eſſe poſſumus dicere, Non tamen ſimiliter quis dixerit eorum omnium quæ delata ſunt diem ceſſiſſe. Nam eorum demum cedit dies, quorum vel ſimul etiam venit dies, vel aliquando venire poteſt, Venire autem diem nihil aliud eſt quàm incipere poſſe peti id cuius dies venit vt in *d. l. cedere diem*, aut iam ipſo iure acquiſitum eſſe, vt cùm dicimus cedere diem libertatis directæ ab adita hereditate. Ipſo enim iure liber eſt is cui directa libertas data fuit. Atqui hereditas, neque deberi poteſt à quoquam, neque ipſo iure acquiri citra aditionem extra cauſam ſuorum heredũ. Non poteſt igitur dici hereditatis diẽ ceſſiſſe, vel veniſſe. Idem de tutela dici poteſt. Nec enim quiſquam eſt à quo peti poſſit, nec rur-

§. ex condicionali infr. de verb. oblig.

l. vacca emptor 43. D. de euict.

l. ſi fructuarius 13. D. quib. mod. vſusfr. amiſit.

d. l. cedere diem 213. de verb. ſignific.

sus cui acquiratur. Quippe cùm sit onus & incommodum, suscipi tantùm dicitur non acquiri, In quo differt à libertate directa, licèt vtrique commune illud sit quod ipso iure competat, Libertas enim commoda habet innumera quorũ effectus transit ad heredem eius qui libertatem cõsecutus est, vel ob hoc ipsum quod sola libertas illa est, quæ facit vt ipse & heredem & bona relinquere potuerit. Quod non satis videtur ponderasse Bartol. cùm dixit legatæ libertatis diem ideò non cedere nisi ab adita hereditate, quòd libertas non trãsmittatur ad heredem. Sed si quis impropriè loqui velit vt putet nihil interesse an dicamus tutelam deferri, an verò diem tutelę cedere, Dico posse defendi tutelæ diẽ cedere ex tempore mortis patris, nõ ab adita hereditate, quia verum est ex die mortis tutelam deferri, licèt expectanda sit aditio, vt sciatur an valeat tutela: Idque præter ea quæ supradicta sunt, probo non obscurè ex *l penult. D. hoc tit.* vbi scriptum est ita datis tutoribus *Lucium Titium tutorem do, si is non vivit filium Caium Plautium tutorem do*, si Titius vixerit, & tutelam gesserit quamuis postea viuo Plautio decesserit, Plautium tamẽ tutorẽ esse non posse, quia illa verba ad mortis tempus referantur. Quis enim horum verborum sensus esse potest nisi idem qui esset si scriptum esset referri ea verba ad id tempus quo tutela deferatur? Quid enim attineret fieri eam relationem ad tempus mortis, siue à testatore, siue à Iureconsulto, si non nisi ex die aditæ hereditatis, ac non etiam ex die mortis tutela deferretur? Idem ergo tempus est & mortis & delationis tutelæ.

l. pen. D. hoc tit.

Denique vt argumenta omnia Bartoli contra ipsum retorqueamus, regula Catoniana locum habet etiam in tutela. Certum enim est tutores testamento dari posse eos solos cũ quibus testamenti factio est *l. testamento tutores 21. D. hoc tit.* quo verbo *est* cùm sit præsentis temporis vtique tempus præsens significatur quo fit testamentum, & quo tutor datur, Vt proinde si quis testamento tutorem dederit peregrinum cum quo non sit factio testamenti, quamuis morie te patre ciuis illo reperiatur, nihilomagis tutela valere possit, quia nec valuisset si facti testamenti tempore pater decessisset, Atqui falsum hoc esset si tutelæ dies non cederet nisi ab adita hereditate, Nam si bona est comparatio tutelæ & legatorum (regula siquidem Catoniana de solis legatis locuta est, non de hereditatibus, multominùs de tutelis) certum est regulam Catonianam nõ pertinere ad legata quorum dies cedit ab adita tantùm hereditate *l. 3. D. de reg. Caton.* Ergo cùm in capacitate tutoris inspicienda tempus testamẽti spectandum sit præcisè, ex eo intelligimus tutelam statim ex die mortis deferri, licèt requiratur & expectetur aditio hereditatis, vt valeat tutela inexpugnabiliter, quomodo Baldus loqui solet, id est tanquam condicio sine qua non valeret. In summa quemadmodum testamentum per legem confirmatur ipso mortis instanti, Ita & omnia quæ testamento deferuntur, & quorum delationem nihil impedit, necesse est deferri ex die mortis, Nisi specialis aliqua sit ratio propter quam delatio non possit fieri nisi ex die aditæ hereditatis, qualem esse ostendimus in legato libertatis & vsusfructus. Atqui tutela non est in eorum numero quę vel aliqua lex vel legis ratio vlla exceperit à regula. Tutelas igitur statim ex tempore mortis deferri fatendum est.

l. testamento tutores 21. D. hoc tit.

l. 3. D. de reg. Caton.

TIT.

TIT. XV.

De legit.agnat.tutel.

PRINCIPIVM I.

De legitimis tutoribus in defectum testamentariorum.

VIBVS testamento tutor datus non est, his ex lege **duodecim tabularum agnati sunt tutores,** vt Iustinianus in Princip. huius tit. scribit. Nam quemadmodum eadem lex duodecim tabularum defert agnato proximo hereditatem legitimam, ita demum si ex testamento heres nemo sit, nec esse possit, Ita & in tutelis prouisum voluit, vt si quidem testamentarius aliquis tutor esset is omnimodo præferretur, si verò nullus esset, legitima agnato proximo tutela deferretur: Summa prouidentia, inquit Vlpianus in *l.1. D. hoc tit.* vt qui sperarent pupilli successionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. Tutelę enim tam testamentariæ quàm legitimæ exemplo hereditatum deferuntur, vt pluribus docuimus ad Princip. 2. De *tutel.* Vnde petenda sunt quæ ad singulas huius tituli leges explicandas requiri possunt.

l.1. D. de legit. tutor.

ILLATIO I.

De legitima tutela, cur sic dicta.

EX hoc Principio illud primum fit, vt hæc agnatorum tutela legitima dicatur, quia & agnati ipsi legitimi dicūtur vt hic Iustinianus scribit & constat ex *tot. tit. D. & C. vnd. legit.* & legitimos tutores nemo dat, sed sola lex duodecim tabularum facit eos tutores vt ait Vlpianus in *l. legitimos* 5. *D. hoc tit.*

l. legitimos 5. eod.

ILLATIO II.

De legitima tutela, ibi quærenda vbi est legitima hereditas.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt plerumque tutela legitima ibi sit vbi est legitima hereditas, nisi cùm fœminæ heredes intercedūt *l. quò tutela* 73. *De regul. iur.* Quidam tamen casus alii sunt in quibus alibi hereditas est, alibi tutela, Quos persequitur Vlpianus in *d. l. 1. §. 1. & seqq. hoc tit.* & nos explicauimus ad *dict. Princip. 2.*

l. quo tutela 73. De reg. iur.

ILLATIO III.

De legitimo tutore excludendo quandiu speratur testamentarius.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt non solùm si tutor testamētarius aliquis iā sit, sed & si nemo sit nec adhuc esse possit, aliquis tamen speretur, puta qui testamento datus fuerit sub condicione quæ nōdū extiterit, legitimæ tutele nullus interim sit locus *l. si quis sub cōdicione* 11. *D. de test. tute.* Nā cùm legitima tutela non alia sit, quàm quæ defertur ex lege 12. tab. lex autem non deferat

l. si quis sub condicione 11. D. de test. tutel.

Digitized by Google

eam agnatis, nisi sub illa condicione, si testamento datus tutor nemo erit. Consequens est vt quandiu verum non est condicionem extitisse sub qua lex facit tutorem, tandiu verum quoque sit legitimum tutorem nullum esse. Atqui non potest dici verum esse extitisse condicionem sine qua nõ facit lex tutorem vllum legitimum, quandiu testamẽtarius aliquis speratur, quia si quando testamentarius aliquis erit apparebit defeciſſe condicionem, Quæ autem condicio potest aliquando deficere eam non potest dici iam extitisse, siquidẽ neq; condicio semel defecta potest vnquam existere, neque condicio quæ semel extitit, vnquã deficere *l. hec condicio* 10. *in fine principij De con. & demonst. l. vxorẽ* 41. *§. Seium de legat.* 3. Interim ergo legitimus tutor nullus esse potest. Eandémque rationem lex 12. tab. seruat etiam in legitimis hereditatibus deferendis. Nam cùm sic locuta sit *si paterfamilias intestato moritur nec suus heres extabit, agnatus proximus familiam habeto*, apparet non aliter legitimo heredi & agnato proximo locum fieri posse, quàm si testamentarius neque quisquam sit, neque speretur *l. quandiu* 39. *D. de acq. hered. l.* 1. *D. si tab. test. null. ex tab.* Nisi in singulari casu *l. si quis ita* 82. *D. de hered. instit.*

l. hec condicio 10. *in fi. princip. De condic. & demonstr. l. vxorem* 41. *§. Seium de leg.* 3.

l. quandiu 39. *de acquir. her. l.* 1. *D. si tab. test. null. ex tab. l. si quis ita* 82. *de hered. inst.*

ILLATIO IV.

De successione agnatorum in legitima tutela.

QVartò ex eodem Principio fit, vt si agnatus proximus qui tutor fuit legitimus, postea decesserit, vel qua alia ratione tutor esse desierit, sequentis gradus agnato tutela deferatur *l.* 3. *§. penult. D. hoc tit. §. placebat Instit. de legit. agnat. succeſſ.* Non quòd etiam legitimæ hereditates agnatis proximis delatæ possint ad sequentes pertinere (nec enim in agnatorum hereditatibus locus erat successioni *d. §. placebat*) sed quia lex aliter defert tutelã agnatis, aliter hereditatẽ. Agnatis tutelã simpliciter defert, hereditatẽ verò non nisi proximis *d. l.* 1. *& l. intestato* 6. *D. hoc titu.* iunct. *l.* 1. *§. post suos l.* 2. *& pass. D. de suis & legit.* Proximis, inquã, eo tempore quo certum esse incipit patremfamilias intestatum decessisse *d. l.* 2. *§. proximum.* Nihil ergo aliud lex requirit in deferenda tutela nisi vt agnatus sit ille cui defert. Perinde autẽ agnatus est qui in remotiore agnationis gradu, quàm qui in proximiore est. At in deferenda hereditate requirit vt agnatus proximus sit is, qui vult heres esse. Proximus autẽ esse non potest qui nõ fuit eo instãti quo cœpit esse certũ patrẽfamilias intestatũ decessisse, cùm ad illud præcisè instans proximitas ista agnationis referatur *d. §. proximum.* Inde fit vt in agnatis fuerit olim successio quantum ad tutelas, nõ fuerit autem quantum ad hereditates *d. §. placebat.* Hoc ita variè, quia maior ratio fuit prouidendi ne pupillus sine tutore esset, proximo agnato defuncto, vel capite diminuto, quàm ne quis esset sine herede, proximo agnato hereditatem repudiante: Propter admixtum fauorem pupilli & reipublicæ. Item quia is qui semel heres fuit, numquam heres esse definit *l. ei qui soluendo* 88. *D. de hered. instit.* qui autem tutor fuit, facilè ac plerisque casibus definit esse tutor, vt dicemus ad *Tit. quib. mod. tutel. finit.* Postremò, quoniam quæ ratio facit vt inter agnatos omnes quibus lex tutelam defert, prior cogatur tutor esse is, qui proximior agnatus est, Nempe quòd si pupillus nunc decederet futurum esset, vt eum heredem haberet, Eadem agnato isto proximo eodémque tutore, vel moriente, vel capite minuto inuitat sequentium graduum agna-

l. 3. §. penul. D. de legit. tutor.

§. placebat inf de legit. agnat. succeſſ.

l. 2. §. proximum D. de suis & leg.

Cur lex 12. tab. aliter decepta sit in hereditatibus legitimis, aliter in tutelis.

agnatos ex ordine ac prout quisque proximior est ad tutelam. Semper enim verum est quandiu pupillus viuit agnatum esse proximum quantum ad causam hereditatis eum qui nunc proximior agnatus est, licèt eo tẽpore quo primùm delata tutela fuit, ab alio anteuerteretur. Itaq; si quæras, Cur lex duodecim tabularum in deferenda tutela agnatis non adiecerit *proximis* quomodo adiecit in deferendis hereditatibus, cùm dici soleat, quod & verum est, Legitimas tutelas deferri ad exemplum hereditatum, Respondebo hanc ipsam rationem esse propter quam lex duodecim tabularum induxit successionem in tutelis legitimis, quia eas defert ad exemplum hereditatum, Licèt illud quoq; verum sit in legitimis hereditatibus non esse successionem, Nempe quia quã diu pupillus viuit, tandiu verum est, futurum vt ipsius hereditas deferretur ei qui tum proximus agnatus reperitur, si pupillus ipse moreretur, Nec ei nocerẽt agnati anteriores qui delatæ primùm tutelæ tempore illum præcessissent. Nõ enim eodem tempore defertur tutela & hereditas, sed hereditas eo tempore, quo tutela amplius nulla est, finita nimirum morte pupilli. Quòd si lex duodecim tabularum detulisset tutelam vt hereditatem agnato proximo, facilè contigisset non solùm vt pupillus legitimo tutore destitueretur, sed etiam vt ei tutela deferretur qui hereditatem nec haberet, nec habere vnquã posset, vt puta si agnatus ille proximus post susceptam tutelam, viuo pupillo decessisset. Tãdiu ergo tutelæ successionem inter agnatos conseruari oportuit, quãdiu in agnatione supersit aliqua persona, quæ possit sperare pupilli hereditatem, vt qui eam sperarent bona eiusdem pupilli tuerentur *d.l.1. D. hoc tit.* *l.1. D. de legit. tut.*

ILLATIO V.

De iure successionis inducto in agnatis etiam quod ad hereditates.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ius illud vetus de quo proximè diximus Iustinianus correxerit, Nõ ex ea parte qua in agnatis erat successio quã tũ ad tutelam, sed ex alia parte qua non erat in agnatis successio quantum ad legitimas hereditates. Constituit enim Iustinianus in ea constitutione, quam refert ipse in *d. § placebat Inst. de legit. agn. succ.* & quæ tamen in Codice nostro non extat vt remotiores agnati possint proximioribus succedere in causa legitimarum hereditatũ quemadmodum succedũt in onere tutelæ, vt eadem in iis sit ratio commodi & incommodi, oneris & honoris. Hanc enim rationem nominatim adfert eo loco Iustinianus. *d. §. placebat Inst. de leg. agnat. succes.*

ILLATIO VI.

De legitima tutela etiam cognatis hodie deferenda.

SExtò ex eodem Principio fit, vt hodie ex alia eiusdem Iustiniani constitutione proximi cognati ex ordine ad tutelam admittantur, postquàm placuit eidem Iustiniano vt possint admitti ad legitimam pupilli hereditatem, nec solùm cum agnatis, sed etiam quod magis est ante agnatos si in proximiore gradu reperiãtur cognati. Sustulit enim Iustinianus differentias omnes agnationis & cognationis quas tam religiosè lex 12. tab. induxerat ad familiarum conseruationem, solúmque proximitatis gradum in agnatis & cognatis omnibus attendi voluit *Nouell.* 118. *De hered. ab intest. venient. cap.* 5. *De legit. tutel. liber.* 5. *ex his autem.* *Nouell. 118. De hered. ab intest. venient. cap. 5.*

ed by Google

ILLAT. VII.

De legitima tutela etiam pupillo deferenda.

SEptimò ex eodem Principio fiebat olim, vt legitima pupilli tutela etiam ad pupillum sub tutore iam constitutum pertinere posset si is fortè proximus agnatus reperiretur, Nimirum quoniam nec pupillaris ætas ei obstabat quominus defuncti impuberis hereditas ad eũ peruẽtura fuisset, Soliúsque fiduciariæ tutelæ proprium illud erat vt ad eã nõ alius admitti posset, quàm qui esset ætatis legitimæ, vt testatur Iustinianus ad *fin.tit. De fiduc.tutel.* Multóque magis deferebatur tutela legitima puberibus quamuis minoribus annis viginti quinque, tametsi possent illi ex causa ætatis iustam habere excusationem. §. *item maior 13. infr. de excus. tut.* §. *item maior* 13. *infr. De excusat.tutor.* vbi tamen addit ille hoc ius à se correctum fuisse constitutúmque vt nemo vocetur ad tutelam, tametsi legitimam, priusquàm ætatis suæ annum quintum & vicesimum impleuerit. Quæ constitutio extat in *l.vlt.* C. *de legit.tutor.* Cui enim ferendum est, inquit lex, eundem & tutorem esse & sub tutela constitui? & iterum eundem esse curatorem & sub cura agere? Hęc certè & nominum & rerum fœda confusio est. Idémque repetit Iustinianus *dicta Nouell.* 118. *cap* 5. §. *ex his autem.* Post quas constitutiones nõ potest hodie vlla esse necessaria excusatio minoribus, cùm etiamsi maximè velint ad tutelam aspirare non possint, vt ait idem Iustin. in *d.* §. *item maior.* De quo nos plura scripsimus ad Princip. 1. illat. 4. *supr. De tutel.*

Nouell. 118. cap. 5.

l. vlt. C. de legit. tut.

ILLATIO VIII.

De legitimo tutore dando etiamsi testamentum factum sit.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt etiamsi paterfamilias fecerit testamẽtũ, si tamẽ nullũ in eo tutorẽ dederit, aut dederit quidẽ, sed eum, qui postea viuo testatore decesserit, perinde locus sit tutelæ legitimæ acsi nullum omnino testamentum factum esset, quia perinde verum est testamentarium tutorem nullum esse, & testatorem, quod ad tutelam attinet, intestati exitum fecisse §. *quod autem hoc tit. l. intestato* 6. D. *eod.* Quemadmodum & in heredibus dicimus legitimam hereditatem ex lege deferri ab intestato, tum quoque cùm testamentum ad initio factum est si fortè aut minùs ritè minúsque sollenniter factum sit, aut postea destitutum fuerit herede instituto non adeunte, siue quòd adire noluerit, siue quòd non potuerit *l.* 1. *in princip.* & §. *sciendum l.* 2. §. *penultim.* D. *de suis & legit.l. si qui filio* 6. D. *de iniust.rupt. l. scripto* 7. D. *vnd. liber.* Ea tamen differentia est hac parte inter tutelam & hereditatem legitimam, quod si semel confirmatum fuerit testamentum, adita ex eo per heredem scriptum hereditate, numquam potest fieri locus legitimæ successioni, quia semel factus ex testamento heres numquam desinit ex eo heres esse *l. ei qui soluendo* 88. D. *de hered instit.* At quamuis aliquis fuerit tutor testamentarius, non eo minùs tamen fieri adhuc potest locus tutori legitimo, si fortè tutor ille testamentarius tutor esse desierit, vel morte, vel capitis diminutione, quia perinde sunt omnia integra tã ex parte pupilli, quàm ex parte agnati ad legitimam tutelam inducendam, acsi tutor testamentarius nemo vnquam fuisset. Ex parte quidem pupilli, quia nihil ei pro-

§. *quod autem hoc tit. l. intestato* 6. D. *eod.*

Differentia inter tutelã & hereditatem legitimam.

ei prodest quod habuerit aliquando tutorem qui iam esse desierit, manente tamen se pupillo: Ex parte verò agnati proximi, quia cùm adhuc viuat pupillus, & egeat tutore, spesque adhuc duret succedendi in ipsius hereditate, non potest agnatus recusare, quominùs suscipiat onus qui sperat commodum *d.l. intestato* 6. D. *hoc tit.* — *d.l. intestato 6. hoc tit.*

ILLATIO IX.

De *amittendis per capitis diminutionem legitimis tutelis.*

NOnò ex eodem Principio fit vt legitimæ tutelæ capitis diminutione quælibet amittantur, quia cùm non deferantur nisi agnatis: agnati autem desinant esse agnati, siue familiam tantùm amittant, siue etiam ciuitatẽ, siue denique libertatem, consequens est, vt non solùm deferendæ, sed etiam delatæ iam & acquisitæ tutelæ pereant qualibet capitis diminutione *§. vlt. hoc tit.* Siue ea capitis diminutio contingat in persona pupilli *l. 2. D. eod.* siue in persona agnati proximi cuiusdémque tutoris *l. 3. §. penult. eod.* Facit *l. tutelas* 7. D. *de capit. minut.* De cuius sententia & emendatione scripsimus ad Princip. 2 illat. 3. *supr.* De *tutel.* Non idem iuris est in iis quæ deferuntur, aut acquiruntur cognatis tanquam cognatis, quoniam agnatio quidem iuris ciuilis est & nomen ciuile, Cognatio verò nomen naturale est, Omnis autem capitis diminutio est iuris ciuilis, vt dicemus ad *tit. seq.* Itaque succedit iuris regula quæ habet ciuilem rationem ciuilia quidem iura posse corrumpere, sed naturalia non posse, vt ad huius tituli finem Iustinianus scribit.

§. vlt. hoc tit. *l. 2 l. 3. § penult eod.* *l. tutelas 7. D. de capit. minut.*

ILLATIO X.

De ordine & gradibus legitimæ tutelæ.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt cùm ad agnatos tutela pertinet non simul ad omnes pertineat, sed ad eos tãtùm qui proximiores gradu sunt vel ad omnes ita demum si sint eiusdẽ gradus *§. vlt. infr. tit seq. l. si plures* 9. D. *hoc tit.* Etsi enim tutela non defertur agnatis proximis vt hereditas, sed agnatis simpliciter, defertur tamen iis solis ad quos hereditas pertineret si moreretur pupillus eo tempore quo de legitima tutela tractatur. Eo autem tempore solus hereditatem haberet ille gradus agnatorum qui proximus reperiretur.

§. vlt. inf. ti. seq. l. si plures 9. hoc ti.

AD TIT. XVI.

De capit. deminut.

PRINCIPIVM I.

Diffinitio Deminutionis capitis.

CAPITIS *deminutio nihil nisi status mutatio est.* Sic enim malo scribere cum Iustiniano initio huius tituli, quàm dicere cum Caio in *l. 1. D. eod.* esse status permutationem. Cùm eo nomine permutationis magis propriè significetur actus qui inter duos fiat, vt solemus dicere *rerum permutationem.* Neque tamen hæc

l 1. D. hoc tit.

Digitized by Google

definitio sic accipienda est vt conuertatur cum suo definito. Etsi enim omnis capitis deminutio status mutatio est, non omnis tamen status mutatio capitis deminutio vicissim est, sed ea tantùm quæ fit in peius, & in deterius. Finge filiumfamilias fieri sui iuris. Mutat proculdubio statum. Fit enim paterfamilias perinde acsi emanciparetur, neque tamen capite minuitur, quia fit melioris condicionis quàm esset antea. Idémque erit si fiat sui iuris per deportationem aut seruitutem patris *l.3.§.vlt.D. de SC. Macedon.* Sic & statum mutat deportatus si in ciuitatẽ restituatur, quia fit ciuis romanus cùm antea esset peregrinus, nec tamen dicitur capite minui, sed potiùs augeri, quia mutatio illa status fit in melius. Quod cùm ita sit dubitari eleganter potest, Cur ergo filiusfamilias qui emancipatur capite minui dicatur *d.l.3.§.vlt.* Sed rationem Paulus reddit in §. *vlt. l.3. D. hoc tit.* quia emancipari nemo potest nisi in imaginariâ seruilem causam primùm deductus. Quod quale sit postea explicauimus. Ideò autem capite minui dicitur qui hanc mutationem patitur status melioris in deteriorem, quòd ciuilis legislator in ciuibus suis, siue recensendis, siue æstimandis caput potissimum intueatur, sine quo nec subsistere quisquam potest, ita vt nec pro homine cum habeat qui non habet caput in ciuitate, vt mox dicemus.

l.3.§.vlt.D. de SC.Mac.

l.3. §. vlt. D. hoc tit.

ILLATIO I.

De triplici specie capitis diminutionis.

EX hoc Principio illud primùm fit vt triplex sit capitis deminutio, Maxima media, & minima. Maxima per quam familia, ciuitas, & libertas amittuntur, Media per quam familia & ciuitas salua libertate. Minima denique per quam sola familia, non etiam libertas at ne quidem ciuitas. Tria enim hęc sunt quæ habemus & in quibus status cuiusque hominis consistit, libertatem, ciuitatem, & familiam, vt Paulus scribit in *l. vlt. hoc tit.* Si ergo amittamus quod minimum est, puta familiam minima erit capitis deminutio. Si quod maximum est, id est libertatem erit capitis deminutio maxima. Nec enim potest amitti libertas quin multò magis & familia & ciuitas amittantur. Si denique quod est medium, id est ciuitatem quæ medium quiddam est inter familiam & libertatem, media capitis deminutio dicetur. Familia ad statum cuiusque ciuis & priuati hominis pertinet qua parte priuatus est, id est hic vel ille ciuis. Ciuitas verò qua parte ciuis, Libertas denique qua parte homo est. Nec quicquã possis fingere pertinens ad statum ciuis romani, quod non ad vnum ex his tribus referatur. Nam is cuius existimatio minuitur non mutat statum, ideóque nec capite minui dicitur, vt ex sequentibus apparebit.

l. vlt. eod.

ILLATIO II.

De modis quibus incurritur maxima capitis diminutio.

SEcundò ex eodẽ Princ. fit, vt siue quis seruus pœnæ effectus sit atrocitate sententię, cui iustã tamẽ causam dederit enormitas delicti super quo pronũciatum est (res enim iudicata pro veritate habetur) siue quis cùm fuisset manumissus reuocatus sit in seruitutem ex causa ingratitudinis erga patronum admissæ, siue denique ex libero seruum seipsum fecerit patiendo se venundari tanquam

tanquam seruum dolo malo ad precium participandum,Non possit dubitari quin his omnibus casibus maxima capitis deminutio incurratur,cùm libertas amittatur,& consequenter vt præcedente illatione diximus,& ciuitas & familia §.1.*hoc tit.l.sunt quidam* 17.*l.capitalium* 28.D.*de pœn.l.*2.C.*de libert.& eor. liber.*etsi hodie desierunt huiusmodi pœnæ in vsu esse partim ex Nouella Iustiniani constitutione 22.*De nupt. cap.* 8. vbi prohibet Iustinianus ne quis bene natus id est ingenuus ex supplicio fiat seruus,Partim ex Leonis *Nouell.*59.quæ induxit ne homini cuiquam libero,se vendere permittatur.Quid ergo si liber homo & ciuis romanus ab hostibus capiatur?Fit quidem reuera seruus hostiũ vt docuimus ad *tit. Quib.mod.ius patr.potest.solui.*sed non idcirco capite minutus intelligitur,quia siue apud hostes moriatur,in ciuitate defunctus intelligetur per fictionem legis Corneliæ,siue in ciuitatem redibit, semper in ciuitate fuisse reuocetur postliminii potestate §. *si ab hostibus supr.ill.tit. quib.mod. ius patr.potest.solui.& tot.tit.D.& C.de captiu.& postlim.*idcóque & testamentum eius valet *l.si quis* 6.§.*penult. de iniust.rupt.* scilicet tanquam alterutra actione confirmatum vt ea lex ait.Sunt enim ambæ illæ fictiones ex iure ciuili ex quo etiam est quælibet capitis deminutio quam sanè nec naturalc,nec gentium ius vllam agnoscit,cùm iure naturali nulli sint serui, iure verò gentium serui perinde sint homines & caput habere intelligantur atque ij qui sunt liberi.

§.hoc tit.l. sunt quidã 17.l.capitalium 20 D. de pœn. l. 2. C.de libert. & eor.liber. Nouell 22. De nupt. cap. 8. Leonis Nouell.59.

l.si quis 6 §. pen D.de iniust.rupt.

IELATIO III.

De aqua & ignis interdictione,ac deportatione.

TErtiò ex eodem Principio fit,vt is cui aqua & igni interdicitur, mediam quam & minorem vocant capitis diminutionem patiatur,cùm ciuitatem amittat,libertatem quamuis retineat §.*minor hoc tit.l.amissione* 5. *in princip. D. eod.*Idémque est si quis in insulam deportatus sit postquàm deportatio successit in locum veteris interdictionis aquæ & ignis *l.*2.§.1.*l.sunt quidam* 17.§.1.D. *de pœn.l.inter pœnas* 6.§.1.*D.de interd.& releg.l.*1 §.*bi quibus De legat.*3.vbi ob hanc causam vocantur illi ἀπόλιδες,id est extorres & sine ciuitate. Quod tamẽ ita accipiendum est vt is demùm pro deportato in insulam haberi debeat cui Princeps insulam adnotauit,vel de quo deportando scripsit. Nam licèt sententia præsidis de aliquo deportando interuenerit,si tamen priùs ille decesserit,quàm factum præsidis Princeps comprobauerit, nondum is amisisse ciuitatem videtur.Proinde si ante decessisset,ciuis decessisse videretur & fideicommissum valeret,quod idem ille siue ante siue post sententiam reliquisset dummodo ante Principis comprobationem,quia certum statum ciuis romani nec immutatum vsque adhuc habuisse intelligitur,vt scribit Vlpianus in *d.l.*1.§.*de portatos de leg.* 3.Quò etiam pertinet quod idem Vlpianus ait in *l.si quis filio* 6. §.*eius qui* D.*de iniust. rupt.* eius qui deportatur non statim irritum fieri testamentum sed cùm Princeps comprobauerit.Tunc enim,inquit, & capite minuitur.In quo differt minor ista & media capitis diminutio ab ea quæ est maxima,id est quæ adimit libertatem.Nam si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias,vel ad gladium,vel alia pœna quæ vitam adimit, testamentum eius irritum fit, nec tunc tantùm cùm consumptus est, sed ex quo die sententiam passus fuit: cùm ex illo tempore seruus pœnæ efficiatur, Nisi fortè fuit miles.

§.minor hoc tit.l.amissione 5. in pr. D. eod. l. 2. §. 1. l. sunt quidam 17. §.1. de pœn. l. inter pœnas 6 §.1.de interd.& releg.l.1. §. bi quibus de leg.3.

d.l. 1. §. deportatos De legat.3.

l.si quis filio 6.§.eius qui D.de iniust. rupt.

ex militari delicto damnatus: Cui ex Diui Hadriani rescripto permissum est testari iure militari *dict.l.si quis §. sed etsi quis.* Quod tamen mirum videtur, Vt scilicet præses prouinciæ qui merum in prouincia sua imperium habet, ac ius gladij in facinorosos homines ad vitam iis adimendam inconsulto quoque Principe deportare tamen non possit in insulam, quod multò minùs est, nisi Cæsare permittente, Cùm dici solcat, cui licet quod plus est multò magis debere quod minus est licere. *l. non debet cui* 21. *De regul. iur.* Præsertim cùm eã potestatem habeat præfectus vrbi *d. l. inter 6. §. 1.* cuius tamen vt & cæterorum omnium magistratuum, qui in vrbe sunt partes gerit præses in prouincia *l 4. l. ex omnibus* 10 *cum seqq. D. de offic. præsid.* Duplex tamen eius iuris ratio videtur adferri posse, Vna propter periculum quod sibi & reipublicæ possunt Principes timere à deportatis tanquam ab hostibus in custodia quidem, sed libera constitutis, (qui enim deportati sunt in certam insulam nullo alio vinculo tenentur, quàm metu pœnæ capitis in quam commutanda erit pœna deportationis si quid illi facient contra sententiam & interdictionem *l. relegati* 4. *D. de pœn.*) Altera quòd cum ciuitati honorem habere Imperatores voluerint vt præsidibus suis qui non populi romani, sed Cæsaris magistratus sunt, noluerint datam adimendæ ciuitatis potestatem, quam tamen non solùm præfectus vrbi in vrbe, sed etiam Proconsules in prouincijs quia populi romani magistratus erant, sine dubio habuerunt vt scripsimus ad *Pr. 4. tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* At cum eo quod dicimus esse hanc minorem & mediam capitis diminutionem pugnare videtur quod scribit Callistratus in *l. penult. D. de var. & extraord. cognit. in §. vlt.* Confundi existimationem quoties magna capitis diminutio interuenit, id est inquit, cùm libertas adimitur, veluti cum aqua & igni interdicitur quod in persona deportatorũ euenit (lego enim *quod* pro *quæ* sicuti contrario errore scriptum est *quod* pro *quæ* in *l. 3. D. de iurisdict.* vt docuimus *lib. 3. Coniect.*) vel cùm plebeius metalli vel in metallum datur. Quibus verbis apparet Callistratum nullam inter deportationem & alias pœnas, quæ libertatem adimunt constituere differentiam, nec dubitare quin per deportationem etiam libertas adimatur. Qua de causa putarũt quidam corruptum esse locum & pro *magna* legendum *media* in illis verbis *quoties magna capitis diminutio interuenit.* Quam tamen emendationem non patitur quod statim sequitur, *id est cùm libertas adimitur*, quod exemplum non potest accommodari mediæ capitis diminutioni. Quænam enim erit magna si media illa est per quam libertas adimitur? Sed iidem hoc quoque emendant & pro *id est* legunt *idem est*, Omnino insulsè nisi totam illam clausulam *id est cùm libertas adimitur*, parentheli concludant, vt quod sequitur *veluti cùm aqua & igni interdicitur* possit referri ad illa præcedentia in quibus volunt illi actum esse de media capitis diminutione. Subtilius est, sed non verius quod docuit Iacobus Cuiacius, duplicem esse libertatem, vnam iuris gentium, alteram iuris Quiritium, Priorem quidem non amitti per deportationem, sed amitti posteriorem & de ea intelligendum esse Callistratum, quia libertas iuris Quiritium non sit quid differẽs ab ipsa ciuitate romana: quæ cùm amittatur per deportationem, libertatem quoque iure Quiritium amitti necesse est redacto ciue romano ad peregrinitatem, atque ita effecto non minùs incapace omnium eorum quæ sunt iuris ciuilis quàm si libertatem iuris gentium amisisset cùm perinde verum sit desinere illum habere caput in ciuitate: Vnde est quod plerisque iuris locis morti depor-

d.l. si quis §. sed etsi quis.

l. ben. §. vlt. D. de var. & extr. cognit.

Emendatus Callistratus.

Etiam deportatio mors comparatur.

deportatio comparatur *l.Gallus* 29.§.*& quid si tantùm* D*e liber.& posthum. l.1.* §.*pen.* D.*de bonor.poss.contr.tab.l.*4.§.*si deportatus* D.*de bon.libert.*iunct. *l.sed si hac lege* 10.§.*sed si per pœnam* D.*de in ius vocand.l.*1.*C.de her.instit.* Verùm planè commentitia est distinctio ista libertatis,nec vllo iuris loco probari potest. Probabilius erit meo iudicio,si dicamus Callistratum in *d.l.pen.* qui locus has difficultates solus parit,non loqui de maxima capitis diminutione,sed de magna : quo nomine tam media & quæ minor , quàm quæ maxima significatur: Cùm magnæ non aliam possis opponere quàm quæ parua sit, Cuius appellatione conuenientius est vt minima,quàm vt media significetur. Hoc verò admisso,quod negari non potest apparet id agere,Callistratum vt adferat exempla magnæ capitis diminutionis nec minùs quatenus ea maxima , quàm quatenus media est.Ideò incipit ab exemplo quod ad solam capitis diminutionẽ maximam pertinet *id est*,inquit,*cùm libertas adimitur.*Quod ergo sequitur *veluti cùm aqua & igni interdicitur*,non exemplum est eius capitis deminutionis per quam libertas adimatur,vt vulgo nostri sentiunt,sed aliud exemplum magnæ capitis diminutionis per quam existimatio consumatur. Nam & quod subiicitur *vel cùm plebeius in opus metalli,vel in metallum datur*,non secundum exemplum est eius capitis diminutionis per quam libertas amittatur, sed tertium magnæ capitis deminutionis quæ consumat existimationem. Perinde igitur est acsi scripsisset Callistratus in secundo exemplo *vel cùm aqua & igni interdicitur*.quemadmodum in addendo tertio exemplo scribit *vel cùm plebe ius*.Quid enim refert an scriptum sit *vel* an *veluti* ad ponendum exemplum? Id solùm mirari quis possit , Cur maximam capitis deminutionem à media non separet Callistratus,sed vtramque iungat cùm vtramque vocat magnam. Sed facilis responsio est ita factum à Callistrato quoniam tractabat de consumptione existimationis,Nihil autem interest ad consumendam existimationem,vtrum quis maximam capitis minutionem , an verò mediam patiatur: cùm nulla possit esse in ciuitate existimatio illius , qui ne quidem caput in ciuitate habere intelligitur.Aliud igitur est si tractemus de amissione libertatis aut ciuitatis,quoniam sunt ista longè differentia , nec confundi vnquam debent.Et ita mihi omnino videtur:Reliqua quæ de deportatione dici possent, petenda sunt ex iis quæ scripsimus ad *Princ.*2.3.4.*&* 5.*supr.quib.mod.ius patr. potest.solvit.*

Interpretatio Callistrati.

ILLATIO IV.

De minima capitis diminutione quæ per familiæ mutationem contingit.

QVartò ex eodem Principio fit , vt tum quoque cùm salua libertate & ciuitate familiam quis mutat,capite minui dicatur, quia hoc quoque casu status hominis commutatur qui in familia etiam consistit *dict. l. vltim.D.hoc tit.*§.*minima eod.*vbi dicitur minimam esse hanc capitis deminutionem,quoniam ex tribus illis quæ ciues omnes habent,libertatem , ciuitatem , & familiam,postremum hoc minimum est , si cum cæteris conferatur. Contingit autem hæc minima capitis diminutio in his qui cùm sui iuris fuerint, cœperunt alieno iuri subiecti esse scilicet per adrogationem , vel contrà si quis ex filiofamilias factus sit sui iuris per emancipationem.

*l.vlt.*D *hoc tit.* § *minima eod.*

Qui enim adrogatur cùm antea esset sui iuris propriámque haberet familiam amittit eam per adrogationem, transitque in nouam familiam eius à quo adrogatur: Qui verò emancipatur, amittit familiam paternam licèt nouam ipse constituat à paterna petitus distinctam, & in qua ideò patri extraneus esse intelligitur *l. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.* Quid ergo si filiusfamilias in adoptionem datus sit à patre? Nullam ille propriam familiam nanciscitur, sed non eo minùs amittit paternam, eámque commutat in familiam patris adoptiui, ob idque etiam capite minui dicitur, licèt familia patris adoptiui nobilior sit & opulentior quàm fuisset familia patris naturalis. Nec enim familia mutari potest quin persona ipsa quæ mutat familiam, alia facta esse videatur status mutatione, in emancipato tamen manifestior est ratio quæ inducit capitis diminutionem. Illa nempe, quod emancipari nemo possit nisi prius in imaginariam seruilem causam deductus, propter imaginarias illas tres venditiones quas fieri necesse erat vt filius patria potestate liberaretur. Adeò potens erat vinculum ius patriæ potestatis & indissolubile, ita facientibus verbis legis duodecim tabularum, vt nō aliter posset filiusfamilias liberari patria potestate viuo patre quàm si ter à patre venundatus esset, Quasi non alius pater esset indignus cui leges conseruarent ius potestatis quàm qui filium suum tam malè tractasset, vt cum ter vendidisset. *l. 3. §. vlt. D. hoc tit. l. vlt. C. de emancip. liber.* vbi has sollennitates tollens Iustinianus vocat hanc vanam obseruationem, & venditiones istas figuratas, & circumductiones inextricabiles, & iniuria rhabismata quorū nullus rationabilis exitus inuenitur. Eadémque ratio in filiofamilias adoptato locum habet si iuris veteris ratio inspiciatur, cùm non fierent olim adoptiones nisi per tres emācipationes, & duas manumissiones in filiis aut per vnam emancipationem in cæteris liberis *l. vl. C. de adopt.* Sed de adrogato non idem dici potest, cùm patrisfamilias adrogatio fieret solo imperio magistratus aut populi romani aut etiam Principis *l. 2. D. eod.* nec proinde emancipationes vllæ, aut manumissiones in eam rem interueniebant. An igitur nullam capitis deminutionem adrogatum pati dicendum erit? At Iustinianus noster repugnat in hoc tit. itémque Vlpianus in *l. 2. D. eod.* vbi postquàm præfatus est edictum illud *De capite minutis*, ad eas tantùm capitis deminutiones pertinere quæ salua ciuitate contingunt, subinde tractat de eo qui sit adrogatus, itémque de eo, qui debitorem suum adrogauit, Nō alia vtique ratione quàm quòd minima capitis deminutio interueniat in adrogatione, Alioqui dicendum esset nec per emancipationem nec per adoptionem hodie vllam capitis deminutionem contingere, siquidem sublatæ sunt vt diximus imaginariæ omnes illæ venditiones, *d. l. vlt.* Et tamen non ita est. Aequè enim hodie ac olim capite minuitur quisquis emancipatur, aut adrogatur, quia semper illud verum est mutari ab eo familiam & consequenter amitti eam quam habebat: qui autem in alia familia est is alius homo esse videtur non minùs quàm si esset in alia ciuitate, priore amissa, quod vnum inspiciendum est scilicet an familia mutata sit nec ne cùm quæritur de capitis minutione, vt ex eo apparet quod liberi quoque qui adrogatum patrem sequuntur minui capite dicuntur, cùm & ipsi familiam mutent *l. 2. D. hoc tit.* licèt ipsi tamen non emancipentur, immò nec adrogentur. Nec aliud respondendum putarem etiam iure codicis de filiofamilias dato in adoptionem extraneo adoptatori. Etsi enim placuit eidem Iustiniano vt qui datur in adoptionem hodie non amittat iura familiæ patris sui naturalis

l. 3. §. vlt. D. hoc tit. l. vlt. C. de emancip. liber.

l. vlt. C. de adopt. l. 2. D. eod.

l. 2. D. hoc tit.

l. pen. C. de adopt.

naturalis,sed priſtina omnia quæ in ea ante adoptionem habuit, retineat, & præterà ſibi acquirat iura ſuccedendi patri adoptiuo ab inteſtato dum ne contra teſtamentum in *l.penult.C.eod.tit.De adopt.* Nemo autem capite minutus dici poteſt ob id ſolùm quòd familiam acquiſierit nouam,ſed ob id vnũ quòd veterem amiſerit,Negari tamen non poteſt quin hic amittat ſuitatem & exeat de poteſtate patris naturalis fiátque filiusfamilias patris adoptiui,Quod ſufficit ad inducendam illam ſtatus mutationem ex qua capitis diminutio minima æſtimatur. Vno ſanè caſu qui in adoptionem à patre datur amittit omnino familiam paternam,Nimirum ſi in adoptionem datus ſit auo naturali vt pluribus à nobis traditum & explicatum eſt ad *tit.De adopt.ex d.l.penult.*

ILLATIO V.

De ſeruo manumiſſo.

QVintò ex eodem Principio fit,vt ſi ſeruus manumittatur,non ideò capite minui dicatur,quippe qui nullum antea caput in ciuitate habuit *§. ſeruus autem hoc tit.d.l.3.§.vlt.* iunct.*l.ſeq.D.eod.* vbi additur,ſeruum hunc qui manumittitur incipere ſtatum habere eo ipſo die quo iam manumiſſus reperitur nullum ergo ſtatum mutare potuit. Nam & prius eſt vt incipiat quis ſtatum aliquem habere quàm vt eum mutet *l.ſi in diem* 46. *l.Titio vſusfructus* 96. D. *de condic. & demonſtr.* Pendet enim hoc ex Principio illo philoſophorum à prudentibus noſtris adprobato,Priuationem præſupponere habitum *vulg. l.* 4.*D.de iuſt.& iur.* Et verò ſi ſtatus hominis cuiuſlibet in his tribus cõſiſtit quæ ſupra retulimus libertate,ciuitate,& familia;quid certius eſt quàm ſeruum neque libertatem habere neque ciuitatem,neque familiam? Habentur namque pro mortuis quod ad ius ciuile attinet *l.quod attinet* 32. *De regul.iur.* aut ſi pro viuis habeantur, hactenus habentur vt quadrupedibus æquiparentur *l.2.D.ad leg.Aquil.* Imò nec iure prætorio computantur adeóque nec extra ordinem *l. nullomodo* 7.D.*ad leg.Cornel.de falſ.* Eadem ratione poſſim dicere deportatum ſi quid faciat propter quod grauiùs condemnari debeat, & fieri ſeruus pœnæ, puta ſi locis interdictis non abſtinuerit iuxta *l.relegati* 4.D.*de pœn.* non ideò minutum iri capite quod iam nullum habet in ciuitate cùm ciuis eſſe deſierit. Etſi enim adhuc habet aliquid quod poſſit amittere,nullum tamen caput habet,quod poſſit minui, quandoquidem capitis deminutio quælibet eſt ex iure ciuili,cuius omnino incapaces ſunt & actiuè & paſſiuè quotquot non ſunt ciues.

§. ſeruus autem hoc tit. l.3.§.vlt.D. eod.

l.relegati 4. D.de pœn.

ILLATIO VI.

De mutatione dignitatis.

SExtò ex eodem Principio fit,vt quibus dignitas magis quàm ſtatus permutatur,ij capite non minuantur,adeò vt conſtet eũ quoque qui a Senatu motus eſt,capite minutum dici non poſſe *§.quibus autem hoc tit.l.3.*D. *de Senator.* Nam neque familiam amittit,neque libertatem,at neque ciuitatem,cùm Romæ morari poſſit *d.l.3.* Minuit tamen ea res exiſtimationẽ, Nã cùm exiſtimatio nihil aliud ſit,quàm dignitatis illæſæ ſtatus legibus ac moribus cõprobatus qui ex delicto noſtro autoritate legũ aut minuitur aut cõſumitur vt Calliſtra-

§.quibus autem hoc tit. l.3. D.de Senat.

l.pen.§.1.D. de var. & extr. cognit.

tus definit in *l.pen.§.1.D.de var.& extr.cogn.* dubitari non potest quin minuatur existimatio quoties manente libertate adeóque ciuitate circa statũ dignitatis pœna plectimur,sicuti cùm relegatur quis,vel cũ ordine mouetur, vel cũ prohibetur muneribus publicis fungi & honoribus,vel cùm plebeius fustibus cæditur,vel in opus publicum datur,vel cùm in eam causam quis incidit quæ edicto perpetuo inter infamiæ causas enumeratur *d.l.pen.§.minuitur*. Ex quo loco apparet quidẽ esse statum aliquem dignitatis, Vnde possit fortasse quis inferre si capitis minutio nihil nisi status mutatio est,esse hãc quoque capitis diminutionem.Sed cùm non sit status capitis,non potest ea mutatio vllam indúcere capitis diminutionem. Statum enim capitis non dignitatis esse oportet eum qui mutatur vt capitis deminutio inducatur.Alia non capitis sed dignitatis deminutio est.

ILLATIO VII.

De necessitate & ratione edicti prætorij, De capite minutis.

Tit. D. de cap. minut.

SEptimò ex eodem Princio fit,vt necessarium fuerit prætoris edictum , De capite minutis inter cætera capita edicti , De in integrum restitutionibus, Nimirum ad restituendam creditori actionem in eum qui per capitis minutionem alius quidã factus esse intelligitur,cùm ea res perimat ipso iure actionem & obligationem qua minutus capite antea tenebatur. Qui enim contraxit cũ Q. Tullio Cicerone si à patre M. Tullio filius detur in adoptionem Catoni, vel emancipetur non potest amplius dicere obligatum se habere Quintũ Tullium Ciceronem,qui iam est Cato aut paterfamilias propriam habens familiã à Ciceronum familia penitus distinctam.Idémque multò magis obtinet si is, qui erat sui iuris vltrò dederit se adrogandum.Alius enim homo est qui nunc filiusfamilias reperitur cùm tempore contractus paterfamilias esset. At quoniam ratio hæc sola iuris ciuilis subtilitate nititur,cùm re vera eadem persona post capitis deminutionem sit,quæ ante fuerat obligata,æquissimè prætor prouidit vt ex eo edicto restituatur actio pristina creditori,nec recusare possit qui capite minutus est quominùs eam suscipiat siue ex patrefamilias filiusfamilias, siue ex filiofamilias paterfamilias factus reperiatur,ne alioqui deterior fiat cõdicio creditoris ex alieno facto *l.1.D.de alien.iud.mut.caus.fact.* Ideóque bene monet Vlp.in *l.2.ill.tit.* pertinere hoc edictum ad eas capitis deminutiones quæ salua ciuitate contingunt.Nam siue libertatis siue ciuitatis amissione contingat capitis deminutio,cessabit edictum,cùm neque possint hi penitus conuenire:id est non magis prætoria quàm ciuili , nec magis noua quàm vetere & pristina actione,*l.tutelas 7.§.pen.eod.* Neque enim cum seruo vlla actio esse potest,*l.cum seruo 107.De regul.iur.* nec rursus cum deportato , cùm actiones omnes sint iuris ciuilis,ac proinde tales quæ nec exerceri possunt nec suscipi ab eo qui incapax est,omnium quæ sunt iuris ciuilis.Quamuis placeat eum qui ciuitatem amisit si bona detineat vtilibus actionibus teneri *l.relegatus 14.§.vlt. D.de interd.& releg.* quæ vtiles actiones cùm descendant ex æquitate non possunt habere locum aduersus deportatum,si cum ciuitate bona amiserit. Quænam enim restitutionis æquitas esse potest aduersus eum qui amissis bonis & ciuitate relicta nudus exulat? *l.tutelas 7.§.vlt.hoc tit.* De quo scripsimus ad *Princip.3.illat.4.tit.Qu.tib.mod.ius patr.potest.solu.* An ergo debiti iacturam patientur,qui cum deportato ante suspicionem nedum irrogationem pœnæ bona fide

l. relegatus 14.§.vlt.D. de interd. & releg.

l. tutelas 7. §.vlt. D. hoc tit.

l.2. D. hoc tit.

fide contraxerãt? Minimè, sed dabitur actio nempe vtilis in eos ad quos bona peruenerunt. *d. l. 2. in princip. hoc tit.* Scilicet ex eiusmodi confiscatione, & publicatione, quæ regulariter sequitur deportationem, aut eam potiùs concomitatur. *d. l. relegatus* 14. *§. magna.* Edicti autem verba bene concepta sunt vt appareat non aliam proponendi eius causam fuisse, quàm quæ à nobis allata fuit. Sic enim se habent. *Qui quæve posteaquàm quid cum his actum contractumve sit, capite diminuti diminutæve esse dicentur, in eos, eásve perinde acsi id factum non sit iudicium dabo. d. l. 2. §. 1.* vbi addit Vlpianus, Eos, qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis diminutionem præcesserunt manere obligatos naturaliter non ciuiliter. Si manerent obligati ciuiliter nullo esset opus edicto, si verò nec naturaliter obligati manerent vix vlla esset causa iis succurrendi, siquidem naturalis obligatio solius æquitatis naturalis vinculo sustinetur. *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis De solut.* Prætoria verò æquitas, non aliud fundamentum habet, quàm æquitatem illam naturalem, temperamentum nimij nimisque asperi iuris, ideò autem remanet etiam post capitis deminutionem naturalis obligatio, quòd ea ex facto & rei naturæque veritate æstimatur, magis quàm ex iure *d. §. naturalis & l. nec seruus* 41. D. *de pecul.* capitis autem deminutio cùm sit inuentum iuris ciuilis non potest facere vt quandiu reuera viuit ea persona quæ capitis minutionem passa est, non sit eadem illa quæ fuit antea. Nam quod alius homo esse creditur qui ex alia familia est, fictio & mendacium est, cui causam illud præbet quod legislator ciuilis suorum ciuium capita recenset atque æstimat ex familiis, & pro familiarum diuersitate alios atque alios facit. Quod tamen sequitur apud Vlpianum in *dict. l. 2. §. hi qui hoc titul. cæterùm si postea, imputare quis sibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet; sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem danda est actio,* hoc inquam non possum ego intelligere. Quid enim est quod possis imputare illi, qui contrahit post capitis deminutionem? Nam neque vllo indiget edicto vt actionem aliquam vel acquirere sibi possit vel quam acquisiit conseruare quoties contraxit cum eo qui iam emancipatus erat vel adoptatus. Siquidem possunt isti vtique obligari, nec tantùm naturaliter, sed etiam ciuiliter & efficaciter. Emancipatus quidem facilius quàm anteà, cùm sit paterfamilias & sui iuris. Adoptatus verò æquè facilè cùm sit perinde filiusfamilias atque fuerat ante adoptionem, & consequenter talis qui possit & obligari & conueniri *l. tam ex contractibus* 57. D. *de iudic. l. si quis cum filiofamilias* 44. D. *de pecul.* Et ob id nimirum prætor non proposuit edictum nisi pro iis obligationibus, quæ essent contractæ ante capitis diminutionem, vt ex supradictis edicti verbis apparet, vt scilicet eas actiones & obligationes restitueret quæ nimia iuris subtilitate per capitis deminutionem intercidisse videbantur: quod non similiter dici poterat de obligationibus postea contractus nisi fortè quis diceret intercidisse illas priusquàm esse cœpissent, quod esset absurdum. *l. si in diem* 46. *l. Titio vsusfructus* 96. *De condic. & demonstr.* Itaque quod lex ait *quantum ad verba edicti pertinet*, commodum sensum habere nullum potest. Quasi verò possit dici deficientibus verbis edicti sententiam tamen prætoris ad eas quoque obligationes quæ postea contractæ sunt pertinere, Et quod additur

d. l. 2. §. 1. hoc tit.

l. Stichũ 95. §. naturalis D. de solut.

d. l. 2. §. hi qui D. hoc tit.

l. tam ex cõtractibus 57. D. de iudic. l. si quis cum filiofamilias 44. D. de pecul.

sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem danda est actio magis ridiculum est. Non enim interdum sed semper id accidit vt contra eum qui capite minutus est danda sit actio ex contractu inito post capitis deminutionem, si nihil aliud sit quod impediat actionem. Denique quod sequitur *& quidem si adrogatus sit nullus labor, Nam perinde obligabitur vt filiusfamilias,* præter id quod parum eleganter dictum est, ineptum etiam videtur. Quasi verò is qui adrogatus est non sit filiusfamilias. Est ergo tota illa clausula Tribonianimeo iudicio potiùs quàm Vlpiani, vt scripsi in Rationalibus ad illum locum.

Tribonianismus apud Vlpianum.

ILLATIO VIII.

De filiofamilias facto sui iuris per mortem patris.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt si filiusfamilias fiat sui iuris per mortem aut deportationem patris non ideò tamen capite minui intelligatur *l. 3. §. vlt. D. de SC. Macedon.* quia scilicet neque libertatem amittit, neque ciuitatem, neque familiam, cùm retineat ea omnia, quæ habuit viuo patre, maximè verò familiam *l. in suis* 11. D. *de liber. & posthum.* Proinde non mutat statum, qui in his tribus consistit, sed potiùs condicionem. Capitis autem deminutio non condicionis, sed status mutatio est.

l. 3. §. vlt. D. de SC. Maced.

ILLATIO IX.

De edicto De capit. minut. An hodie locum habeat.

NOnò ex eodem Principio fit, vt etiá hodie perinde atque olim capitis deminutio contingat per emancipationem, perindéque sit necessarium edictum De capite minutis eis qui contraxerant cum filiofamilias priùs quàm emanciparetur, quia licèt sublatæ sint imaginariæ illæ mancipationes quæ filium in imaginariam seruilem causam deducebant, illud tamen verum semper est, emancipatum amittere familiam paternam & nanciscí nouam. Ex quo solo capitis deminutio æstimatur, Nec quod emancipatis salua sunt iura successionis etiam legitimæ ex Iustiniani *Nouell.* 118. *De hered. ab intest. venient.* ad rem facit. Etsi enim sustulit Iustinianus differentiam suitatis & emancipationis quantum ad causam succedendi siue ex testamento siue ab intestato (nam & emancipati hodie institui necessariò debent vel exheredari quemadmodum sui heredes alioqui testamentum ipso iure est nullum *Nouell.* 115. *Vtcùm de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum.*) non tamen vsque adeò confusa sint & nomina & iura emancipatorum ac suorum heredum, vt non sit verum etiam hodie desiisse suum heredem esse filium qui fuit emancipatus & desisse filiumfamilias esse, quamuis filius esse non desinat. Quamquam in hoc ipso sa tendum est multum de iure vetere per Iustiniani constitutiones fuisse immutatum, Ius enim vetus nullos agnoscebat filios nisi qui essent filiifamilias, vt nec patres nisi qui essent patresfami lias, indéque est quod Iurisc. in *l. nam ciuiũ* 4. D. *de his qui sui vel alien. iur. sunt,* summam illam ciuium diuisionem facit vt alij patresfamilias sint, alij filijfamilias, aliæ matresfamilias, aliæ filiæfamilias. Iustinianus verò voluit filios emancipatos licet desinant esse filijfamilias tamen non desinere filios esse, eadémque in succedendo iura habere quæ haberent etiamsi

Imaginaria mancipationes hodie sublatæ.

Nouell. 118. De hered. ab intest. venient.

l. nam ciuiũ 4. D. de his qui sunt sui vel alien. iur.

etiamsi in patris potestate mansissent. Sed non ideò possit hodie defendere filiosfamilias cùm emancipantur nihil omnino amittere, cùm exeant de patris naturalis potestate, ideóque amittant suitatem, nec retineant paternam familiam nisi quantum ad ius succedendi ab intestato. Scripsimus in Rationalibus. Perinde ergo necessarius hodie vsus erit, nec minor necessitas edicti *De capite minutis*. Maximè verò propter eos qui à patre dantur in adoptionem auo materno, & præterea propter adrogationes. Nam & hodie siquis adrogetur, amittit sanè pristinam familiam suam cámque transfert in domum adrogatoris sui *l. qui ex liberis* 11. *§. testamento D. de bonor. poss secund. tabul.* Igitur qui coutraxit cum adrogato ante adrogationem indiget auxilio prætoris & edicti, vt aduersus adrogatũ qui nunc filiusfamilias est actio pristina ei restituatur quam per adrogationem amisit, quemadmodum & olim, Excepto casu illo singulari quem Vlpianus ponit in *d. l. 2. §. ei qui debitorem D. hoc tit.* id est si quis debitorem suum non adrogauerit. Huic enim non restituitur actio in adrogatũ, non solùm quandiu adrogatio durat (tunc enim alia ratio impedit restitutionem, scilicet quod inter patrem & filium qui est in potestate lis nulla esse possit nisi ex castrensi peculio *l. lis nulla* 4. *D. de iudic. l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt.*) sec nec si adrogatus ille iterum sui iuris fiat. Nam cùm ratio edicti qua motus fuit prætor vt actionem restitueret quæ fuerat extincta per capitis deminutionem non alia sit quàm quòd iniquum sit alieno facto deteriorem fieri condicionem creditoris cui nihil potest imputari *l. 1. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* apparet rationem hanc æquitatis cessare in adrogatore, qui debitorem suum adrogando vltrò propriam suo & proprio facto amisit actionem.

l. qui ex liberis 11. *§. testamento de bon. poss. secund. tab. l. 2. §. ei qui debitorem D. hoc tit.*

ILLATIO X.

De iis quæ sunt iuris publici non amittendis per minimam capitis diminutionem.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum is qui & libertatem & ciuitatem amittit, ea quoq; perdit omnia quæ sunt iuris ciuilis, & quæ ad ius ciutatis pertinent, Ita dicendum sit per eam capitis diminutionem quæ salua ciuitate accidit, publica iura non interuerti. Certum enim est eum qui capite minuitur minima capitis deminutione, manere magistratũ, Senatorem, Iudicem denique & cætera officia quæ publica sunt in eo non finiri *l. amissione* 5. *§. vlt. cum l. seq. D. hoc tit.* vbi ratio redditur quod hæc minima capitis deminutio priuata duntaxat hominis & familiæ eius iura non ciuitatis amittat, Ne alioquin eueniat, vt latiùs pateat effectus quàm causa.

l. amissione 5. *§. vl. cum l. seq. D. eo.*

ILLATIO XI.

De capitis diminutione contingente iis qui deficiunt.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt etiam ij qui deficiunt capite minui dicantur *l. amissione* 5. *§.* 1. D. *hoc tit.* vbi Paulus explicat deficere illos qui ab his sub quorum imperio sunt desistunt, & in hostium numerum se conferunt. Sed & hi, inquit, quos Senatus hostes iudicauit lege lata, Vtrique (sic enim lego non *vtique* vt vulgo) id est tam qui deficiunt quàm quos Senatus hostes iudicauit, vsque eo vt & ciuitatem amittant, quæ media capitis deminutio est.

d. l. amissione §. 1.

Adeò autem hoc verum est eos qui deficiunt pati capitis deminutionem, vt neque postliminio reuerti possint, nec si adhuc viuum habeant patrem in cuius erant potestate (quo casu videbatur facilius eis concedendum ius postliminij ex persona patris) quia pater non minùs illos amisit, quàm patria, & quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis quàm charitas liberorum, vt idem Paulus ait eleganter in *l. postliminium* 19. §. *filius* D. *de capt. & postlim.*

l. postliminium §. filius D. de captiu. & postlim.

PRINCIPIVM II.

De non facienda deteriore cuiusquam condicione ex facto alterius.

NVmquam ex alieno facto debet fieri deterior condicio eius cui nihil potest imputari l.1.D. de alienat.iudic.mut.caus.fact. vbi Caius scribens ad edictum prouinciale, monet omnibus modis id agere Proconsulem in prouincia quod & prætor agit in vrbe, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto. Cui Principio respondet vulgata illa iuris regula, Non debere alteri per alterum iniquam condicionem inferri *l. non debet alteri* 74. *De regul iur.* Item illa, Id quod nostrum est sine facto nostro nobis auferri non posse *l. id quod nostrum* 11. *eod. cum similib.*

l.1.D de alienat.iudic. mut. caus.

l. non debet alteri 74. l. id quod nostrum 11. De regul.iur.

RELATIO I.

Ratio edicti prætorij De capite minutis.

EX hoc Principio pendet tota ratio huius edicti De capite minutis, Nam cùm nihil aliud eo agat prætor nisi vt creditori actionem pristinam restituat quæ ipso iure interciderat per minimam capitis deminutionem, obidque positus sit ille titulus in Pandectis inter cæteras partes edicti De restitutionibus in integrum, Constat non alia ratione moueri potuisse prætorem ad indulgendam eiusmodi restitutionem, quàm quòd durum & iniquum esset alieno facto amitti eam, ipsiúsque commodum eripi creditori, cuius neque factum, neque culpa vlla interuenerit. Nam neque posset prohibere creditor etiamsi maximè vellet ne filium debitorem pater emanciparet, aut in adoptionem daret, néve paterfamilias debitor præberet se adrogandum, atque ita filiusfamilias efficeretur. Quod ergo creditor prohibere non potest ne inuito se fiat, cur ipsi nocebit? Est enim alia generalis propositio & quæ vix vllam patitur exceptionem, Neminem lædi debere ex alieno actu etiam quem sciuerit si contradicere non potuit aut contradicendo impedire *l. Caius Seius* 39. vbi nostri notant D. *de pignor. action.* Indéque est, quod si quo casu imputari aliquid potest ei qui per capitis deminutionem debitoris sui actionem suã amisit, nulla ei concedenda est restitutio quasi deficiente causa & æquitate edicti, Vt puta si quis debitorem suum adrogauerit: Hic enim omnem suam amittit actionem, nec tantùm ipso iure, sed etiam apud prætorem & effectu ipso, nec solùm quandiu durat adrogatio, sed etsi ea finita sit, rursúmque factus sit sui iuris ille qui fuerat adrogatus, quia hæc capitis deminutio contigit facto ipsius creditoris, eiusdémque adrogatoris *l. 2. §. ei qui debitorem* D. *hoc tit.*

Restitutio in integrum ex edicto De capit. minut.

l. Caius Seius 39. D de pignor. act.

l. 2. §. ei qui debitorem D. hoc tit.

De quo

De quo iam diximus ad illat.9.in fin.Principij præcedentis.

ILLATIO II.

De alienatione iudicij mutandi causa facta.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt prætor aliud quoque edictum proposuerit inter cætera capita edicti De *restitut. in integr. De alienatione iudicij mutandi causa facta l.*1.D.*ill.tit.* vbi Caius scribit prætorem cùm intelligeret iudiciorum exitum duriorem interdum nobis constitui opposito nobis alio aduersario,bene in eam quoque rem prospexisse, vt si quis rem alienando aliũ nobis aduersarium suo loco substituerit,idque data opera in fraudem nostram fecerit tanti nobis in factum actione teneatur,quanti nostra interfit alium aduersarium nos non habuisse.Ne scilicet cuiusquam deterior causa fiat ex alieno facto vt in eiusdem legis Principio Caius præfatur. Itaque si alterius prouincię hominẽ mihi aduersariũ opposueris, aut aliũ qui me per potentiam suam vexaturus sit,teneberis,quia etiamsi cum eo qui alterius prouinciæ sit experiar,in illius prouincia experiri debeo & potentioribus pares esse non possumus *d.l.* 1.*§.vlt.l.*2.*&* 3.*in prin.ill.tit.*Sed etsi hominẽ quẽ petebam manumiserim, durior condicio mea fit,quia prætores fauent libertatibus *d.l.*3.*§.*1.*l.antep. D. de manumiss.*Idémque erit si in pupillum vel in ecclesiam facta sit alienatio,Nam & his prætores in pari causa fauere solent sicut & libertati.Item si locũ in quo opus feceras cuius nomine interdicto Quod vi aut clam,vel actione aquæ pluuiæ arcendæ tenebaris,alienaueris,durior mea condicio facta intelligitur,quia si tecum agerem tuis impensis id tollere deberes. Nunc verò cùm incipiat mihi esse actio contra alium quàm qui fecerat compellor meis impensis id tollere,quoniam qui ab alio factũ possidet hactenus istis actionibus tenetur, vt id opus tolli patiatur *d.l.*3.*§.item si locum*, Actori enim moram suam nocere debere manifestum est,id est deteriorem causam esse eius cui nocitũ est,cùm agit aduersus emptorem quiopus nõ fecit,quàm si ageret aduersus eum ipsum qui nocuit,cùm imputare sibi debeat cur non egerit citius & aduersus eum ipsum qui opus fecerat & ante venditionẽ. Præsertim cùm iniquũ futurum sit cogi emptorem tollere quod non fecerit,Sed ea res non liberat venditorem quominus interdicto Quod vi, aut clam de damno & impensis ab actore factis teneatur *l.emptor* 12.*& seq.*D.*de aqua & aque plu.arcen.*Nam & post venditionem & traditionem fundi ea actio durat,siue nocitum sit fundo qui fuit venditus,siue ei qui non fuit venditus *l.post venditionem* 16.*eod.* Sed cum hac differentia,quòd si venditus sit fundus cui nocitum est, & de quo indicium iã antè acceptum erat,perinde quidem competit actio venditori, sed eam iudicio empti cogitur præstare emptori *l.Iulianus* 13.*§.sed etsi quid preterea* D.*de action.empt.* Sed si antequam noceatur is cum quo actum est vendat statim agendum est cum emptore,vel intra annum cum eo qui vendidit si iudicij cuitandi mutandique causa id fecerit *d.l.post vendationem.* Sed de his & cæteris omnibus quæ pertinent ad explicandas leges positas sub illo titulo iam satis multa scripsimus in Rationalibus,quæ hic repetere nõ oportet,Possunt & ad hoc Principium referri alia penè innumera iuris nostri loca, quæ inter legendum passim occurrunt,nec difficilis sunt obseruationis.

*l.*1.*D. de alienat. iudi. mut. caus. fact.*

*l.*1.*§. vlt.l.* 2. *&* 3. *in princ. ill.tit.*

d.l. 3. *§. item si locum.*

l.emptor 12. *& seq. D. de aqua & aqua pluu. arcend.*

l post venditionem 16. *eod.*

Iulianus 13. *§ sed & si quid preterea D. de act.empt.*

PRINCIPIVM III.

Omnem capitis diminutionem esse iuris ciuilis.

l.eas 8. D. hoc tit. l. 4. D. de iustit. & iur.

OMnes capitis diminutiones commentum sunt & inuentum iuris ciuilis, l.eas obligationes 8.D.*hoc tit.* Nam cùm versentur, media quidem circa ciuitatem quam adimit, Minima verò circa familiam quæ & amittitur, & mutatur, Ciuitatis autem & familiæ nomina sint iuris ciuilis, non gentium aut naturalis *l. pronunciatio* 195.§.*familiæ cum l.seq.* De *verb.sign.* Consequens est vt non alteri iuri quàm ciuili hæ capitis diminutiones adscribi possint. Ea verò quæ maxima dicitur etsi versatur circa seruitutem cuius & nomen & ius inductum est ex iure gentium *l.*4.*D.de iustit.& iur.* non eo magis tamen est iuris gentium, quia non possunt iure gentium dici capite minuti qui facti sunt serui, cùm etiam serui iure gentium caput habeant perinde ac ciues *l.*4.D. *de iustit.& iur.* Præter id quod sunt etiam iuris ciuilis modi quidam per quos & libertas amittitur, & seruitus irrogatur: *l.*5.§.1.D.*de stat.homin.*

ILLATIO I.

De obligationibus quæ naturalem præstationem habent, non intercidentibus per capitis diminutionem.

d.l.eas 8. D. hoc tit.

EX hoc Principio illud primum fit, quod in *d.l.eas* 8.D.*hoc ti.* scriptum est, Eas obligationes quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, capitis diminutione non perire, quia ciuilis ratio, inquit, naturalia iura corrumpere non potest, sed tantùm ciuilia, quod & scriptum est in §. *vltim. tit. præced. De legit.agnat.tutel.* Ex quo infert Caius in *dict.lege eas*, actionem de dote quia in bonum & æquum concepta est, nihilominùs durare post capitis diminutionem, vt quamuis emancipata possit agere. Cur autem ea actio dicatur in bonum & æquum concepta esse, quod pulchræ est dubitationis, scripsimus contra Accursium in Rationalibus ad illum locum.

ILLATIO II.

De obligationibus ex delicto proficiscentibus durantibus post capitis diminutionem.

l.2.§. nemo D.eod.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt nemo delictis exuatur quãuis capite minutus sit *l.*2.§.*nemo D.hoc tit.* Nempe quia in delictis nõ ius sed factum versatur, facta verò per id quod iuris est tolli non possunt *l.si vnus* 27.§.*pactus ne peteret* D. *de pact.* nec iuris ciuilis fictiones possunt, ad id vsque quod facti est pertingere *l. denique* 19. D.*ex quib. caus. maior.* Itémque ferè sensus est eius quod Paulus scribit in *l.tutelas* 7. §. *iniuriarum hoc titu.* Iniuriarum & actionum ex delicto venientium, obligationes cum capite ambulare: Nec enim id aliam rationem habet quàm quòd eadem sit causa delictorum & actionum ex delicto venientium. Quid enim prodesset dicere neminem exui delictis per capitis diminutionem si non posset adhuc conueniri actionibus ex delicto descendentibus? Quamquam in actionibus illa erat fortior ratio dubitandi, quod sunt illæ iuris ciuilis *l.* 2. §.*dein-*

l.tutelas 7. §. iniuriarum eod.

Digitized

§. deinde ex hie . legibus De *origin.iur.* neque ex facto proinde vt delicta, sed ex iure æstimantur. Quidni ergo pereunt etiam minima capitis diminutione? Sed facile est respondere actiones pendere ab obligationibus, Obligationes autem quæ ex delicto proficiscuntur, non posse perire, quia ex facto & iniuria non ex iure nascuntur. Publicéque interest non remanere delicta impunita. De quo tamen videnda sunt quæ pluribus scripsimus in Rationalibus aduersus Accursium & Bartolum.

ILLATIO III.

De *legato annuo vel habitationis non extinguendo per capitis diminutionem.*

TErtiò ex eodem Principio fit, vt legatum in annos vel menses singulos relictũ, itémq; habitatio legata, quamuis morte legatarij intercidat, tamen capitis diminutione non peritnatur, sed post eã perseueret *l. legatum* 10. *D. hoc tit.* Rationem enim ibi Modestinus reddit, quia tale legatum in facto potiùs quàm in iure consistit. Quæ ratio vt in perfectam ratiocinationem euadat, supplenda est ex eo quod iam diximus, Capitis diminutionem mediam & minimam esse commentum iuris ciuilis, Fictiones autem iuris ad ea quæ facti sunt nullomodo pertinere.

l. legatum 11. *hoc tit.*

ILLATIO IV.

De *tutelis quæ pereunt aut non pereunt per capitis diminutionem.*

QVartò ex eodem Principio fit, vt quamuis tutelæ omnes sint ex iure ciuili *l.* 1. D. *de tutel.* Tamen non alias tutelas interuertat capitis diminutio, quàm quæ ex lege 12. tab. agnatis proximis deferuntur. Illæ. n. deferuntur sub nomine agnatorũ quod ciuile est, Agnatus autẽ esse desinit per capitis diminutionẽ is qui antea erat, cùm per eã familia mutetur. At tutelæ sicut & hereditates quæ ex legibus nouis, aut ex senatusconsultis, aut ex testamento deferuntur, non sub nomine aliquo ciuili deferuntur, sed sub nomine proprio & naturali. Ergo consequens est vt capitis diminutio quæ iuris ciuilis est eas solas perimat, quæ sunt ex lege 12. tabul. non cæteras, quia nec mutat nomina naturalia, sed tantùm ciuilia *l. tutelæ* 7. *hoc tit.* de cuius sententia & emendatione præter ea quæ iam scripsimus in præcedentibus ad Prin. 2. illat. 3. *supr. De tutel.* videnda omnino sunt quæ & copiosiùs & distinctiùs scripsimus in Rationalibus.

l. tutelæ 7. *in prine. D. hoc tit.*

ILLATIO V.

De *cognatione quæ perit per maximam & mediam tantùm capitis diminutionem.*

QVintò ex eodem Principio fit, vt etiam per minimam capitis diminutionem pereat agnatio, nõ tamen pereat cognatio *§. vlt. supr. ti. prox.* §. *quod autem hoc ti.* Nẽpe quia vt Iust. noster ait agnationis nomẽ ciuile est, cognationis verò naturale. Qui etiã sensus est *l.* 3. *D. vnde cog.* Quod cùm ita sit mirum est quod scribitur in *d. §. quod autem*, etiã cognationem solui non tantùm per maximã, sed etiã per mediã capitis diminutionem. Quomodo enim fieri potest vt naturalia iura corrumpantur per ciuilia, cùm ius cognationis sit semper na-

§. quod autem hoc tit. §. vlt. supr tit. præced.

Digitized by Google

turale quatenus ab agnatione seperatur, Capitis autem diminutio quælibet, vt Principium nostrum habet, commentum sit iuris ciuilis? At de maxima quidem capitis diminutione ratio illa adferri potest quod seruitutem mortalitati ferè comparamus *l. seruitutem* 209. *de regul. iur.* Implicat verò contradictionem, vt cognatus adhuc esse existimetur, qui iam mortuus creditur. Sed in media capitis diminutione difficilior quæstio est, cùm per eam ciuitas tantùm non etiam libertas amittatur, dumque spes non improbabilis, Posse deportatum quandoque restitui in ciuitatem *l. intercidit* 59. *De cond. & demonst.* Nisi dicamus etiam deportatos plerumque mortuorum loco habendos, *l. 1. §. pen. de bonor. poss. contr. tab. l. 4. §. si deportatus De bon. libert.* Cúmque cognationis nomen sit reciprocum, non conuenire bono ciui vt se cognatum dicat eius cui respublica ciuitatem ademerit omnémque cum ciuibus participationem. Qua ratione nec deportatos agnoscit prætor nisi tanquam peregrinos & quasi qui numquam fuerint ciues. Adeò ciuitatis memoria omnis in iis aboletur, qui cognationem illam naturalem quam inter omnes homines natura constituit, delinquendo violauerunt. Nec enim deportatur quisquam nisi ex causa delicti alicuius & quidem atrocissimi præcedentis. Illa tamen inter maximam & mediam capitis diminutionem differentia hac parte esse videtur, quòd is qui aliqua ratione seruus factus est, etiamsi postea manumittatur nulla ratione recipit cognationem quam semel in perpetuum amisit *l. is qui aliqua 7. D. vnd. cognat.* Qui verò deportatus fuit si restituatur eam iudicio meo recuperat, Tanquam qui non simpliciter & absolutè fuerit vnquam habendus pro mortuo, sed secundum quid, id est quantum ad ciuitatis iura pertineret, & ad tempus quandiu deportatio duraret. Idque videtur Iustinianus notter innuere in *d. §. quod autem*, vbi posteaquàm dixit ius cognationis perire si seruitus alicui ex cognatis irrogata sit, Adeò vt nec si manumissus ille fuerit recipiat cognationem. Subiúngit, sed etsi quis in insulam deportatus sit cognationem soluit: Sed non addit quod in præcedente clausula addiderat, Non recuperari hoc casu cognationem, quamuis deportatus in ciuitatem restituatur. Facitque in hanc sententiam quod scriptum est in *d. l. intercidit*, De cuius tamen sententia & interpretatione, itémque de vi ac potestate deportationis videnda sunt quæ scripsimus in superioribus ad *tit. Quib. mod. ius patr. potest. solui. Princip. 3. illat. 1.*

l. seruitutē 209. de reg. iur.

l. intercidit 59. De cond. & demonst. l. 1. §. pen. de contr. tab. l. 4. §. si deportatus de bon. libert.

l. is qui aliqua 7. D. vnd. cogna.

d. §. quod autem.

AD TIT. XXI.

De autor. tutor.

PRINCIPIVM I.

De necessitate interponendæ autoritatis per tutorem vt possit pupillus facere condicionem suam deteriorem, non vt meliorem.

L. obligari 9. in princip. D. hoc tit.

PVPILLVS *meliorem suam condicionem facere potest sine tutoris autoritate, deteriorem verò non aliter, quàm cum tutoris autoritate*, vt Iustinianus scribit initio huius tit. post Caium in *l. obligari 9. in prin. eo. ti.* vbi ait ille, Obligari pupillum ex omni contractu sine tutoris autoritate

ritate non posse, id est (sic enim haud dubiè Caius intellexit) ex nullo contractu posse pupillum sine tutore obligari, Acquirere autem sibi stipulando, & per traditionem accipiendo etiam sine tutoris autoritate posse. Ratio huius Principij nec obscura, nec dubia est. Cùm enim solo pupillorum fauore inductum sit, vt tutores eis dari oporteat, propterea quòd visum sit conueniens iuri naturali vt qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela & consilio regatur, *§. impuberes supr. tit. prox.* Absurdum sanè esset in eorum odium id ius retorqueri *l. nulla* 25. *D. de legib. l. quod fauore* 6. *C. eod.* quod tamen contingeret, si pupillo siue habenti tutorem, siue non habenti condicionem suam sine tutoris autoritate meliorem facere non permitteretur. Esset enim pupillus in eo deterioris condicionis quàm cæteri, quorum non modò ignorantium, sed etiam inuitorum condicionem per alios meliorem fieri posse placuit, quamuis deterior nō possit *l. soluendo* 39. *D. de negot. gest. l. solutione* 23. *D. de solut.* per seruos præsertim & eos quos quis habet in sua potestate *l. melior* 133. *de regul. iur.*

§. impuberes sup. tit. prox.

l. melior 133. de reg. iur.

Quod ergo alius pro pupillo & ignorāte & inuito facere posset, quidni pupillo ipsi pro seipso facere liceat? Nec. n. pupillaris ætas nec ignorātia illa quę per ætatē cōtingit aliud quicquā efficere potest, nisi vt pupillus sibi ipsi & absens, & ignorās existimetur, si nō doli capax proponatur *l. 1. §. impubes & seq.* in fi. *l. excipiuntur* 14. *D. de SC. Silan. l. in eo* 110. *§. pupillus & l. seq. De reg. iur.* Simili ratione motus Iustinianus in *l. pen. C. ad SC. Treb.* constituit vt in iis quoque casibus in quibus olim necessarium erat factum pupilli cum facto tutoris, puta in suscipienda fideicommissariæ hereditatis restitutione possit ea restitutio fieri soli tutori, & quidem sine onere fideiussionis De rato, si modò pupillus vel fari nō possit, vel absit, Ne, inquit, dū nimia subtilitate vtimur circa res pupillares ipsa subtilitas ad pernicię pupillorū reuertatur. Posset quidē subtiliter dici, Tū quoque cùm pupillus sibi acquirit, aut stipulando, aut per traditionē accipiēdo, nō tantùm facto aliquo stipulātis & accipiētis opus esse, sed etiā animo & effectu, Quia in omnibus rebꝰ quę dominiū trāsferūt, cōcurrat oportet affectus ex vtraque parte contrahentiū *l. in omnibus rebus* 53. iunct. *l. quæcumque* 11. *D. de oblig. & act.* Pupillus autem non solùm affectu illo carer, sed neque facere quicquam videri potest, cùm ne quidem pati, quod multò facilius est, intelligatur *d. l. in eo* 110. *§. pupillus de reg. iur.* quia scilicet hæc ætas illa etiam quæ videt ignorat *l. 1. C. de fals. monet.* nec rei intellectum capere potest etiam in iis quæ agit *d. l. excipiuntur*, quorum, quippe agendorum causam non intelligit *l. more* 8. *§. impubes & l. seq.* D. *de acquir. hered.* Sed esset illa subtilitas nimia, & pupillis ipsis damnosa, quorum fauor è contrario suadet, vt quæcumque de iis corúmque rebus iura constituuntur ex ipsorum fauore æstimari debeant, magis quàm ex subtili iuris ciuilis ratione. Quod verò secunda Principij nostri pars habet, Non posse pupillum deteriorem suam cōdicionem facere aliter quàm cum tutoris sui autoritate, Equidem rationem euidentem habet quantum ad directum, vt aiunt, propositionis sensum attinet, quoniam frustra daretur tutor impuberibus, nec iuris ciuilis propositum seruaretur, si liceret iis rem suam malè agere, neglecta tutoris autoritate cùm non aliam ob causam tutores dentur, quàm ne alioquin accidat vt pupilli condicio inopia consilij deterior passim fiat. Sed illud magis mirum est, quod ex contrario propositionis huius sensu elicitur, Licere pupillo deteriorem suam condicionem facere accedente tutoris autoritate. Siquidem eadem ratio iuris & naturalis, & ciuilis, quæ non patitur vt debeat esse in arbitrio pupilli res suas sine

Pupillus sibi ipsi & absens & ignorans est.

L. pen. C. ad SC. Trebell.

l. quæcumque 11. l. in omnibus 53. de oblig. & act.

l. in eo 110. §. pupillus de reg. iur. l. 1. C. de fals. monet. l. excipiuntur 14. ad Silan. l. more 8. §. impubes & l. seq. D. de acq. hered.

tutore malè administrare, illo quoque casu locum habere videtur, quo tutoris autoritas interueniat, cùm non ideò dentur tutelæ vt pupilli mergantur damnóque afficiantur, sed quò magis ipsis consulatur *l.3.in princip. D.de contr.tute. & vtil.act.* Nam & inde est quod solemus dicere, Tutorem domini loco habendum esse cùm rem pupilli ex ipsius vtilitate ac bona fide administrat, non etiam cùm pupillum spoliat *l.qui fundum* 7.§. *si tutor* D.*pro emptor.* iunct.*l.interdum* 56.§.*qui tutelam D.de furt.* An non enim spoliat, qui dãno eũ afficit, aue affici patitur? Nec est quod quis respondeat, hoc ideò ita receptũ esse, quia dãnum quod pupillus ex mala tutoris administratione sentiat sarciendum ei postea sit à tutore iudicio tutelæ: qua ratione videntur moti Iureconsulti in *l.si ad pupillum* 11.*& l.si tutor* 17.*D.hoc tit.* In promptu enim contradictio est, Non esse permittendum vt cuiquam inferatur damnum ob id solùm quòd eo nomine postea sit habiturus contra alium actionem est repetitionem *l.nemo ideo* 171.*de reg.iu.* cùm sit melius intacta cuiusq; iura seruari, quàm post vulneratam causam remedium quæri *l.vlt.C.in quib.caus.non est necess.in integr.restit.* & nostra interest non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.3.*D.*de compens. l.si stipulatus* 15.*in princip.* D.*de fideiuss.* Sed respondendum est non aliter ius constitui potuisse sine maxima pupillorum iniuria, quoniam si autoritas per tutorem præstita non aliter rata esset, quàm si certum esset ex pupilli vtilitate rem geri, vix quisquam esset qui cum tutoribus vellet contrahere. Siue quòd in dubio euentu plerunque id positũ sit vtrius ex contrahentibus commodo cessura res sit, Siue quòd quicumque contrahunt id agant maximè vt ex eius cum quo contrahunt damno commodum sibi acquirant, præsertim verò in emptionibus & venditionibus, itémque locationibus & conductionibus, In quo maximè contractuum genere licet contrahentibus naturaliter se decipere *l.in causa* 16.§.*idem Pomponius* D.*de minor.l.item si precio* 22.§.*vlt.D.locat.l.* 2.*l.si voluntate* 8.C.*de rescind.vendit.* Atqui nullius magis quàm pupillorum ipsorum interest, vt cum tutoribus rectè contrahatur *l.4.in fin.D.de euict.* ne alioqui commercio ius interdictum videatur si neque cum ipsis, neque cum ipsorum tutoribus contrahi tutò possit *arg.l.ait prætor* 7.*aliàs l.etsi sine* §. *quæsitum est l.quòd si minor* 24.§.*non semper* D.*de min.l.rata* 7.C.*de rescind.vend.* Sic enim fieret vt pupillus neque acquiri per tutorem quicquã posset, nemine cum tutoribus contrahere volente. Ergo æquissimum fuit & pupillis ipsis fauorabile ita ius constitui, vt etiamsi ex interposita tutoris autoritate lædi eos contingat, tutoris tamen autoritas rata sit, non minùs quàm si ex pupillorum cõmodo gesta res esset, Dum ne quid factum sit dolo malo tutoris, & dolum participante illo qui cõtrahit cum tutore. Hoc enim casu certum est collusionem illam pupillo nocere non oportere, nec habere contrahentem de quo conqueratur nisi de seipso, qui dolum participando fecit vt ei non tam tutoris quàm factum suum noceat *l.4.§.illa etiam quæstio in fin. D. de dolo mal. except.* Addenda etiam alia exceptio est, Nisi agatur de seruo aliquo manumittendo. Tunc enim non sufficit autoritatem tutoris interuenire, sed præterea causam quoque apud consilium probari necesse est *l.obligari* 9.§.1.D.*hoc tit.* Nempe quoniam per legem Æliam Sentiam eiusmodi sollennitas introducta est, vt ea lex ait huic speciei alienationis. Nam & manumissio alienatio est licèt per eam nullum dominium transferatur *l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.* iunct.*l.1. C.de fund.dotal.*

l 3. in princ. D. de contr. tutel. & vtil. act.

l.qui fundũ 7.§. si tutor D.pro emp. l. interdum 56 §.qui tutelam D.de furt.

l. si ad pupillum 11.l. si tutor 17. D.hoc tit. l.nemo ideo 171. de reg. iur.

l. vlt. C.in quib. caus. non est neces.in integ. rest.l. 3.de compens.l.si stipulatus 15.in princ. de fideiuss.

l. in causa 16 §. idem Pomponius D. de min. l.item si precio 22.§. vlt. D.locat. l. 2.l.si voluntate & C.de rescind.vendit.

l.4. in fi. D. de euict.

l.4.§.illa etiam quæstio in fin. D. de dol. mal.excep. l.obligari 9. §.1.D. hoc tit.

ILLA-

ILLATIO I.

De pupillo ſtipulante ſibi dari.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Iuſtin. initio huius tituli ſcribit, ſi pupillus dari quid ſibi ſtipuletur, nõ eſſe neceſſariam tutoris autoritatem. Nec enim verendum eſt, vt pupillus ſtipulando faciat condicionem ſuam deteriorem, cùm ſtipulationes omnes ad hoc comparatæ ſint vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri de verb. obligan.* Cui ſimile eſt quod ait *l.* 1. C. *hoc tit.* Tutoris abſentiam ſtipulationi pro pupillo habitæ non nocere. Eſt enim illa lex de ſtipulatione interpoſita non à pupillo, ſed pro pupillo, ſcilicet à ſeruo publico cui ius eſt ſtipulandi pro iis maximè qui ſibi ſtipulari non poſſunt, aut etiam à ſeruo ipſius pupilli ſi quem habeat *l.* 2. *& ſeqq.* D. *rem pupill. ſalu. for.* vbi additur etiamſi neque ſeruus pupilli, neque publicus vllus ſit, poſſe tamen interdum dari aliquem à prætore cui caueatur, & ex cuius ſtipulatione actio quæratur pupillo, non quidem directa, ſed vtilis. Nec enim ſemper pupillus ipſe ſibi ſtipulari poteſt, puta ſi abſens ſit, aut fari non poſſit cùm ſtipulatio neque inter abſentes, neque ſine verbis contrahatur. *l.* 1. *De verb. obligat.*

l. 1. C. *hoc tit.*

l. 2. *& ſeqq.* D. *rem pupill. ſalu. for.*

ILLATIO II.

De pupillo alium ſibi non etiam ſe alij obligante in contractibus vltro citróque obligatorijs.

SECUNDÒ ex eòdem Principio fit, quod Iuſtinianus ſubiungit, in his cauſis ex quibus obligationes mutuæ naſcuntur, vt in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depoſitis, & alijs huiuſmodi ſi tutoris autoritas non interueniat ipſi quidem qui cum his contrahunt obligentur, at inuicem pupilli non obligentur: quod & ſcriptum eſt de eo qui à pupillo emit in *l. Iulianus* 13. §. *ſiquis à pupillo* D. *de act. empt.* vbi non inepte Bart. notat clau dicare hoc caſu contractum, tanquam qui non niſi ex vna parte conſtet. Quod ſanè mirum videri poteſt in hoc contractuum genere, qui dicuntur vltrò citróque obligatorij, & quorum natura ea eſt, vt non priùs ex iis agere alteruter poſſit quàm ex parte ſua contractum impleuerit *d. l. Iulianus* §. *offerri.* Ne aliter poſito iure, adficiatur iniuria is cui non præſtatur quod promiſſum fuit, quíque non aliàs fuerat ex parte ſua promiſſurus, *l. cùm te* 6. *& l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed ratio decidendi ſumitur ex iuris regula, quæ habet eum qui cum alio contrahit non debere ignarum eſſe condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio* 19. D. *de regul. iur.* quod etſi generaliter in omnibus verum eſt, ad eos tamen maximè pertinet qui contrahunt cum pupillo, cuius ætas vix eſt vt non ſeipſam facilè ex aſpectu prodat, Vt proinde ſuæ facilitati debeat imputare qui cum pupillo ſine tutoris autoritate contraxit, cùm ſciret aut ſcire deberet, Pupillorum omnium eam cauſam eſſe vt condicionem ſuam meliorem facere poſſint, at deteriorem non poſſint. Quamquam nec nouum eſt vt aliis quoque caſibus & inter alias perſonas in cõtractibus iſtis qui ſui natura ſunt vltrò citróque obligatorij ex vna tantùm parte naſcatur obligatio, Vt puta in emptione ſi quis iactum retis emerit, nec quicquam eo iacto venditor ceperit *l. ex empto* 11. §. *vlt.* D. *de act. empt.* aut ſi emptor fundum condi-

§. 1. *hoc tit.*

l. Iulianus 13. §. *ſi quis à pupillo* D. *de act. empt.*

d. l. Iulianus §. *offerri.*

l. cùm te 6. *& l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.*

l. qui cum alio 19. *de reg. iur.*

l. ex empto 11. §. *vlt. de act. empt.*

xerit à venditore donec precium venditori soluat. His enim casibus solus emptor obligatur venditori, solúsque conductor locatori, non etiam venditor emptori aut locator conductori. *l. sicut emptio* 20. *§. vlt. D. locat.* Ad hanc porrò illationem pertinet quod Vlp. scribit in *l. pupillus* 5. *§. pupillus* D. *hoc tit.* pupillum vendendo sine tutoris autoritate non obligari, Nempe quia qui vendit, alienat si sit ipse dominus *l. traditio* 20. *l. numquam nuda* 31. D. *de acqu. rer. domin.* qui autem alienat cùm tanto fiat pauperior, facit haud dubiè cõdicionẽ suam deteriorem etiamsi vendat maiore precio, quàm quanti re vera res est. Non solùm quòd lubrica & fragilis sit pecunia, quæ perire facilè potest *l. si chorus* 79. *§. 1. de leg. 3. l. lex quæ tutores* 22. *C. de adm. tut.* Sed etiam quia prius est vt fiat quis pauperior vendendo & se obligando ad rem tradendam, quàm vt locupletior fieri videatur precium accipiendo. Contrà verò si quis emat videtur fieri locupletior, & facere condicionem suam meliorem cùm emptio sit iustus modus acquirendi. Sed tamen æquè verum est pupillum emendo non obligari *d. §. pupillus*, quoniam quisquis obligatur hoc ipso facit cõdicionẽ suã deteriorẽ cùm obligatio sit iuris vinculum propter quod quisquis debitor est sit quodammodo seruus creditoris. Vnde est, quod qui ab obligatione liberatur, locupletior fieri dicitur in *l. si pupilli* 66. *in fin. D. de solut.* Addenda nihilominùs est exceptio quam addit Vlp. in *d. §. pupillus nisi in quantum locupletior factus est.* Nimirum si de pupillo emente agatur, non si de vendente. Qui enim emit, licèt se obliget, tamen cùm acquirat facilè potest fieri locũpletior, si fortè viliore precio emerit. Qui verò vendit, cùm non tantùm se obliget, sed etiã alienet, numquam potest ex venditione fieri locupletior. Præsertim cùm preciũ nõ ex re, sed ex negotiatione percipiatur *l. venditor* 21. *D. de her. vel act. vend.* quæ negotiatio non facilè à pupillo fieri lucro eius potest. Quid tamen si precium acceperit, nec perdiderit, sed in rem suam vtiliter verterit? Condemnandus erit non vt venditionem impleat, sed vt precium reddat in quantum factus erit locupletior, idque actione illa quæ generaliter datur ex rescripto D. Pij contra pupillum locupletiorem factum *l. 3. §. pupillus l. si pupilli 6. in princip. De negot. gest. l. 3. in pr. D. commod.* At qui emit & locupletior factus est quod contingit, quoties rem quam emit non perdidit, æquum est obligari eum etiam ad implendum contractum id est ad soluendum precium si modò non pluris emerit quàm quanti res est, quia permissum ei fuit emere ad eum modum quo diligens & frugi paterfamilias emere solet, nec æquum esset locupletari eum exaliena iactura *l. nam hoc naturâ* 14. D. *de cond. ind.* Quamquam si quis velit Vlp. sic intelligere vt pupillus qui in emẽdo locupletior factus est sine tutoris autoritate nihilominùs obligetur ex rescripto Diui Pij magis quàm ex iuris ratione non valde repugnabo. Sicut nec si exceptionem illam Vlp. *nisi in quantum locupletior factus est*, ad vtrumque casum referre velis, tam quo vendiderit pupillus quàm quo emerit. Omni enim casu æquum est obligari ex suo contractu pupillum, qui ex eo locupletior factus fuit. Adcóque quod magis est etiam si cum ipso tutore contraxerit *d. l. pupillus in fi. principij.* Nec enim magis æquũ est vt ex tutoris sui, quàm vt ex alterius cuiusquã iactura pupillus locupletetur.

l. sicut emptio 20. *§. vlt. D. locat. l. pupillus* 5. *§. pupillus D. hoc tit.*

Pecunia fragilis & lubrica res est.

d. §. pupillus.

l. si pupilli 66. de solut.

ILLATIO III.

De adhibenda tutoris authoritate ad formam & sollennitatem actus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ea præstandæ per tutorem autoritatis necessitas credatur pertinere ad formam & sollennitatem cuiuslibet actus, & con-

& contractus initi per pupillum: qua omissa ipse actus & contractus corruat, quasi contra iuris ciuilis regulam celebratus quoties pupillus deteriorem suã condicionem facere velit puta pacisci de nõ petẽdo *l.contra* 28. *D.de pact.* Nã cùm tutela sit vis & potestas in capite libero iure ciuili data & permissa, vt diximus ad *Tit. De tutel.* potuit ius ciuile, quam voluit formam pupillaribus negotiis tractandis præscribere, & solennitatem inducere. Vnde fit, vt non sufficiat eam autoritatem quoquomodo interponi sed necesse sit vt & à præsente tutore & in ipso negotio interponatur, non etiam vel post tempus vel per epistolam *d.l.obligari* 9. *§. tutor statim D. hoc tit.* vel ante negotiũ perfectum *l.si quis mihi* 25. *§. iussum* D. *de acq. her.* quia cũ non alia de causa autoritas illa adhibeatur quàm vt pupilli iudicium suppleatur, iudicio autẽ illo tũ maximè opus sit cùm tractatu perfecto contractus concluditur, Apparet ita constitui ius debuisse vt non nisi statim & in ipso negotio autoritatẽ istam adhiberi oporteret. Inde etiam est quod etsi condicionalis contractus cum pupillo fiat, tutor tamen purè autor fieri debet, illáque autoritas non condicionaliter sed purè interponi debet etiamsi contractus sit condicionalis *l.etsi condicionalis* 8. *D. hoc tit.* Nẽpe quia huius autoritatis interpositio est actus sollennis & legitimus qui non potest recipere condicionem *l.actus legitimi* 77. *de reg. iur.*

L.contra 28. *de pact.*

d.l. obligari 9. *§. tutor statim D. hoc tit.*

l.si quis mihi 25. *§. iussum de acq. hered.*

l. etsi condicionalis 8. *D. hoc tit.*

ILLATIO IV.

De *præsentia quæ requiritur ad authoritatem præstandam.*

QVartò ex eodem Principio fit, vt non sufficiat presentem esse tutorem ad præstandam authoritatem, sed necesse sit adesse illum animo, & probare id quod agitur. Hoc enim est tutorem fieri authorem pupillo *l.3.* D. *hoc tit.* Itaque si inuitus retentus sit per vim, non valet quod agitur, Non magis quàm si somno vel morbo comitiali occupatus tacuisset *l.1. §. vlt. eod. l.non multum* 14. *cum l.præced. eod.* Scientia enim & voluntas libera requiritur cum præsentia, non tamen verba *d.l.* 14.

L.3. l.1. §. vlt. l.non multũ 14. *cum l. præced. eod.*

ILLATIO V.

De *non præstanda authoritate per tutorem in rem suam.*

QVintò ex eodem Principio fit, vt non possit tutor præstare authoritatem pupillo in rem suam puta si velit ipse emere aut aliter acquirere à pupillo, Nec tantùm si tutor ipse sed etsi filius tutoris aut alia persona ipsius tutoris iuri subiecta per quam futurum sit vt perinde acquiratur tutori acsi tutor ipse emisset *l.1. d.l.5. in pr. & §. vlt. l.7. l.potest* 18. *l.vlt. eod. tit.* Nec enim credibile esset præstari à tutore authoritatem pupillo bona fide in ea re quæ non tam ad pupilli quàm ad ipsius tutoris vtilitatem principaliter gereretur, cùm sibi omnes malint bene esse quàm alteri. Non idem erit si tutoris vtilitas in eo negotio vertatur tantùm per consequentias *d.l.1. & 7.* vt suo loco explicauimus. Inde est quod si seruus communis tuus & Titij à pupilla sua te auctore rem aliquẽ per traditionem acceperit, tota ad Titium pertinebit. Nam cùm non possit tibi acquiri ex eo actu cui tu ipse authoritatem præstitisti, necesse est pro solido eam pertinere ad Titium cui acquiri tota potest ex ea regula quam veteres comprobauerunt *l.si seruus* 12. *eod hoc tit.*

l.1. l.5. in pr. & §. vlt. l. 7. l.18. eod.

L. si seruus 12. eod.

Digitized by Google

ILLATIO VI.

De tutore qui non potest authoritatem præstare quòd non habeat administrationem.

SExtò ex eodem Principio fit, vt tutores quibus administratio decreta non est perinde ac extranei possint rectè à pupillo emere *l. tutores 6. eod.* quia scilicet nec possent illi authoritatem præstare pupillo etiam cum alio contrahenti cùm authoritatis præstatio non tam ad nomen quàm ad officium tutoris pertineat & ad causam administrationis *l.4.eod.tit.*

L.4.& 6.eo.

ILLATIO VII.

De duobus eiusdem pupilli tutoribus.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt si eiusdem pupilli duo sint tutores, duóque correi stipulandi, quorum vnus vno tutore auctore, alius alio auctore ab eodem stipuletur valeat stipulatio quia satisfactum sit sollennitati iuris si modò tales tutores sint vt vnius authoritatem adhibitam fuisse sufficiat, Nec enim semper sufficiebat olim *d.l. quod dicimus 7.§.1.eod.* De quo etiam diximus suo loco ad *Princip.6.De tutel.*

ILLATIO VIII.

De pupillo soluente creditori suo sine tutoris authoritate.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt pupillus ex omnibus causis soluendo sine tutoris authoritate nihil agat, id est non ideò acquirat sibi liberationem *l. obligari 9. §. pupillus eod. tit.* Nempe quia non aliter solutio potest liberationem parere quàm si rei solutæ dominium transferatur in accipientem *l. quòd si fortè 14.§. vlt. l. qui sic 55. l. is qui 60. l. si hominem 69. l. si alienum 78. in princ. D. de solut.* Pupillus autem nullius rei suæ dominium transferre potest sine tutoris sui authoritate. Id enim potissimum est in quo exigitur authoritas tutoris tanquam quod ad causam administrationis maximè pertineat *d. l. 5. §. pupillus D. hoc tit. l. qui fundum 7.§. si tutor D. pro emptor.* Si tamen creditor qui pecuniam sine tutoris authoritate à pupillo accepit, eam consumpserit, liberabitur pupillus vt Caius subiicit, quia cùm non possit ei dari vindicatio pecuniæ quæ amplius non extat sola potest superesse condictio quæ cùm sit actio personalis si à pupillo proponeretur contra verum creditorem haud dubiè pateretur compensationem quam vindicationes cæteræque in rem actiones olim non patiebantur ante *l. vlt. C. de compens.* Post quam tamen quæ hoc iusmouum induxit, potest forrassis non improbabiliter defendi, Nec vindicationem hodie pupillo dandam eius pecuniæ quam vero creditori suo soluerit sine tutoris authoritate, Aut si vindicatio ei summo iure detur summouendam eam per exceptionem compensationis, Cùm si subtilitatem iuris remoueas nullum in eo futurum sit damnum pupilli cuius è contrario interest potiùs vt liberetur, Siquidem quisquis à vero creditore liberatur, tanto locupletior hoc ipso fieri intelligitur *l. si pupilli 66. D. de solut.* Planè in consumptis nummis dubitationem nullam res habere potest quia consumptio modus est dominij & amittendi & acquirendi vt cernere est in alienis nummis creditis aut à furioso

l. obligari 9. §. pupillus hoc tit. l. quod si forte 14.§. vlt. l. 55 l 60. 69. 78. de solut. d. § pupillus

L. vlt. C. de compens.

l si pupilli 66. de solut.

oogle

rioso *l. si à furioso* 12. *& seq.* D. *de reb. cred.* Idémque est si pecunia pupillaris à pupillo soluta non quidem consumpta sit, sed tamen ita mixta pecuniæ accipientis vt discerni ab ea, & separari non possit. Tunc enim æquè sit accipientis acsi consumpta esset, Adeo proximè ad consumptionem accedit confusio *dict. l si alieni* 78. *de solut. l.* 1. *§. præterea à sciendum* D. *de separat.* Sed hæc ita si consumptio aut confusio illa facta sit bona fide, Alioqui ad exhibendum agi poterit acsi extarent cùm dolus & mala fides pro possessione sit *§. nunc admonendi Inst. quib. alien. licet vel non.*

l. si à furioso 12. & seq. de reb. credit.

l. si alieni 78 de solut. l. 1. §. præterea à sciendum de separ.

§. nunc admonendi Quib. alien. lic.

ILLATIO IX.

De *solutione facta pupillo sine tutoris authoritate.*

NOnò ex eodem Principio fit, vt nec pupillo solui sine tutoris authoritate possit nec pupillus delegare debitorem *l. pupillo* 15. D. *de solut.* quoniam vt ea lex ait, nullam rem alienare pupillus sine tutoris authoritate potest, Alienat autem & amittit debitorem quisquis vel delegat eum vel accipit ab eo solutionem, cùm delegatio sit pro solutione tam ex parte delegantis quàm ex parte illius qui delegatur *l. quamuis* 8. *§. interdum* D. *ad SC. Velleian.* Si tamen pupillo soluti absque tutoris authoritate nummi salui sint poterit creditor petentem & vindicantem pupillum doli exceptione summouere *d. l. pupillo*, cùm & ratione fiat vt damnum captet pupillus ex alienta iactura quod numquam ferendum est *l. nam hoc* 14. D. *de cond. indeb. l. iure naturæ* 206. *de reg. iur.*

l. pupillo 15. D. de solut.

l. quamuis 8 §. interdū ad Velleian.

ILLATIO X.

De non adeunda hereditate per pupillum sine tutoris authoritate.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt hereditatem adire pupillus non possit sine tutoris authoritate quamuis lucrosa & opulenta sit reuera, nec vllum habeat damnum *dict. l. obligari* 9. *§. hereditatem*, quia cùm hoc ius introductum sit ad hoc vt tutus & securus sit pupillus, nec eius conditionem sine tutore deteriorem fieri ciuilis legislator patiatur, Apparet non posse tutum eum esse si sine tutoris authoritate adeat hereditatem, Non solùm ob periculum latentis æris alieni quo tandem emergente incipiat damnosa esse hereditas quæ lucrosa anteà credebatur *l.* 4. D. *ad SC. Trebell. l. si hereditatem* 32. D. *mandat.* sed etiam quia non potest fieri vt quis hereditatem vllam etiam opulentam adeat quin hoc ipso se obliget æri alieno *l. qui in aliena* 6. *de acquir. hered.* Iam autem diximus, Nemini pupillum obligari posse sine authoritate tutoris *dict. l. obligari in princip. l. in more* 8. D. *de acquir. hered.* vbi tamen excipiuntur pupilli qui sunt heredes necessarij: In his enim nulla requiritur aditio nec alia agnitio hereditatis *l. in suis* 14. *D. de suis & legit.* & frustra esset quærere, An posset pupillus eam hereditatem sine tutore acquirere quæ iam sit ei ipso iure, adeóque inuito etiam tutore acquisita. Vnde etiam est quod magis quis miretur, vt si pupillus heres scriptus sit à patre in cuius erat potestate, sub condicione vt vocant potesta-

d l. obligari 9. §. hereditatem hoc ut.

l. 4. ad SC. Trebell. l. si hereditatē 32. D. mandat.

l. qui in aliena 6. de acq. hered.

l. more 8. eo. l. in suis 14. D. de suis & legit.

Digitized by Google

tiua , liberum ſit pupillo etiam ſine tutoris authoritate condicioni eiuſcemodi parêre , Quia licèt ea condicionis poteſtas eſſet vt non fuiſſet pupillus patri futurus heres neceſſarius aliter quàm ſi condicionem impleuiſſet *leg.* 4. *D. de hered. inſtitut. l. vltim. D. de condic. inſtitut.* quoties tamen implera condicio eſt reperitur pupillus heres neceſſarius , Iure poteſtatis potiùs quàm vi condicionis expletæ , vt eleganter ac ſubtiliter ſcribit Paulus in *l. condicionibus* 5. *D. de condic. & demonſt.* Senſus eſt non ideò pupillum qui condicionem hanc ſine tutore impleuit obligari paternæ hereditati & æri alieno , quod in ea fuit , quia condicionem impleuerit ſi formalem & immediatam atque adæquatam cauſam conſideres , ſed quia ſuus heres ſit & neceſſarius patri in cuius morientis poteſtate fuit *l. in ſuis* 11. *de liber. & poſthum. l. vltim. D. de collat. bonor.* Sed extra cauſam neceſſariorum heredum neceſſaria eſt authoritas tutoris , Non quidem ad implendam condicionem , ſed ad hereditatem acquirendam. At neque videretur iuris ratio pati vt poſſit pupillus tutore authore hereditatem acquirere cùm cauſam , & momentum eius acquirendæ non intelligat. Sed placuit hoc ei fauorabiliter præſtari , Ne alioqui nulla ſuperſit ratio pupillo acquirendæ hereditatis, cùm nec tutor , nec alius quiſquam poſſit adire , qui non ſit inſtitutus *l. pupillus* 9. *eod. tit.* *De acquir. hered.*

l. condicionibus 5. D. de condic. & demonſtr.

l. pupillus 9. de acq. her.

ILLATIO XI.

De *hereditate pupillo reſtituenda ex Trebelliano.*

VNdecimò ex eodem Principio fit , vt neque ex Senatuſconſulto Trebelliano hereditatem recipere pupillus ſine tutoris authoritate poſſit *dict. l. obligari* 9. *§. nec ex Senatuſconſulto* D. *hoc titul.* Nam cùm ex Senatuſconſulto Trebelliano tranſeant actiones omnes in fideicommiſſarium & quæ heredi , & quæ in heredem competebant , *leg.* 1. *D. ad SC. Trebellian.* dubitandum non eſt , quin fideicommiſſi reſtitutio ex Trebellia no non tantùm ſit ſolutio debiti, ſed etiam acquiſitio ſucceſſionis cùm ex eiuſmodi reſtitutione pupillus perinde obligaretur , atque ex aditione qualibet hereditatis *l. reſtituta* 37. *§. vltim. cum l. ſequent.* D. *ad SC. Trebell.* Quamquam ſufficeret ſolutionem eſſe , vt non poſſet fieri pupillo ſine authoritate tutoris *dict. l. pupillo* 15. D. *de ſolution.* Proinde etiamſi facienda eſſet reſtitutio fideicommiſſi ex Pegaſiano idem dicendum eſſet, Neceſſariam fore tutoris authoritatem, ſed alia ratione , Non quia pupillus ſine tutoris authoritate obligari non poſſit , cùm obligationes omnes remaneant penes eum qui hereditatem ex Pegaſiano reſtituit , nec tranſeant eo caſu in fideicommiſſarium, Sed quia nihil ſolui pupillo ſine tutoris authoritate poteſt vt ſuprà diximus, Nec proinde fideicommiſſum magis quàm aliud quidpiam.

l. obligari 9. §. nec ex SC. D. hoc tit. l. reſtituta 37. § vlt. & l. ſeq. ad SC. Trebell.

ILLA-

Digitized by Google

ILLATIO XII.

De authoritate præstanda ad agnoscendam vel repudiandam bonorum possessionem.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt etiam in agnoscenda & repudianda bonorum possessione voluntatem quoque & authoritatem tutoris interuenire oporteat *l. si ad pupillum* 11. D. *de author. tutor.* quia bonorum possessio sicut & hereditas ius successionis significat, & commoda atque incommoda continet *l.* 1. 2. *&* 3. *D. de bonor. possess.* Est autem in hanc rem necessaria tutoris authoritas nec sufficit curatoris, vt nec ad cætera omnia expedienda quæ iuris sollemnitatem desiderant *l. curatorem* 19. D. *hoc tit. l. cùm in vna* 17. *§. tutor* D. *de appellat.* Præterquàm si agatur de curatore furiosi cuius eadem ferè in omnibus ratio est quæ tutoris, quia primò ac principaliter personæ furiosi datur *dict. l. si ad pupillum*, Nec est contrarium quod in *l. penultim. eod.* proponitur pupillus absentus per curatorem: ibi enim pupillus dicitur qui tempore immixtionis pupillus fuerat, sed absentionis tempore iam adultus quem ideò lex subinde vocat adolescentem. Certum autem est minorem posse seipsum abstinere etiam sine curatore & sine restitutione, nisi cùm se immiscuit iam pubes *l. necessarijs* 57. *de acq. hered.* Quidni ergo etiam per curatorem? dummodò minor ipse sit præsens licèt tacens, ideóque ponendum est in *dict. l. penultim.* præsentem fuisse, sed tacentem adolescentem, & indè petendam rationem decidendi: quoniam absentio erat quidem actus sollemnis sed ratione loci tantùm, quia fieri debebat in iure vt repudiatio *l.* 4. *Cod. de repud. vel abst. hered.* sed non ratione verborum cùm sufficeret declaratio quælibet voluntatis per præsentiam cum scientia & consensu iunctam, licèt non verbis expressam, quomodo in solennitate interponendæ per tutorem authoritatis obseruari iam diximus *l.* 1. *§. vlt. l.* 3. *l.* 14. *D. hoc tit.*

ILLATIO XIII.

De pupillo agente vel conuento duplici iudicio, Et de pluribus pupillis eundem tutorem habentibus & inuicem agentibus.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt si pupillus agat vel conueniatur aliqua ex iis actionibus quæ ideò duplices & mixtæ appellantur quod in iis vterque litigatorum & actor & idem sit de quibus in *l. licet* 42. *§. pen.* D. *de procurat. l. actionis* 37. *§. mixtæ* D. *de oblig. & act.* dubitatum sit non quidem an ad edendum & accipiendum iudicium idem tutor author fieri possit, constat enim posse sed an vna authoritas sufficiat eo animo vt ad vtrumque pertineat *l. accipientis* 15. *D. hoc tit.* vbi Marcianus refert Pomponium de hoc dubitasse, Ideo forsitan quod tantopere sit auctoritas tutoris necessaria, præsertim in actibus iudicialibus vt non possit videri vna sufficere cùm iudicium est duplex sicut nec vnus procurator sufficere potest *dict. l.* 42. *§. penultim.* Ait tamen Marcianus, posse fortiter defendi sufficere vnam authoritatem cùm vnus tantùm sit pupillus qui eo iudicio duplici & agit & conuenitur. Nam neque plures procuratores sunt necessarij nisi cum plures sunt heredes defuncti.

l accipientis 15. D. hoc tit.

l. licet 42. *§. pen. de procur.*

de cuius hereditate agitur familiæ erciſcundæ aut plures ſocij qui agunt communi diuidundo, Non etiam cùm vnius heredis aut ſocii plures ſunt heredes *d.§.pen.* Atque ita plerique locum illum Marciani intelligunt, Sed mihi videtur probabilius & Marciani verbis conuenientius, vt eum caſum tractet quo plures ſint pupilli quibus tutor vnus datus ſit, & inter quos iudicium ſimplex inſtituatur, vno edente & dictante, alio accipiente, id eſt vno ſimpliciter conſtituto actore, alio ſimpliciter reo. Quo caſu difficilius videtur vt idem tutor vtriuſque pupilli poſſit vtrique authoritatem præſtare non magis quàm vt idem poſſit eſſe actor & reus eodem reſpectu, aut idem actoris & rei procurator *dict.§.penultim.* vel aduocatus *l.3.§.quòd ſi D.de prœuaric.* Extra caſum *l.vltim.D.de poſtul.* Quòd ſi quis velit admittere tutorem vnum ſicut vtrique pupillo dari poteſt, ita & vtrique pupillo in hoc vno eodémque iudicio authoritatem præſtare poſſe, Illud ſaltem videtur concedendum non poſſe vnam authoritatem ſufficere, licèt eo animo factam vt ad vtrumque pupillum pertineat, ſed duplici authoritate opus eſſe vt vna vni, altera alteri præſtetur. Et hoc eſt quod Pomponius putabat, poſſe quidem vnum tutorem vtrique pupillo ſufficere, ſed non vnam authoritatem. Marcianus contra vnam ſatis eſſe authoritatem vnius tutoris vtrique pupillo præſtandam, & eo animo vt ad vtrumque pupillum pertineat, Nempe quoniam authoritatem præſtare non illud eſt conſilium præbere, quod ſanè duobus pupillis ab vno eodémque tutore citra prœuaricationem præberi non poſſet, ſed nudum conſenſum qui pro ſollennitate requiritur adhibere vt iudicium ritè dictatum acceptúmque videatur ex quo poſſit ſequi ſententia quæ tranſeat in rem iudicatam, Quidni enim poſſit conſenſus ille vnus ſufficere dummodo ad vtrumque pupillum referatur? Quid ergo neceſſe eſt multiplicari authoritates? Ergo quod lex ait *vtrique* non intellige *iudicio* quod alij duplex eſſe ponunt ſed pupillo, Et quod ſequitur *ad vtrumque* ſimiliter intellige *ad vtrumque pupillum*, non autem *ad vtrumque iudicium*. Nam & cùm aliquod iudicium inſtituitur ex iſtis quæ duplicia appellamus, non ideò iudicia duo inſtituta eſſe quis benè dixerit, vnum enim tantùm eſt non duo, ſed illud vnum tamen duplex non ſimplex, Duplex autem idcirco quia in eo idem actor & reus eſt diuerſis reſpectibus. *dict. l.42. §. penultim. de procur. l. in tribus* 13. D. *de iudic. l. iudicium* 10. D. *fin.regund.* Non quia duæ ſint formulæ ex quarum tamen pluralitate pluralitas quoque iudiciorum æſtimatur.

Alia & verior interpretatio d.l. accipientis.

l.3.§.quòd ſi de prœuaric. l.vlt. D. de poſtul.

Iudicia duplicia cur ſic dicta.

ILLATIO XIV.

De *tutore qui non vult author fieri pupillo.*

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor pupillo nolit author fieri non debeat ille cogi à prætore. Nam vel expedit pupillo vel non expedit authoritatem præſtari, ſi non expedit iniquum eſt cogi eum vt id faciat quod à ſuſcepti officij ratione ſit alienum. Sin expedit ſatis debet eſſe prætori quod pupillus hanc iacturam poſteà tutelæ iudicio ſit conſecuturus.

l.ſi

l. si tutor 17. D. hoc tit. cùm non minùs de authoritate quàm de administratione rationem reddere teneatur. Nam & administrationis pars est & quidem potissima præstare authoritatem vt suprà diximus, Vnde est quod diximus, Tutorem qui per valetudinem, vel absentiam, vel quam aliam iustam causam author fieri non potuit, non ideò teneri, quia scilicet nihil ei potest imputari *l. tutor qui* 10. *eod. titu.* Et verò non cogitur tutor tutelam administrare ac gerere si malit ob eam causam vel teneri iudicio tutelæ, vel suspectus fieri durante tutela. Præterquàm vno illo singulari casu quem ponit Vlpian. in *l.* 4. *§. sed enim* D. *rem pupillar. salu. for.* Cætera quæ pertinent ad hunc titulum & tractatum iam explicauimus ad Princip. 6. *De tutel. præsertim ab illat.* 19. *ad* 31.

l. si tutor 17. D. hoc tit.

l. tutor qui 10. eod. tit.

l. 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.

AD TIT. XXII.

Quib. mod. tutel. finit.

PRINCIPIVM I.

De tutela non nisi certis modis finienda.

TVTELA *sicuti non nisi iure ciuili fuit inducta, ita certis tantùm modis eodem iure ciuili comparatis finitur.* Qui omnes modi exponuntur à Iustiniano in hoc tit. Ratio autem huius Principij est, quod omnia quæ iure ciuili inducta sunt, & comparata, sui natura sint perpetua. Nihil enim est quod ius ciuile faciat tam infirmæ condicionis, vt aliter quàm ex eiusdem iuris ciuilis authoritate, aut finiri, aut euerti possit, Pertinétque ea res ad iuris ciuilis authoritatem & dignitatem, quia eiusdem potestatis est destruere cuius & condere. Nec ab hac sententia abhorret regula iuris quæ ait nihil tam naturale esse quàm vnumquodque dissolui eo modo & iure quo colligatum est *vulg. l. nihil tam naturale* 35. Consequens enim fit, vt quemadmodum tutela iure ciuili constituta & inducta fuit iuxta definitionem quam Seruius adferebat in *l.* 1. D. *de tutel.* Ita & non nisi certis modis eodem iure ciuili constitutis dissoluatur. Inde est quod sola voluntate, siue tutoris, siue pupilli non finitur, quia noluit ius ciuile hunc esse legitimum modum finiendæ tutelæ *l.* 2. *C. quand. tutor. eff. desin.* Modi autem omnes quibus tutela finitur hi sunt. Pubertas, Adrogatio pupilli, Mors, siue pupilli siue tutoris, Capitis diminutio quælibet in pupillo non tamen quælibet in tutore, Euentus temporis ad quod vsque vel condicionis ad quam vsque tutor testamento datus fuerat. Denique remotio propter suspitionem, Aut excusatio propter iustam aliquam causam quæ superuenerit post tuelam susceptam.

Initio huius tit.

L. 2. C. quand. tutor. eff. desin.

Modi quibus tutela finitur.

itized by Google

PRINCIPIVM II.

De pubertate.

L.1. & vlt. C.quand.tutor.eſſ deſin. §.vlt.ſup.de Attil.tut.

TVtela finitur pubertate *l.1.& vltim.C.quand.tut.eſſ. deſin.* Ratio euidens eſt, quia cùm tutela remedium ſit & auxilium ſubſidiarium iure ciuili cõparatum ad tuendum impuberem qui per ætatem ſe tueri nequit, vt ſcriptum eſt in §.*vltim.ſup.De Attil.tutor.* fuit ſanè conueniens ita ius conſtitui vt finiretur pubertate. Quandoquidem pubes factus poteſt ſibi ipſe ſatis conſulere ſi non proprio iudicio quod ſatis infirmum ac debile eſt ante completum annum viceſimumquintum, ſaltem hactenus vt petat curatorem cuius conſilio regatur. Nec enim ſolet ius noſtrum auxilia iſta extraordinaria deferre niſi cui & quatenus neceſſitas cogit deferri *vulg.l.in cauſa* 16. *D. de minor. l. ex facto* 49. *de vulg. & pup. ſubſtit. l. imperatores* 31. *de reb. auth. iudic. poſſid.* Quàm verò multa ſpecialia ius hoc tutelæ habeat & à iuris communis ratione penitus aliena, conſtat ſatis ex iis quæ diximus ad Princip. 1. *De tutel.* In definiendo autem pubertatis tempore non omnes Iureconſulti conſenſerunt. Erant enim qui in maſculis pubertatem non ex certo annorum numero vt in fœminis, ſed ex habitu corporis æſtimarent, vt qui pubeſcere inciperet, is demùm pubes haberetur, quaſi in re tanti momenti ea probatio quæri deberet quæ eſſet certiſſima, nec vllam haberet dubitationem, Cùm impuberes, nec nuptias contrahere poſſint, *l.in ſponſalibus* 14. *D.de ſponſal. l.* 4. D. *de rit.nupt.* neque teſtari *l. à qua ætate* 5. D. *qui teſtament. facer. poſſ.* neque teſtimonium dicere, *l. inuiti* 19. *in fin.* D. *de teſtib.* neque torqueri *l. de minore* 10. D. *de quæſtion.* neque obligari ſine authoritate tutoris, vt diximus *titu. ſuperiore.* Eáque videtur fuiſſe ſententia Sabinianorum, Siquidem conſtat diuerſæ ſcholæ authores, id eſt Proculeianos in contraria opinione fuiſſe, vt non minùs in maſculis quàm in fœminis pubertas certa ex certo annorum numero conſtitueretur, vt Vlpianus refert in *fragment.tit.*11.§ *vltim.* quòd ea corporis indagatio quam in fœminis turpiſſimam, nec proinde admittendam eſſe omnes conſentiebant, in maſculis quoque inhoneſta & indecora videretur. Itaque placuit pubertatem in fœminis ab anno duodecimo completo incipere, In maſculis verò ab anno decimoquarto æquè completo *l.vltim.C.quand.tutor. vel curat. eſſe deſin.* vbi extat illa Iuſtiniani conſtitutio, cuius mentio fit in hoc tit. Quaſi ius hoc à Iuſtiniano ipſo fuerit introductum & antiquæ iuriſprudentiæ incognitum, Cùm tamen aliis pleriſque iuris noſtri locis & apud ipſos etiam veteres authores pubertatem ſic iam olim definitam fuiſſe negari non poſſit *dicta lege* 5. D. *qui teſtam. facer. poſſ. l.*2. *De vulg. & pupillar. ſubſt.* Ex ſupradicta Proculeianorum ſententia, quæ haud dubiè magis obtinuit tanquam ciuilior, & publicæ honeſtati conuenientior. Nec quod ætatem aliquando ex aſpectu probatam legitimus vt in *l.minor* 32. *D.de minor. l.*3. C. *ſi minor ſe maior. dixer.* tale eſt quale ſi ætatem ex habitu corporis probatam ſcriptum eſſet. Aſpectum enim non vt malè Cuiac. credidit, partis neceſſariæ, ſed oris & vultus intelligimus, qui ſæpe falſus & mendax eſt, cùm tamen habitus corporis nec falſus eſſe poſſit nec incertus, Ob idque

Quand fa-cere impuberes non poſſint.

*Vlp.infrag-ment. tit.*11. *§.vlt.*

l. vlt. C. quand. tut. vel curat. eſſ.deſin.

l. 5. D. qui teſt.fac.poſſ. l.2. De vul. & pup. ſub. l. minor 32. D.de mino. l.3.C.ſimin. ſe maior. dix.

eſſet

esset proculdubio Sabinorum sententia sequenda, si tam honesta esset, quàm tuta. Duplicem tamen pubertatem veteres constituerunt, Primam vnam & minùs plenam de qua hucusque diximus, Plenam alteram quæ in masculis incipit ab anno decimooctauo, In fœminis verò à decimoquarto completo *l. adrogato* 40. *§. non tantùm* D. *de adoption. l. Mela ait* 14. §. 1. D. *de aliment. & cibar. legat. l. quidam consulebat* 57. D. *de re iudic.* In quibusdam tamen cautis habetur etiam ratio decimiseptimi anni completi, sufficitque decimum... annum attigisse, vt in specie *§. iuste & §. vlt. supr. quib. ex caus. manum. non licet l.* 1. *§.* ... D. *de postul.* Sed non ad definiendam, aut primam, aut plenam pubertatem, quæ prima lanugo appellatur. Alia est ætas quæ dicitur plena & perfecta. Ea est quinque & viginti annorum completorum post quod scilicet tempus virilem complexi vigorem constat *l.* 1. D. *de minor. l.* 4. D. *de legit. tutor.* Cur verò tam prima quàm plena pubertas paucioribus annis contenta est in fœminis, quàm in masculis? An quod reuera citiùs pubescant vt plurimùm? An potiùs quod earum malitia frequentiùs suppleat ætatem? vt loquitur *l.* 3. C. *si minor. se maior. dixer.* An denique propter festinationem votorum vt Macrob. ait *in somn. Scip. capit.* 6. Vt scilicet tantò citiùs eximatur periculo pudicitia virginis quantò maturiùs nupta fuerit. Computantur porrò ætatis huius puberis sicut & perfectæ tempora à momento in momentum, quoniam alioqui nihil certi & constituti haberi posset *l.* 3. §. *minorem De minor. l.* 5. D. *qui testam. facer. poss.*

Duplex pubertas prima & plena.

Casus in quibus fœmina attigisse annum decimumoctauum. Et cur pubertatis tempus brevius sit in fœminis.

ILLATIO I.

De tutore qui etiam post pupilli sui pubertatem administrauit.

EX hoc Principio illud fit quod scriptum est in *l. si tutor* 13. *& seq.* D. *de tutel. & ration. distrahend.* Si tutor post pubertatem pupilli negotia administrauerit, in iudicium tutelæ venire id tantùm sine quo administratio tutelæ expediri peragíque non potest, Pro cæteris conueniendum esse tutorem actione negotiorum gestorum, Nempe quia cùm tutela per pubertatem finita sit, non potest tutelaris videri administratio post pubertatem facta nisi quatenus connexa est præcedenti. Connexitas autem duplex est vna causæ, altera temporis. Vtraque sufficit ad continuandam non quidem tutelam ipsam, sed actionem tutelæ. Atque ita intelligo generaliter quod indistinctè scriptum est in *l. tutor* 11. C. *arbitr. tutel.* Tutorem si post puberem ætatem in connexa tutelæ administratione perseuerauerit, tutelæ actione totius temporis rationem præstare cogendum esse. Connexam enim haud dubiè intelligit, siue tempore, siue causa. Vnde est quod Caius scribit in *l. si post* 14. D. *de tutel. & rat. distr.* Si post pubertatem aliquo tempore licèt brevissimo intermiserit administrationem tutor, deinde cœperit gerere, Tã tutelæ quàm negotiorum gestorum iudicio cum eo agendum esse, Tutelæ scilicet de iis quæ gesta sunt ante pubertatem, Negotiorum verò gestorum de iis quæ post pubertatem, Ne dubitare possimus quin tutelæ tantùm iudicio agi possit etiam de iis quæ gesta sunt post pubertatem si nullo penitus tempore

l. tutor 11. C. *arbitr. tutel.*

l. si post 14. *De tutel. & rat. distr.*

intermissa sit administratio. Itaq; videtur latiùs patêre actio tutelæ, quàm tutela ipsa, Sicut & officium tutoris, quippe quod non nisi curatoribus acceptis finem accipit *l. à tutoribus* 33. § .1. *D. de admin. tutor.* Aut saltem non nisi admonito per tutorem adulto, vt sibi petat curatorem *l.* 5. *§. si tutor eod. tit.* Sed de his omnibus iam suprà scripsimus, déque aliis multis quæ ad hoc Principium referri possent.

l. à tutoribus 33. §. 1. D. de adm. tutor.

PRINCIPIVM

De tutela finita per adrogationem pupilli.

TVtela finitur adrogatione pupilli *§. item finitur hoc tit. l. si adrogati* 14. D. *de tutel. l. vlt. C. de autor. præst.* Ratio est, quia impubes adrogatus transit in familiam & potestatem adrogatoris transfértque in eam caput suum & cum capite fortunas omnes *l. qui liberis* 11. *§. testamento D. de bonor. poss. secund. tab.* Vt proinde nihil supersit in quod vis illa, & potestas tutori data exerceri possit. Quæ ipsa cùm sit vicaria quodammodo vt iam diximus sæpius, & imago quædam patriæ potestatis, non potest fieri, vt retineatur in eam pupilli personam quæ sit in vera alterius patris, siue legitimus tantùm, siue naturalis etiam sit, potestate. Inde est quod si plures sint tutores eius pupilli qui sedat adrogandum, omnium consensum & authoritatem interuenire necesse sit cùm interest omnium, quandoquidem eo modo tutela soluitur *d. l. vl. C. de author. præst.* Inde etiam quod non facilè vnquam permittendũ est tutori, vt pupillũ suum adroget, Ne sit in potestate tutoris finire tutelam, adeóque substitutionem fortassis à parente impuberi factam extinguere, inquit Vlp. in *l. nec ei* 17. *§.* 1. *D. de adopt.* Quæ omnia suo etiam loco explicauimus.

l. qui liberis 11. §. testamẽto de bon. pos. sec. tab.

l. vlt. C. de auth. præst. l. nec ei 17. §. 1. de adopt.

PRINCIPIVM IV.

De tutela finita per mortem aut maximam vel mediam capitis diminutionem.

FInitur tutela non solùm si vitam, sed etiamsi vel libertatem, vel ciuitatem solam aut pupillus, aut tutor amiserit, puta si vel ab hostibus alteruter captus sit, vel deportatus *d. §. 1. & §. sed & capitis hoc tit. d. l. si adrogati* 14. *§.* 1. D. *de tutel.* Ratio æquè aperta & euidens est, Quia cùm tutela sit iuris ciuilis non potest retineri aut ab eo, aut in eum qui siue per seruitutem, siue per deportationem desierit habere caput in ciuitate mortuíq; loco haberi cœperit. Quod non solùm his conuenit qui aut per capitiuitatem, aut qua alia ratione in seruitutem redacti sunt *l. intercidit* 59. *De condit. & demonstr. l. seruitutem* 209. *de reg. iur.* sed etiam deportatis, vt scripsimus ad *tit. De capit. diminut. ex l.* 1. *§. pen. D. de contr. tab. l.* 4. *§.* 1. D. *de bon. libert.* De morte verò siue pupilli, siue tutoris multò minùs dubitari potest cùm mors soluat & finiat omnia.

L si adrogatus 14. §. 1. D. de tutel. l. intercidit 59. de cond. & dem.

PRIN-

PRINCIPIVM V.

De capitis diminutione contingente tutori.

FInitur tutela quælibet per capitis diminutionẽ maximã, vel mediã tutoris, Per minimam verò nõ alia quàm legitima §. *sed & capitis hoc tit. l. tutelas* 7. D. *de capit. minut.* de cuius sententia & emendatione cæteríſque omnibus quæ ad huius Principij tractatum pertinent, videnda ſunt quæ ſcripſimus ad *dict. Tit. De capit. minut.* & in Rationalibus noſtris ad *d. l. tutelas.*

§. *ſed & capitis hoc tit. l. tutelas* 7. *de cap. minut.*

PRINCIPIVM VI.

De tutela finita aduentu temporis vel condicionis cùm tutor ad certum tempus, certámve condicionem datus eſſet.

FInitur tutela aduentu temporis, aut condicionis ſi tutor hõ niſi ad certũ vſque tempus & ad certã vſque condicionẽ fuerat datus §. *ſed etſi vſque & §. præterea hoc tit. l. ſi adrogati* 14. §. *ſed etſi ad tempus D. de tutel.* Nimirum ad eam tutelæ ſpeciem ſolam hoc pertinet quæ ad tempus & ad condicionem dari poteſt ſicut & ex tempore, & ex condicione, Id eſt ad teſtamentariam quæ ſola priuilegiũ hoc habet, cùm cæteræ, id eſt tam quæ à lege quàm quæ à magiſtratu dantur *l. tutor datus* 8. §. 1. *& ſeq. l. ſi quis ſub condicione* 11. *D. de teſtam. tutel. l. multo* 6. §. *ſub condicione D. de tutel.* Ratio Principij eſt, quia cùm per leg. 12. tab. tutelæ teſtamẽtariæ cõfirmatę ſint ex ea parte qua Vti paterfamilias ſuper pecunia tutelâve rei ſuæ legaſſit ita ius eſſe iubetur *l. verbis legis* 120. *de verb. ſigni.* omnino cõſequens eſt, vt non poſſit extẽdi tutela teſtamentaria vltra id tẽpus quod à teſtatore ipſo præfinitum & conſtitutum eſt. Facto namque teſtamento dummodò ſecundum leges nihil aliud quærendum eſt niſi quid teſtator iuſſerit, vt idipſum diſtrictè ſeruetur. De quo etiam fuſiſſimè ſuo loco diximus. Cæteræ tutelæ neque diem recipiunt, neqũe condicionem, quia tutoris datio eſt actus legitimus *l. actus legitimi* 77. *de reg. iur.*

§. *ſed etſi vſque & §. præterea hoc tit.*

l. tutor datus 8. §. 1. *& ſeq. l. ſi quis ſub condicione* 11. *D. de teſt., tut. l. multo* 6. §. *ſi ſub condicione D. de tutel.*

l. actus legitimi 77. *de reg. iur.*

PRINCIPIVM VII.

De tutoribus remotis à tutela vel excuſatis.

DEſinunt tutores eſſe qui vel remouentur à tutela ob id quod ſuſpecti viſi ſunt, vel qui ex iuſta cauſa ſeſe excuſant poſt ſuſceptam tutelam, ita vt onus adminiſtrandæ tutelæ deponant §. *vlt. hoc tit. d. l. ſi adrogati* 14. §. *præterea D. de tutel.* Nam cùm nemo remouetur à tutela tanquam ſuſpectus niſi in perpetuum, vt dicemus ad *tit. De ſuſpect. tut.* Ad quid prodeſſet obſecro dicere, Tutorem illum adhuc manere, Etſi enim nouum non eſt, vt maneat quis tutor alio adminiſtrationem habente *l. 4. l. tutores* 6. *D. de autor. tutor. l. quòd ſi forte* 14. §. 1. D. *de ſolut.* Id tamen ad eos tutores non pertinet qui ſuſpecti pronunciati ſunt. Remouentur enim illi non tantùm ab adminiſtratione, quod fit etiam pendente cognitione de ſuſpecto *l. eum quem* 7. *C. de ſuſpect. tutor.* Sed etiam à tutela. Qui verò poſt ſuſceptam tutelam adferunt excuſationem ex a-

§. *vlt. hoc tit. l. ſi adrogati* 14. §. *præterea D. de tutel.*

l. 4. *l. tutores* 6. *de autho. tuto. l. quod ſi forte* 14. §. 1. *de ſolut. l. eum quem* 7. *C. de ſuſp. tutor.*

Digitized by Google

liqua iusta causa quæ superuenerit,excusantur quidem interdum ad tempus tãtùm,Interdum verò etiam in perpetuum vt dicemus ad *Tit.De excusat.tutor. & curat.*Sed hoc Principium nostrum ad eos solos pertinet qui sic sunt excusati, vt tutelam in perpetuum deponant,quos vtique certum est hoc ipso desinere esse tutores,non etiam qui ad tempus tantùm *l.nec ille* 16. *D.de tutor.& curat.dat.*

l.nec ille16. D. de tut. & curat. dat.

TIT. XXIII.

De curatoribus.

PRINCIPIVM I.

De curatore dando puberi in annum vsque 25.

Initio huius tit.

CVRATORES puberibus & adultis dantur in annũ vsque ætatis vicesimum quintum completũ,siue masculi sint,siue fœminæ, vt Iustin.*initio huius tit.* scribit.Rationem adfert, quia licèt puberes sint,ita vt ex eo pubertatis tempore desinant esse in tutela, Adhuc tamen eius ætatis sunt,vt sua negotia benè ac commodè tueri non possint. Constat namque inter omnes quàm fragile sit & infirmum huiusmodi ętatis consilium,multorúmque captionibus suppositum, & insidiis expositum,vt loquitur Vlpianus in *d.l.1.*D.*de minor.* Et quamuis ob eam causam Prætor iis polliceatur auxilium restitutionis in integrum si quid ab iis gestum sit in quo læsi captíque proponantur, Melius tamen & prudentius est, vt iis curator detur ne tam facile futurum sit vt egeant restitutione,Sicut & dicere solemus, Melius esse intacta eorum iura seruari quàm post vulneratam causam remedium quæri,vt ait *l.vlt.*C.*in quib.caus.non est necess.in integr.restit.* Quamquam non eo minùs solet prætor minoribus subuenire, quod contraxerint authore curatore,Quemadmodũ & pupillis succurrit tùm quoque cùm ex tutoris sui auoritate contraxerunt *l.1.& tot.tit.C.si tut.vel curat. interuen.* Nullane igitur inter pupillos & adultos erit differentia nisi in eorum nomine à quibus reguntur quod qui pupillos regunt dicuntur tutores, qui verò adultos,appellantur curatores?Imò differentiæ sunt quàm plures,Sed hæ præcipuæ, quòd tutor personæ principaliter datur. Rebus verò non nisi per consequentias *l.quia persone* 14. *D.de testam.tutel.* At curator è contrario rebus tantùm dantur,Non item personæ,ne quidem per consequentias: Nisi proponas curatorem furiosi,vel dementis,vel prodigi *d.l.*1.D.*de minor.*iun&. *d.l.*1.D.*de curat.furios.l.*1.D.*de tutel.* Item, quòd pupillus nihil omnino potest facere sine autoritate tutoris tanquam qui iudicio prorsus carere intelligatur, & illa etiam quæ videt ignorare *l.in negotiis* 5.D*ereg.iur.l.* 1.*C.de fals.monet.*Minor verò potest ex se omnia facere nec tam indiget curatore,vt rem suã quoquomodo gerat,vt pupillus,quàm vt benè gerat & ex sua vtilitate *d.l.*1.*De minor.* Vnde illa etiam differentia nascitur,quod tutor datur inuito,Curator verò non nisi petenti,& volenti præterquàm in litem *§. item inuiti. infr.hoc tit.* Item quod cùm pupillus sine tutoris autoritate nullomodo possit obligari ne quidem

l.vlt.C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.

l.1. & tot. tit.C.si tut. vel curat. interuen.

Differentia quæ sunt inter tutorem & curatorem.

l.in negotiis 5.de reg.iu.

§ item inuiti hoc tit.

quidē naturaliter, Nisi locupletior factus sit quo casu etiam ciuiliter obligatur,ita vt possit cōueniri ex rescripto Diui Pij, Puberes tamē sine curatoribus suis rectè obligantur *l.puberes* 101.*De verb.obligat.* Etsi solent nostri passim pupillo æquiparare adultū qui habeat curatorē ex *l.si curatorem habens* 3.C.*de in integr.rest.minor.* Quod tamen nos in præcedentibus & suo loco refutauimus ex *d.l.puberes*,cuius verba illa *sine curatoribus suis* ostendūt manifestè tractare ibi Iureconsultū de adultis non qui curatorem non habeant, sed qui habeant. Planè si quid sit quod ad causam administrationis bonorū pertineat, Certum est id expediri non posse per minorem sine authoritate sui curatoris cuius datio alioqui frustra esset *d.l.si curatorem.* Quanam porrò lege constitutum sit vt pūberes quoque si minores sint annis vigintiquinque curatorē accipere debeant,non satis constat,Sunt enim qui legi Lætoriæ id adscribant. Alij qui prouidentiæ potiùs prætorum. Vtcumque sit illud sanè constat non ex lege 12.tab.hoc descendere, ex qua cæ solæ curationes proficiscuntur, quæ furiosum dementium & prodigorum causa sunt comparatæ,Ad quarum exēplū etiam aliæ postea inductæ sunt pro muto,surdo,& aliis huiuscemodi personis quæ rebus suis superesse non possunt. Ad hoc porrò Principium referri multa possent quæ in libris nostris tractantur, De in integrum restitutione minorum curatorem habentium,sed quæ tamen melius est referri in tractatū illum vberrimum qui alterius est loci De restitutionibus in integrum ne materias confundamus,qui hoc tantùm agimus,vt suo quamque loco tractemus & leges omnes non tam sub iis titulis, sub quibus collocatæ sunt à Triboniano,quàm sub suis Principiis ex quorum applicatione facilem nanciscì possint explicationem.

l. puberes 101.*de ver. oblig.*

l.3. C. de in integr. rest. minor.

PRINCIPIVM II.

De tutoribus testamento datis confirmandis.

CVratores ab iisdem magistratibus dantur à quibus & tutores. Testamento autem nō dātur,ne quidem à patre,sed tamen si testamento dati sint, nec aliud quicquam impediat,confirmantur à magistratu §.1. *hoc titu.* Prior pars Principij rationem illam habet, quòd cùm eadem mente & fini curatores dentur minoribus & tutores pupillis,Nempe vt qui res suas,vel nullomodo,vel non satis prudenter gerere per se possunt infirmitate consilij & ob lubricum ætatis,alieno consilio regantur,Itémque ex eadem causa,quòd ætas vtrisque impedimento sit ne sibi ipsis benè consulant, Æquissimum sanè fuit iisdem magistratibus eam curam iniungi, Nec hoc solùm, sed iisdem etiam magistratibus eam potestatem dari creandi curatores quibus dandi quoque tutoris potestas concessa esset. Neque enim omnes magistratus potestatem illam habuerunt tametsi omnes aliquam iurisdictionem habuerint & imperium,Nimirum quia tutoris datio,neque imperij est,neq; iurisdictionis *l.muto* 6.§.*tutoris datio D.de tutel.* Sed ij tantùm quibus hoc ius specialiter datum est, vel ex nouis legibus, vel ex Imperatorum constitutionibus *l.*1.2.3.& *pass. D.de tutor.& curat.dat.ab his qui dand.ius hab.* Tantóque magis fuit hæc potestas danda prouidentiæ magistratuum, quod alij quàm magistratus dare curatorem non possunt quippe qui testamento dari nullomodo potest, ve

§.1. *hoc tit.*

l.muto 6.§. *tutoris datio de tutel.*

Digitized by Google

hoc idem Principium noſtrum habet, At tutorem dare teſtamento pater poteſt, atque ita facere ne vlla magiſtratus, ſiue prouidentia, ſiue authoritas in eam rem neceſſaria ſit. Cùm ergo non ferè minùs indigeant curatoribus minores, quàm pupilli tutoribus, Tantò magis neceſſe fuit eam poteſtatem magiſtratibus dari, Nec tamen fuit difficilè conſtituere quibus danda eſſet cùm iam ſciretur quinam magiſtratus tutores dare poſſent. Etſi probabilius eſt ab initio eandem poteſtatem tutores dandi & curatores iiſdem magiſtratibus ſimul conceſſam eſſe. Ne alioqui nimiæ imprudentiæ reos faciamus eos qui primi tale ius in tutoribus induxerunt, qui non viditſent eandem ſubeſſe neceſſitatem idipſum conſtituendi etiam de Curatoribus. Cur verò non poſſint curatores teſtamento dari quomodo & tutores dantur, ratio iam ſæpius à nobis allata eſt in ſuperioribus. Illa nimirum, quod lex duodecim tabularum quæ prima teſtandi ius dedit de tutela duntaxat locuta ſit non de curatione *l. verbis legis* 120. *de verb. ſignific.* Neque verò æquum viſum eſt tantam poteſtatem dari patri vt etiam teſtamento curatorem filio ſuo dare poſſet, Non quia curatoris poteſtas maior quàm tutoris quæ ex contrario longè minor eſt, vt diximus, ſed quia multò maioris eſſet poteſtatis curatorē quàm tutorē teſtamēto dare quādoquidē id ipſum nihil aliud eſſet quàm patri permittere, vt patriā ſuam poteſtatem in tēpus vſque vicesimi quinti anni completi extenderet, quam ſatis fuit in diem vſque pubertatis prorogare, Cùm tutela iure patriæ poteſtatis mandetur *L. impuberi* 40. *in fin.* D. *de admin. tut.* Nam & inde fieret, vt neque teſtandi licentia filio quandiu in curatoris ſui poteſtate eſſet danda videretur, cùm fieri nequeat vt teſtamenti factionem actiuam habeat quiſquis in alterius poteſtate eſſe intelligitur. Siquidem lex duodecim tabularum in concedenda teſtamenti factione non niſi de patrefamilias locuta fuit, vt alibi tam ſæpe memorauimus. Sed & conſequens eſſet, ita poſito iure, vt quemadmodum tutorem impuberi, ita curatorem puberi dare pater poſſet, non minùs in curatoris iure ac poteſtate fore puberē quàm ſit pupillus in iure ac poteſtate tutoris, ſiquidem ex eadē cauſa eodémq; patriæ poteſtatis iure vtrumque proficiſceretur. Et tamē eſſet id abſurdum haud dubiè cùm minoribus non tanta inſit neceſſitas habendi curatoris, quanta pupillis habendi tutoris. Habent enim puberes conſilium aliquod & iudicium licèt minùs firmum, Impuberes verò prorſus nullum. Quod cùm ita ſit illud magis mirari quis poſſit. Cur à patre datos in teſtamento curatores magiſtratus confirmare debeat, cùm ea datio nullo iure ſubſiſtat. Sed reſpondendum eſt confirmari à magiſtratu non tam factum quàm iudicium patris, Magiſtratu ſcilicet ſubſequente duntaxat iudicium & voluntatem patris, ſed ita vt curator ita confirmatus non idcirco curator teſtamentarius dici poſſit, Niſi eo fortaſſis ſenſu quo curatorem teſtamento nominatum diceremus. Non enim à teſtamento, ſed à magiſtratu poteſtatem ſuam totam accipit. Subſequitur verò magiſtratus voluntatem patris, quia nihil melius habet quòd poſſit facere nec eo minoris momenti debet eſſe paternum iudicium apud bonum magiſtratum quod legum auxilio deſtituatur, quamuis nullius momenti ſit quod ad leges ipſas, Aliud quippe eſt de lege iuriſq; ratione, Aliud verò de patris iudicio ac voluntate diſputare, & ad Prætoris officium pertinet, vt non minùs patris quàm legis voluntatem ſubſequatur vt in *l. pater* 20. §. 1. D. *de capti. & poſtlim.* Si modò teſtator præter leges tantùm fecerit, vt in propoſito, non etiam

l. verbis legis 120. *de verb. ſignifi.*

l. impuberi 40. *in fin.* D. *de admin. tut.*

Cur patris teſtamento datus curator confirmandus ſit à magiſtratu.

l. pater 20. §. 1. *de capt. & poſtlim.*

contra

contra leges. Sic tutorem minùs ritè testamento datum prætor confirmat siue ab eo datus sit tutor à quo dari non potuit, siue ei cui non potuit, siue vbi non potuit, siue quando non potuit *l.1.& tot.tit. De confirm.tutor. vel curat.* D.& C. Verùm hoc ita si nihil aliud impediat, vt Principium nostrum habet, quoniam si qua iusta causa sit propter quam pupillo periculosum futurum sit si patris voluntatem in eo prætor sequatur, Maiorem habere prætor debet rationem vtilitatis pupilli quàm voluntatis patris siue causa illa superuenerit post testamentum patris, siue preuenerit, itémque siue cognita fuerit patri siue ignota *l. in confirmando* 8. *cum duab seqq. D. de confirm. tutor.* Nam vt sæpius monuimus iura omnia quæ de tutoribus & curatoribus constituta sunt sicuti non nisi propter pupillos comparata fuerunt, ita ex eorum tantùm commodis & vtilitatibus æstimanda sunt. Porrò quinam magistratus habeant ius dandi & tutores & curatores tractatur in *tit. D. de tutor. & curat. dat.* cuius tituli leges ferè omnes & singulas explicauimus ad *Princip.* 4. *De tutel.*

l.1.& tot.tit. De confirm. tut.

l. in confirmando 8. *cũ duab. seqq. eod.*

PRINCIPIVM III.

De non dando curatore adolescenti inuito præterquàm in litem.

INuiti adolescentes non accipiunt curatorem præterquàm in litem *§. item inuiti hoc tit.* Ratio est quia possunt illi omnia cætera præterquàm litem facere per se ac sine curatore *l. puberes* 101. *De verb. oblig. l. 3. C. de in integr. restit. minor.* In quo differunt à pupillis qui nihil facere possunt sine tutoris authoritate *l. in negotijs* 5. *De reg. iur. l.1. & tot. tit.* D. *de author. tutor.* Litis causa sola excipitur, idque non solùm ipsius minoris fauore vt eius defensio melius instruatur, sed etiam & potissimùm fauore iudiciorum & rerum iudicatarum, Ne tam facilè, & iudicium & res iudicata subuertatur petita postea per minorem in integrum restitutione, non quasi restitutio impediri possit ex eo solùm quòd minoris liti curator adfuerit (non enim eo minùs restitui minor potest etiam aduersus rem iudicatam *l. cùm & minores* 4. *& tot. tit. C. si aduers. rem iudic.*) sed quia non tam facilè est vt ritè rectéque defensus minor lædatur, nec proinde vt restituatur, In quo versatur ratio quædam publicæ vtilitatis ad quam maximè pertinet ne rerum etiam malè iudicatarum authoritas tam facilè labefactetur *l. seruo* 65. *§. cùm prætor D. ad SC. Trebell. l. si fundus* 16. *§. si pluris D. de pign.* Itaque placet ob hanc causam minores & adultos non habere personam legitimam standi in iudicio sine curatore *l.2. & 3. C. qui legit. person. stand. in iudic. hab.* Adeóque peremptorium contra eos propositum nullius esse momenti *l. contra pupillum* 54. D. *de re iud.* Et idcirco posse illos cogi etiam inuitos, vt in hanc causam accipiant curatorem, *l.3. & vlt.* C. *de in lit. dand. tut. vel curat.* Nulla hac parte inter pupillum & adultum admittenda differentia, Ne alioqui in adulti potestate sit recusando curatorem id assequi vt neque conueniri neque condemnari ritè possit *d. l.4. C. si aduers. rem iud.* Planè si minor causam suam egerit aut alteri agendam mandauerit, quamuis sine curatore, & obtinuerit nõ eo minùs valebit sententia pro eo lata, quæ si contra eum reddita esset, non valeret. Minoribus enim ætas in damnis subuenire, non etiam in rebus prosperè gestis obesse consueuit *l. non eo minùs* 14. C. *de procurat.*

§. item inuiti hoc tit.

l. in negotijs §. de reg. iur.

l.4. & tot. ti. C. si aduers. rem iudic.

l. seruo 65. §. cùm prætor ad SC. Treb. l. 2 & 3. C. qui legit. pers. stand. in iudic. hab. l. contra 54. de re iudic. l. 3 & vlt. C. de in lit. dand. tut. l. non eo minùs 14. C. de procurat.

l.1.D.de minor.

NEque huic Principio contrarium eſt,quod ait Vlp.in *l.1.D.de min.* In illam vſque ætatem annorum vigintiquinque completorum adoleſcentes hodie regi auxilio curatorum,nec eis adminiſtrationem rei ſuæ committi debere quamuis benè rem ſuam gerentibus.Eſt enim locus ille intelligendus de iis minoribus qui ſemel habuerũt curatorem,aut ſaltem tutorem,à quo velint res ſuas recipere,Quod ſanè difficilius permittendum illis ẽſt,quàm ei de quo nunc tractamus,id eſt qui moriente patre iam adultus,ob idque tutoris habendi incapax,nullum habuit vnquam curatorem nec habere vult, vt non detur ei curator inuito.Atque ita locum illum accipiendum eſſe conſtat ex *l.2. eod. tit. de minor.* *l.2.eod. tit. de minor.* *ill.tit.* De *minor.*vt nos fuſiùs explicauimus in Rationalibus.

PRINCIPIVM IV.

De *curatore dato ad certam cauſam.*

d.§. item inuiti. *l. certarum 12.cum ſeq. D.de teſt. tut.*

CVrator etiam ad certam cauſam dari poteſt *d.§.item inuiti.*In cóque nimirum differt etiam à tutore qui neque certæ rei,neque certæ cauſæ dari poteſt,ne quidem in teſtamento *l.certarum* 12. *cum trib.ſeq.* D. *de teſtam. tutel.* Ratio differentiæ eſt quam nos in ſuperioribus attulimus & inculcauimus ſæpius,quod non quemadmodum tutor ita etiam curator perſonæ datur,ſed tutor quidem perſonæ primum & principaliter quæ & indiuidua ſemper eſt,& bonorum vniuerſorum cauſam neceſſariò ad ſe trahit tanquã dignior & principalior,Bonis verò ipſis non niſi per conſequentias,Curator vero è contrario non perſonæ ſed rebus.Quidni ergo in rem etiam certam,aut in aliquam certam cauſam perinde atque ad omnia? Excipiendus tamen eſt curator ille, qui datur in locum tutoris abſentis cauſa reipublicæ.Hic enim dandus eſt in rem omnem & in omnem cauſam quia tutoris locum & vicem interim obtinet cũ tutor non eſſe deſinat qui abeſt reipub.cauſa quia non perpetuã,ſed temporalem tantùm habet excuſationem, Tutor autem cuius hic vices gerit in omnẽ rem datus fuerat,Quæ ſententia & ratio eſt *l.in omnem rem* 15.*& ſeq.*D. *de tut. & curat.dat.& §.pen.hoc tit.*

l. in omnem rem 15. & ſeq.D.de tutor. & cur. dat § pen. hoc tit.

ILLATIO I.

De *curatore dato minori ad litem duntaxat.*

l,1. C. de in lit.dand.tutor.

EX hoc Principio fit,vt adulto curator dari poſſit ad litem duntaxat *l. 1.& tot.tit.C.de in lit.dand.tutor.*Vt & ad alium actum quemlibet, quem ideò pragmatici vulgo appellant Curatorem ad actum: Quorũ omnium nihil eſt quod de tutore tractari poſſit.Neque enim tutor vnquam datur in litem, aut ad actum,Niſi eo demum caſu quo actus talis ſit ad quem expediendũ nõ poſſit curatoris authoritas ſufficere,vt puta ſi pupillo aliqua ſit adeunda hereditas: nam curatoris authoritas in eam rem inutilis eſt,vt in ſpecie *l.cùm in vna* 17.§. 1.*D.de appell.*Ex qua ſpecie petendum eſt exemplum ad id quod ſcribit Marcianus in *l.impuberi* 9. *D.de tut.& cur.dat.*Impuberi ad hereditatẽ adeundã, vt tutor detur ex cauſa permiſſum eſſe.Impuberi ſcilicet tutorem iã habenti ſed eũ tamen tutorem qui authoritatem præſtare pupillo vel nolit,quoniã à datione prouocauerit vt in *d.*§.1.vel non poſſit quoniam fortè abſit aut valetudine impe-

l.eũ in vna 17.§.1.de appellat. *l. impuberi 9. D. de author.tutor.*

Digitized by Google

impediatur vt in *l.curator* 11.D.*de tutor.& curat.dat.l.ſolet* 13.*D.de tutel.*Poſſumus dicere generalius cum Paulo in *l.curatorem* 19.D.*de authot.tutor.* Curatorem interdum etiam impuberi dari poſſe ſed ad ea quæ ſollennitatem iuris deſiderant explicanda tutore authore opus eſſe.Nempe quia lex duodecim tabularum ex qua fluxerunt eæ quas diximus legis actiones aut legitimas, tutores ſolos agnoſcit non etiam curatores niſi quos dat furioſo dementi & prodigo, vt ſuprà diximus. Cæterùm ſi proponas delatam eſſe hereditatem impuberi nullum adhuc tutorem habenti,non eſt dubitandum, quin tutor ei dandus ſit non ad actum illum adeundæ hereditatis,ſed ſimpliciter & generaliter ad rem & cauſam omnem.

l.curator. 11. *de tutor. & cur.dat.l.ſolet* 13. *D. de tutel.*

l.curatorem 19.D. *de author.tutor.*

ILLATIO II.

De non dando curatore habenti tutorem niſi ex magna cauſa.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt tutorem habenti non ſoleat nec poſſit dari curator niſi ex magna cauſa.Id eſt,niſi talis caſus contingat in quo tutor impediatur ne authoritatem præſtare poſſit puta ob valetudinem vel abſentiam *dict.l.ſolet* 13.D.*de tutel. dict. l. curator* 11.*l. in omnem* 15. *& ſequent.* D. *de tutor.& curat.dat.*Nam cùm tutor neceſſariò detur in omnem rem, inque omnem cauſam ſiue teſtamento datus ſit ſiue à lege duodecim tabularum,ſiue à magiſtratu,Omnino conſequens eſt vt nulla res nullâque cauſa ſit, in quam dici poſſit curatorem dandum eſſe aut dari poſſe.Ex quo illud etiam fit,vt ſi curator petitus fuerit abſenti,ſed abſente tutore,quaſi nullum tutorem habenti, nulla ſit datio, haud aliter quàm ſi tutorem habenti tutor petitus eſſet per ignorantiam & errorem facti,vt in ſpecie *l.tutor ſi petitus* 10.D. *de tut. & curat. dat.*Quamquam multò facilius eſt vt habenti tutorem curator detur,quàm vt tutor.Nam nec aliam ob cauſam tutorem iam habenti curator dari ſolet & debet,quàm quod tutor dari non poſſit,ac quaſi in ſubſidium *§. interdum hoc tit.* Tutores enim plures ſimul quidem dari poſſunt, quoniam eo caſu omnes vnius ferè vice funguntur,At ſeparatim non poſſunt *l. ſimul plures* 23. *D. de tutor.& curat.dat.*Quid ergo ſi pupillo datus tutor ſiue à lege ſiue à prætore aut præſide idoneus quidem non ſit ad benè diligentérque adminiſtrandum, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret?Iuſta quidem hæc cauſa eſt dandi curatoris, ſed an in locum tutoris minùs idonei? Nequaquam. Nec enim id fieri poſſet quin remouceretur tutor à tutela,vel ſaltem ab adminiſtratione quod tamen oneraret haud dubiè hominis licèt minùs idonei tamen innocentis exiſtimationem à quo ponimus nihil fraudulenter factum eſſe. Curator igitur hoc caſu dandus eſt,& quidem in omnem rem omnémque cauſam ne qua ex parte pupillus periclitetur,ſed ita tamen vt non in locum tutoris datus videri poſſit,ſed vt tutori adiungatur *d.§.interdum*,cuius generalior vſus eſt quoties talis tãque vel diffuſa vel perplexa eſt adminiſtratio tutelæ vt ei ſolus tutor ſufficere per ſe nõ poſſit quãtũuis diligẽs & frugi paterfamilias proponatur *d.l.ſolet §.1.*vbi additur huiuſcemodi adiutorẽ periculo ipſius tutoris cõſtitui.Quod ſic accipiẽdũ eſt vt proinde ab ipſo tutore & nominetur & cõſtituatur. Cuius n.periculo quid eſt, de eo diſponere pro arbitrio ille poteſt.Idque & Iuſt.noſter monet in *§.vl.huius ti.*vbi ait,ſi tutor aduerſa valetudine vel qua alia neceſſitate impediatur quominùs negotia pupilli adminiſtrare poſſit, & pupillus

d. l. ſolet 13. *D.de tutel. d.l. curator* 11.*l.in omnẽ* 15.*& ſeq. D.de tutor. & cur. dat.*

l.tutor ſi petitus 10. D. *de tutor.& cur.dat.*

§.interdum hoc tit. l ſimul plures 23. *D.de tut. & cur. dat.*

Curator ad iunctus, & adiutor tutelæ.

d.§ interdũ.

d.l.ſolet § 1.

§.vl.hoc tit.

vel absens vel infans sit, vt nihil possit ipse gerere neque per se neque tutore authore, atque ideò prorsus necesse sit geri omnia per tutorem, Debere hoc casu quem tutor velit actorem periculo ipsius tutoris constitui decreto prætoris, vel Præsidis qui ei prouinciæ præest: Vt per ciusmodi actorem qui & inde nomen sumpsit, agantur omnia quæ tutor ipse agere solus, id est absque pupillo, quamuis pupilli nomine deberet, si neque valetudine neque alia vlla necessitate impediretur. Est verò notandus hic casus tanquam à cæteris omnibus de quibus hucusque diximus valde diuersus. Non enim hoc casu tractari potest de dando infanti vel absenti curatore, cùm generale ac perpetuum sit vt curator nihil facere aliud possit quàm authoritatem ei præstare cuius curator est. In quo differt maximè à tutore, qui omnia ipse facere pro pupillo ac sine pupillo tamen potest nisi si quid sit quod pupilli personam factúmque personale requirat, quod euenit potissimùm in adeunda hereditate. *l. more 8. l. pupillus 9. D. de acquir. hered.* Atqui non potest authoritas præstari pupillo nisi cùm aliquid agit pupillus, qui porrò nihil agere potest siue absens siue infans sit. Frustra ergo tractes de dando huic curatore propter casum & impedimentum tutoris, siue de eo curatore agas quem dari aliàs solere & debere diximus in locũ tutoris ad tempus excusati vt in *l. curator* 11. *l. in omnem rem* 15. *& seq. D. de tutor. & curat. dat.* Siue de eo qui tutori adiungendus sit tanquam adiutor tutelæ. Hic enim æquè non nisi curator est nec ob id plus iuris & potestatis habet quòd tutori adiungatur, vt possit ipse quicquam per se principaliter facere nomine pupilli quomodo tutor posset si nulla re impediretur. Rursum neque tutor aliquis hoc casu dandus est pupillo, quem verum est, licèt aut absens aut infans sit, habere iam tutorem. Reliquum igitur est, vt permittendum sit tutori actorem constituere, qui per se & pupilli nomine ex mandato tutoris quasi ejus quidam vicarius agat omnia quæ tutori ex officio incumbunt peragenda. Quod ipsum tamen quoniam neque ex potestate legis duodecim tabularum fieri potest quæ de solis tutoribus locuta de actoribus istis nihil cauit, Neque ex ratione iuris est vt tutelam sibi mandatam alteri quis demandare possit quæ nec ad heredem vnquam transit *l. tutela 16. §. 1. D. de tutel.* necesse fuit induci ex authoritate prætorum, adhibito in eam rem decreto, id est ita decernente prætore, vel præside prouinciæ, vt huic actori quem ex arbitrio & voluntate tutoris idem Prætor nominauerit tanta potestas detur quanta tutori ipso iure competeret ad ea omnia facienda quæ alioqui non magis à tutore propter impedimentum temporarium, quàm à pupillo ipso propter absentiam aut infantiam fieri possint. Quid igitur si tam diffusa sint negotia vt iis benè administrandis non possit tutor etiam diligentissimus sufficere, An de actore huiusce modi constituendo tractandum erit? Ita videtur sentire Paulus in *l. decreto 24. D. de admin. & peric. tutor.* Sed tamen non puto id verè dici posse nisi eo demũ casu quo pupillus vel absens sit vel fari non possit: Alioqui si præsens sit & fari possit, aliud remedium ordinarium est quod faciat ne decretum prætoris necessarium videri debeat, Nempe vt tutore suo authore constituat procuratorem, qui exinde possit omnia facere quæ pupillus posset. Domini enim est constituere procuratorem *l. 1. & tot. tit. D. de procurat.* Pupillus autem dominus est non tutor nisi post litem demum contestatam, ideóque nimirum tantò magis necessarium est vt actorem constituat cùm procuratorem constituere non possit *l. neque tutores 11. C. eod. tit.* De *procur.* Neque sanè Paulum nostrum aliter

Actor tutelæ.

l. more 8. l. pupillus 9. de acquir. hered.

l. tutela 16. § 1. D. de tutel.

l. decreto 24. D. de adm. tut.

l. neque tutores 11. C. de procur.

d.l.decreto.

l.decreto. In qua proinde verſic. aliter ſenſiſſe vel ſcripſiſſe *credo poteſt vt procuratorem facere poſſit aut abſens* ille *ſi tamen nondum* & vt nouam periodum conſtituat, ſed iis quæ immediatè *ſit* non ſint coniungendus eſt vt ea limitet ac reſtringat hoc ſenſu, acſi ſcriptum eſſet, ſolere quidem decreto prætoris actorem conſtitui periculo tutoris quotieſcunque aut diffuſa ſunt negotia, aut ætas aut valetudo tutoris id poſtulat: ſed hoc tamen ita demùm ſi nondum fari pupillus poſſit aut ſi abſens ſit ab eo ſcilicet loco in quo tutor eſt, vt certum ſit non poſſe ab illo ex tutoris ſui authoritate conſtitui procuratorem. Alioqui nec decretum videri poteſt neceſſarium, nec conſequenter adhibendum, quippe cui interponendo ſola neceſſitas locum facere ſoleat *l. ventre* 84. D. *de acquir. hered. l. ſed etſi* 5. D. *de bonor. poſſ. contr. tabul. l. ſcriptus heres* 12. D. *de Carbon. edict.* Quod cùm ita ſit, abundant verba illa quæ apud Paulum ſequuntur in *dict. l. decreto, tunc actor neceſſariò conſtituendus eſt*, Addita vtique ab imperito aliquo interprete qui nouam inchoans periodum ab illis verbis *ſi tamen* mancam illam & mutilam eſſe putabat niſi ſequentia iſta adderet quæ nos delemus. Aliter enim interpretantibus fatendum erit his tantùm duobus caſibus decretum eſſe neceſſarium, quod verum vtique eſt, ſed aliis illis de quibus dictum prius eſt, id eſt ſi vel diffuſa ſint negotia tutelæ vel dignitas, aut ætas aut valetudo tutoris id poſtulet decretum quidem neceſſarium non eſſe, ſed tamen non eo minùs interponi ſolere. Quæ ſententia ſanè falſa eſt, Non quidem ex illa parte quæ negat decretum iis caſibus eſſe neceſſarium (nec enim tale videri poteſt cùm poſſit pupillo proſpici conſtituto per eum procuratore ex authoritate tutoris quoties pupillus neque abſens neque infans eſt) ſed ex qua parte adfirmat decretum hoc nihilominùs interponi ſupradictis caſibus ſolere, Cùm vt iam dictum eſt numquam interponi ſoleat nec debeat niſi cùm neceſſe eſt, tanquam quod aliam rationem nullam habere poſſit præterquàm neceſſitatem. Sed hæc de curatoribus minorum dixiſſe ſufficiat. Nam cætera quæ in hoc tit. tractantur à Iuſtiniano pertinent ad curatores furioſo & prodigo datos à lege duodecim tabularum. Item ad eos qui à magiſtratu dandi ſunt muto, ſurdo & aliis huiuſcemodi perſonis debilibus quæ rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt. De quibus omnibus tam copiosè ſcripſimus in præcedentibus ad *Tit. De tutel.* vt vix aliquid addi poſſit. Poterant & ea ferè omnia quæ ad huius tituli Principia pertinent ex illis peti, ſed tamen fuerunt etiam ſuo loco & ſub hoc tit. ea Principia collocanda, Nec titulus hic De curatoribus prætermittendus, licèt tractatus non potuerit nec debuerit diſiungi à tractatu illo longè copioſiore De tutoribus. Cætera quæ ad tit. ſeq. De ſatisdationibus tutorum & curatorum ſpectant ſuo etiam loco explicauimus, Nec quicquam cauſæ eſt cur hùc repetere debeamus.

Decretum prætoris nũquam niſi ex neceſſitate interponẽdum.

Emendatur Paulus ind. l. decreto.

AD TIT. XXIV.

De excusat. tutor.

PRINCIPIVM I.

De onere & munere tutelæ quòd sit publicum & ciuile, sed non reipublicæ.

TVTELA, *itémque cura onus & munus est, publicum quidem & ciuile sed non reipublicæ.* Onus esse nemo dubitat, sicque appellatur in *l. tria onera 3. l. 5. & pass. D. hoc tit.* Nec enim parum oneratur, qui alieni patrimonij administrationẽ periculo suo suscipere cogitur. Esse autẽ onus & munus publicũ testatur Iust. initio huius tit. quod & scriptũ est in *l. filiusfamilias 9. D. de his qui sui vel alieni iur. sunt. l. nõ tantũ 17. §. eos D. hoc tit.* Quò pertinet quod scribit Callistratus in *l. non tantum 17. §. is qui D. eod.* Eum qui ædilitate fungitur posse tutorem dari, quoniam, inquit, Aedilitas inter eos magistratus habetur, qui priuatis muneribus excusati sunt, id est ab iis tantùm quæ sunt priuata, in quorum numero hoc non est, cùm sit publicum. Nec possum satis mirari Cuiacium qui ex eo potissimùm loco defendit, ad *l. 6. §. grammatici hoc tit.* tutelam munus priuatum esse non publicum, quòd inquit excusatio sit argumentum iure dati tutoris, Quasi verò Callistratus scribat Aediles qui à priuatis muneribus excusationem habent, etiam à tutela posse excusari: Quod ipsum tamen potiùs negat cùm ait posse Aedilem tutorem dari scilicet cum effectu vt neque se possit excusare. Omnis quidem excusatio præsupponit vtilem tutelæ dationem. Sed non vicissim omnis tutelæ datio vtilis includit consequentem excusationis proponendæ facultatem. Fatetur tamen Cuiacius tutelam esse munus ciuile, Nec negat inter munus publicum, & ciuile nihil esse discriminis: Sed vult vtrumque esse per consequentiam duntaxat, quòd tutela pertineat etiam ad publicam vtilitatem, At non principaliter, inquit: Ego verò fateor non tam principaliter pertinere quàm si esset munus reipublicæ, sed tamen contendo pertinere tam principaliter quàm aliud quodlibet munus quod per se ac principaliter possit dici publicum & ciuile, non tamen reipublicæ. Porrò munus & onus quod publicum est ciuile quoque esse dicimus, quia nec alia dicuntur publica, quàm quæ sunt populi & ciuitatis, Vnde & publica appellantur, quasi populica, & ciuilia. Sicque à Modestino appellatur in *l. si duas 6. aliàs hathleta §. tutela D. hoc tit.* vbi additur, quod Principium nostrum habet, non esse tamen hoc munus reipublicæ, id est tale vt rempublicam curare videatur is, qui tutelam vel curam, aut vt nostri aliquando loquuntur curationem vel curatoriam gerit. Curat enim tractátque rem pupilli vel adulti, quæ non magis est reipublicæ quàm si ad alterius cuiuslibet priuàti hominis patrimonium pertineret *l. 3. §. vlt. D. de pecul. l. 1. §. vlt. D. de magistr. conuen.* Etsi reipublicæ quoque interest pupillorum, & adultorum qui sibi per ætatem consulere non possunt bona conseruari, Vnde est quod publicum hoc & ciuile munus appellatur, tanquam

l. 3. l. 5. hoc tit. D. l. non tantum 17. §. eos cod. l. filiusfamilias 9. De his qui sui vel alien. iur. sunt. d. l. non tantùm §. is qui

quod

quod etiam ad reipublicæ & ciuitatis curam pertinere debeat. *l.2.§.qua autem aliàs l.*Diuus D.*qui pet.tutor.vel curat.*

Ex hoc Principio vnico nascuntur & proficiscuntur omnia quæ pertinent ad hunc tractatum *De excusat.tutor.& curat.*

ILLATIO I.

De necessitate susci pienda tutelæ aut adferendæ excusationis.

ATque illud imprimis vt omnes qui tutores vel curatores dari possunt cogantur onus suscipere,nisi adferant excusationem. Regula enim iuris est, Neminem ab oneribus & muneribus publicis immunem esse, nisi qui iure publico excusationem habeat *l.1. & tot. titul.* D. *de vacat. & excusat. muner.* vbi monet Vlpianus,Omnem excusationem sua æquitate niti debere, eliéque in eam rem ius dicentis necessariã autoritatem , Ne si aliquam excusationem prætendentibus sine iudice credatur , aut passim sine temporis præfinitione prout cuicumque libuerit permissum fuerit se excusare, non sint qui munera necessaria in rebus publicis obeant. Illi ergo tantùm non coguntur esse tutores si dati sint,qui vel dari non potuerunt,vel nullam excusationem proferre possunt. De prioribus tractat Modestinus in *l.scire oportet* 13.*§. qui non iustè* D. *hoc titul.*vbi ait,Eos qui non iustè tutores dati sunt , hoc est vel à quibus non oportet,vel quos non oportet, vel quibus non oportet,vel quo non oportet modo , si neque confirmentur, neque administrationi se immiscuerint immunes esse , Adeò vt nec opponi eis possit quòd constituta excusationum tempora non obseruauerint , quia , inquit,non habent excusationis necessitatem. Exempla ibidem subiicit de tutore dato ab auo materno, Aut à magistratu cuius non fuerit suppositus iurisdictioni. Neuter enim ipso iure tenetur hoc munus suscipere. Non datus ab auo materno , quia cùm non habeat ille nepotem ex filia in potestate, non potest tutorem ei testamento dare:siquidem ius hoc pendet ex iure patriæ potestatis *§. permiss. sum supr.de tutel.* Non datus à magistratu iurisdictionem nullam habente in eum quem tutorem dedit, Quia licèt tutoris datio neque imperij sit neque iurisdictionis *l.multo* 6. *§. tutoris datio* D. *eod. titul. de tutel.* non alius tamen tutorem dare potest quàm cui ea iurisdictio.& potestas data est *§. sed hoc iure Inst.de Attil. tutor. l. 1. l. 3. & pass.*D.*de tutor. & curat. dat.* & vt elegantèr ait Cuiac.ad *l.1.hoc titul.*Licèt tutoris datio non sit iurisdictionis , cogendi tamen tutoris ratio iurisdictionis est.Et ideò cuiusque iurisdictionis modus seruandus est.Vnde fit quod Tryphoninus scribit in *l. penultim.§.penult.* D. *hoc tit.*Romæ datos tutores eos tantùm accipiendos esse qui vel à præfecto vrbis, vel à prætore dati sunt,si eos excipias quos quis testamento tutores dederit in testamento confecto Romæ vel in continentibus. Nempe quia non alij magistratus in vrbe sunt,qui tutorem dare possint, præter Præfectum vrbi & Prætorem.*d.§.sed hoc iure.*

l.1 de vacat. & ex usat. muner.

l. scire oportet 13 § qui non iustè D. hoc tit.

§ permisit sum supr. de tutel.

§ sed hoc iure sup. de Attil. tut. l. 1. et 3. De tutor. & cur. dat. l. pen § penult. hoc tit.

De posterioribus verò qui tutores ideò esse non coguntur quod aliquam habeant excusationem , quia diffusior tractatus est , dicemus latiùs & specialiùs in sequentibus. Dummodò præmoneamus quod ad hunc tractatum generale est Tutores & curatores excusatos adeò esse

immunes & securos vt nec alium tutorem pupillo petere cogantur. *l.* 2. D. *qui pet. tutor. in fin.*

l. 2. D. qui pet. tutor. & curat. in fin.

ILLATIO II.

De *excusando eo qui alioqui suscipiendo tutelam nimis oneraretur.*

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si quando quis in ea causa sit vt si delatam decretámque tutelam susciperet, nimis oneraretur, soleat ea res iustam præbere excusationem. Ciuilis enim legislator sicuti non patitur ciuilia & publica munera à ciuibus suis detrectari ne damnum aliquod respublica patiatur, ita nec permittit adeò premi eos vt opprimantur, Ne oppressis ijs ad quorum onus res pertinet, eueniat facilè vt simul viris & viribus respublicæ destituantur *l.* 3. *qui originem* 3. *§. præses prouincia D. de muner. & honor.*

l. 3. §. præses prouincia D. de mun. & honor.

Varia & præcipua excusationum genera & veluti capita.

AD hanc porrò excusationis causam varia excusationum capita refe runtur, sed illa præcipuè si quis ob liberos se excusare velit, si ob tutelas, Si ob translationem domicilij, si ob inquilinatum, si ob diuersitatem prouinciarum, si ob nobilitatem ciuitatis, si denique ob tutelam iam susceptam, gestámque velit quis excusare se à cura. De quibus singulis ex ordine videamus.

De excusatione ob liberos.

INter varias excusationis causas vna hæc est vt plerumque tutores & curatores propter liberos excusentur: Si enim tres liberos Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in prouincia quinque potest à tutela vel cura excusari, Exemplo cæterorum munerum, Nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse, inquit Iustin. initio huius tituli. Cùm enim tutela sit onus, vt Principium nostrum habet, iámque satis oneratus videatur qui tam multos habet liberos, quos scilicet alere debeat & exhibere iisque omnia parare *l. si is qui* 56. *§. ibi dos & sequent. D. de iur. dot. l. penultim.* D. *de agnosc. & alend. liber. l. nihil interest* 50. *§. sed numquid D. de bon. libert.* æquum sanè est tanti oneris rationem haberi ne supra modum oneretur is qui tot habet liberos si præterea tutelam suscipere compellatur. *l.* 1. *Cod. qui numer. liber. se excus.* Ergo quod scriptum est in *l.* 1. *Cod. de his qui numer. liber. lib.* 10. *titul.* 51. numerum liberorum ab oneribus non excusare sic accipiendum est vt non quilibet numerus excuset sed vt certus tantùm & constitutus, vt constat ex *l.* 4. & 5. *eod. tit.*

Iustin. initio huius tit.

l. 1. C. quinn mer liber. se excus. l. 1. 4. & 5 C. de his qui nu mer. liber. lib. 10. tit. 51.

Quales sufficiat vel oporteat esse liberos ad excusationem.

EA res facit vt nihil hac parte referat, an liberi sint in potestate an emancipati vt Iust. n. hîc scribit post Modestinum in *l.* 2. *§. remittit & sequent. D. hoc tit.* vbi posteaquàm scribit liberorum multitudinem dare remissionem à tutela vel curatoria id est iustam excusationem, subiungit oportere vt liberi illi sint legitimi, at non etiam vt sint in potestate quod & scriptum est in *l.* 2. *§.*

l. 2. §. remittit & seq. D. hoc tit.

l.2.§.incolumes De curat.& excuſ.muner. Nempe quia emancipati non minùs ſunt oneri patri vt eos alere cogatur & exhibere, ſicut & vicè mutua liberi etiam emancipati alere parentes ex prætoris edicto compelluntur *l.ſi quis à liberis 5.§.1.D.de agnoſc.& alend.liber.* Etſi enim filius poſt emancipationem habetur iure ciuili pro extraneo *l.quinetiam 55.in fin.D.de rit.nupt.* tamen ſicuti reuêra & naturaliter remanet filius, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere non poteſt *l.eas* 8.D.*de capit.minut.* ita & pro tali habetur apud prætorem qui nihil niſi naturalem æquitatem & veritatem inſpicere ſolet reſciſſa emancipatione *l. 3. §. ſi emancipatus & tot.tit.De bonor. poſſ. contr.tab.* & apud Iuſtin.*Tit.de bonor.poſſeſſ.* Illud ſanè mirum videri poteſt, cur liberos qui excuſationem præbent naturales eſſe oporteat, nec ſufficiat quòd ſint legitimi & adoptiui. Cùm nemo dubitet, quin liberi adoptiui perindè ac naturales ſint oneri patri adoptiuo: *l.pen.*D. *de adopt.* Contrà verò, Cur in adoptionem dati liberi etiam naturali patri adhuc proſint, ad quorum onus amplius non pertinent. Verùm reſpondendum eſt, Liberos non naturales, id eſt qui tantùm legitimi ſunt, iedò non prodeſſe ad excuſationem quòd eorum onus vltro ſubiit is qui accepit eos in adoptionem, cùm neque ignorans quiſquam adoptet, aut adoptetur *l.neque abſens* 24. *& l.ſeq.*§.1. D. *de adoption.* Ideóque ſibi debet imputare qui tale onus ſibi vltrò quæſiit, ſicuti dicemus poſteà de illo qui tres tutelas, vel curas habet, aut aliquas ex iis affectatas, quas certum eſt non tribuere excuſationem *§. item tria onera hoc titu.* Ideò autem iidem liberi proſunt patri naturali, quia fieri facilè poteſt, vt diſſoluatur adoptio, & eo caſu filius in adoptionem datus redeat in familiam & poteſtatem patris naturalis, ciuſque oneri ſit ac ſi nulla vnquam adoptio interueniſſet, cùm finita quandocumque adoptione nullum veſtigium ex priſtina patris adoptiui poteſtate retineatur *l. in omni ferè iure* 13. *D. de adoption.* Quo caſu eueniente fieret vt pater naturalis qui interea tutelam ſuſcepiſſet, nimis grauatus inueniretur. Id ergo ne accidat dicendum eſt interim excuſari eum debere, Inſpecto ſcilicet eo non quod iam euenerit, ſed quod euenire poſſit, vt in *l. diximus* 4. *D. hoc titu.* quia liberi, qui non potuiſſent ad excuſationem tempore creationis, prodeſſe poſtea numquam poſſent *l.2.§.oportet & §.numerium eo.l.2.§.qui ad munera* D. *de vacat. & excuſat. muner.* Hoc verò longè indubitatiùs hodie obtinet poſt *l. penult. C.de adoption.* in qua Iuſtinianus contra iuris veteris rationem induxit, vt iura patris naturalis non niſi certis caſibus & ad certum vſque modum per adoptionem diſſoluantur. Ergo quod ſcriptum eſt in *dicta lege 2.§.legitimos* D. *hoc titu.* legitimos liberos eſſe oportere omnes qui proſunt ad excuſationem non ſic accipiendum eſt, quaſi ſufficiat, vt ſint legitimi (ſic enim fieret vt ad optiui prodeſſe deberent quod falſum eſt *dict. l.2.§.adoptiui de vacat.& excuſat.muner.* Ne alioqui in cuiuſlibet poteſtate ſit adoptionis commento immunitatem ſibi acquirere *l.ſi stagnis* 51.§.1.. *de leg.2. l. fideicommiſſum 76. de condic.& demonſtrat.* ſed ita ſcriptum eſt ad excluſionem liberorum qui naturales tantùm ſint non etiam legitimi, Naturales inquam non qui ſint ſpurij, aut nati ex concubina (hi enim ne quidem naturales dicebantur olim non magis quàm liberi *§.ſi aduerſus ſupr.de nupt.* cùm naturalium liberorum nomen hoc ſenſu eſſet prorſus incognitum li-

l.2.§. incolumes de vacat. & excuſ. muner.

l.pen. de adopt.

§.item tria onera hoc tit.

l.in omni 13. D.de adopt.

l. diximus 4.D.hoc tit. l.2.§.oportet & §.numerium eod. l.pen. C.de adopt.

l.2.§.legitimos D. hoc tit.

l.2.§. adoptiui de vacat. & excuſ. muner.

Qui ſint naturales liberi.

bris noſtris ante tempora Conſtantini vt dixi ad *tit. De nupt. ex Iuſtin. Nouell.* 89. *in prin.*) ſed qui concepti natique ſint in ſeruitute, Hi namque ſunt quos naturales ſolent dicere Iureconſulti ad differentiam eorum, qui vel naturales ſint & legitimi, vel naturales tantùm *l. Lucius* 88. §. *Dame verſ. Claudius de leg. 2. l. vlt.* D. *de iur. delib. l. Lucius* 45. *De vulg. & pupill. ſubſtit.* Nec ſanè alij liberi vnquam tribuunt immunitatem quàm qui ex iuſtis nuptiis ſuſcepti ſunt, vt eo veluti præmio inuitentur homines ad iuſtas nuptias contrahendas, replendáque liberis hominibus ciuitatē *l. 1. D. ſolut. matr. l. 2. C. de indict. viduit. tollend.* (quomodo & alia plcraque olim habuit priuilegia πολυτεκνία quæ vide apud Cuiac. ad *l. 2. D. hoc tit. ex l. 7. §. ſi plures de bon. damnat. l. 9. C. de decur. l. 2. D. de minor. l. 1. C. de legat. l. ſemper. 5. §. 1. de iur. immunit. l. 14. C. de decur.*) Non quaſi imputari quicquam poſſit iis qui in ſeruitute liberos ſuſceperunt cur eos ex iuſtis nuptiis non quæſierint, quas vtique contrahere non potuerunt, tametſi maximè voluiſſent, ideóque nimirum habent priuilegium, vt quos in ſeruitute ſuſceperunt, ij liberorum nomen habeant, quamuis cum hac nota, naturalium, Sed quia per eos tātùm qui ex iuſtis nuptiis quæſiti ſunt reipublicæ dignitas augeri & amplificari creditur *d. l. 2. C. de indict. viduit. tollen.* Qui verò nati ſunt ex concubina cur etiam hodie non proſint ad immunitatē ratio euidens eſt ne huiuſmodi ſpe immunitatis viderentur homines inuitati ad concubinatum potiùs quàm ad nuptias, id eſt ad turpitudinē potiùs quàm ad honeſtatem. Concubinatus enim licèt legitimum nomen habeat, ideóque extra legis pœnam ſit *l. 3. §. 1. de concub.* coitum tamen illicitū ſignificat, iure diuino & pontificio prorſus prohibitum, Ciuili verò toleratum quidem, ſed non permiſſum, vt ſcripſimus ad eum *tit. De nupt.*

l. 2. C. de indict. viduit. toll.

L. 3. §. 1. de concub.

Liberos qui immunitatem præſtant viuos eſſe oportere.

EST verò ſuperioribus conſequens vt liberos qui immunitatem præſtant viuos eſſe oporteat, & quidem eo tempore quo tutores patres dantur, imò quo petuntur, vt addit Cuiac. ad *l. 2. hoc ti. ex l. tutor petitus* 28. *eod.* Ad excluſionem ſcilicet eorum qui poſt petitionē naſcuntur, Quomodo dicimus priuilegium fori quæſitum poſt vocationem in ius nihil prodeſſe *l. ſi quis 7. D. de iudic.* Qui autem antea deceſſerunt his non connumerantur, ſicut neque nocet qui poſtea moriuntur *d. l. 2. §. oportet & §. numerum* D. *hoc tit. d. l. 2. §. qui ad munera D. de vacat. & excuſ. muner.* Nimirum quia nec iam mortui, nec qui nōdum nati ſunt oneri ſunt patri, ac proinde ceſſat in iis ratio immodici oneris, quæ hanc excuſationem, vt diximus induxit. Ceſſat autem quantum ad iā mortuos, in perpetuum, quia non reuiuiſcunt, Quantum verò ad poſteà ſuſceptos ſimiliter quidem in perpetuum, ſed alia ratione, Nempe quòd licèt iis poſtea natis onus nouum ſuperueniat, eius tamē ratio haberi nulla poteſt quantū ad munus iā antea ſuſceptū ſiue tutelę illud ſit, ſiue aliud quodlibet: Cùm huiuſmodi munera ſint ciuilia, Ius autem ciuile nihil faciat, vel ad tempus, vel ſub condicione, ſed omnia perpetua, quia & ipſum perpetuum eſt *l. actus legitimi* 77. *de reg. iur.* Excuſationum & immunitatum alia ratio eſt. Sunt enim quædā ex iis perpetuæ, quædā verò temporales, qualis illa eſt quæ ſumitur ex paupertate *l. 4. §. deficientium D. de muner. & honor.* aut ex ratione domicilij quæ ſemper temporaria eſt *l. libertus* 17. §. *patris D. ad municip.* aut ex valetu-

d. l. 2. §. oportet & §. numerum hoc tit. d. l. 2. §. qui ad munera de vac. & excuſ. muner.

L. tutor petitus 28. *D. hoc tit. l. ſi quis 7. D. de iudic.*

Ius ciuile perpetuum eſt. l. 4. §. deficientium de muner. & hon. l. libertus 17. §. patris ad municip.

valetudine *l. idem Vlpianus 12. eod.* Ratio diuersitatis est, quia excusationes omnes sola æquitate nituntur *l. 1. in princip. De vacat. & excusat. muner.* Æquitatis autem regula non plumbea est, sed Lesbia quæ nunc se in hanc, nunc in illam partem deflectit pro personarum & temporum varietate. Qua de causa dubitari non ineleganter potest, Cur non ergo temporalis sit illa quoque excusatio, quæ sumitur ex numero liberorum, vt qui amisit liberos, excusationem quoque hoc ipso amisisse videri debeat. Sed facilis responsio est, Liberos post excusationem allatam receptámque amissos ideò non nocere, quòd eodem tempore alium tutorem dari necesse fuerit qui tanquã purè ac in perpetuum datus non idcirco potest desinere tutor esse quod alius qui excusatus fuerat, liberos exinde amiserit. Cæterum si post allatam admissámque si voles excusationem, nullodum tamen alio tutore creato liberos amiserit is qui iã fuerat excusatus, quod vtique facilè potest contingere, Aut si ponas tutorem anteà datum decessisse, aut qua alia ratione tutelam finitam esse, non dubito quin possit tutor nunc fieri is qui nullam nunc iustam habet, licèt antè habuerit ob liberos excusationem, Ac proinde erit his casibus hæc quoque excusatio temporalis. Id enim omnino cõsequens est ei, quod Modestinus scribit in *d. l. 2. §. numerum hoc tit.* Numerum liberorum qui determinatus est constitutionibus, adesse oportere vnicuique tunc cùm creatur, vt intelligamus prioris temporis quo alius creatus sit rationẽ haberi nullã posse, quoniam nunc alia tutela est. Et contrà, quandiu nulladum creatio facta est, tamdiu de iure ac æquitate excusationis quæri posse.

l. 1. de vacat. & excus. muner.

Excusatio ob numerũ liberorũ potest esse temporalis.

De *filiis bello amissis.*

ILlud non est prætermittendum quod Iustin. addit in hoc tit. Filios qui in bello amissi sunt prodesse, at non omnes, sed eos solos qui in acie amittuntur. An quia sint illi adhuc oneri patri? Minimè. Sunt enim potiùs honori. Sed quia vt eleganter Iustin. ait, hi qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere existimantur, si autem viuerent, oneri essent patri, & consequẽter prodessent ei ad immunitatem. Atque ita haud dubiè accipiendum est quod alioqui nimis generaliter scriptum est in *l. vlt. D. de vacat. & excus. muner.* Ad excusationem munerum prodesse filium qui in bello amissus est. Nec enim alii videntur pro Repub. cecidisse, quàm qui in acie perierunt, vt ex Vlp. proditum est in *l. bello amissi 18. D. hoc tit.* vbi tamen mirum videri possit quod additur *cuiuscumque sexus, vel ætatis sint.* Quasi verò etiam fœminæ & impuberes possint militare & in acie occumbere. Verùm dicẽdum est quamuis neq; fœminæ, neq; impuberes ad militiam admittãtur posse tamẽ fieri, vt amittantur in acie. Aciem enim cùm dicimus conflictum illum intelligimus in quo bellantes interimuntur. Fieri autem potest obsessa fortassis vrbe ab hostibus populi Romani, vt qui intra vrbem sunt impuberes & fœminæ dum pro salute & nomine populi Romani dimicatur, simul cum militibus trucidentur: quod cùm euenit, non minùs verum est eos & per causam belli abreptos fuisse parentibus & pro republica cecidisse, quod sufficit vt patri prosint ad immunitatem, quamuis milites non fuerint. Plane qui per solam belli causam amissi sunt fortè in obsidione quidem, sed morbo & morte naturali, non possunt videri, aut in acie, aut pro republica cecidisse, at nequidem in bello, quamuis per causam & occasionem belli; ob idque nec suis

L. vlt. D. de vacat. & excus. mun. l. in bello amissi 18. D. hoc tit.

parentibus prosunt. Multò minùs prodesse possunt qui bello capti sunt nec-
l.2.C.de his qui num.liber. dum reuersi *l.2.C.de his qui num.liber.lib.*10.*tit.*51.quia scilicet possunt reuer-
ti,Quo casu futurum est, vt semper in ciuitate fuisse videantur ex postliminij fictione quæ ideò quandiu captiuus apud hostes viuit omnia retinet in suspenso *§.si ab hostibus supr.quib.mod.ius patr.potest.soluit.l.illa institutio* 32. *§.1. De hered.instit.*

De filio qui est in vtero.

QVi autem in matris vtero adhuc est licèt in plerisque partibus iuris comparetur iam nato,tamen neque in tutela,neque in reliquis ciuilibus mu-
L. 2.§. qui autem D. hoc tit. neribus prodest patri *d. l.2. §.qui autẽ* D.*hoc tit.*quia nimirũ nec illi adhuc est oneri,quãuis futurus speretur:Nec rursum habetur vnquã pro nato,cùm possit non nasci nisi in iis quæ ad cõmodum ipsius pertinent *l.qui in vtero* 7. *l.qui in vtero* 26.*D.de stat.homin.*Excusatio autem de qua agimus non filij qui in vtero est commodum respicit,sed patris,cuius porrò immunitas ita eius propria est vt ad liberos extendi non possit: cùm ideò proprium præmium immunitatis propter filios patribus datũ sit quòd illi eadem onera & munera sint aliquando subituri *l.3.§.quamuis maior* D.*de muner.& honor.*iunct.*l.semper* 5.*§. immunitati D.de iur.immunit.*Eadem ratio facit vt nec patri prosit posthumus qui in vtero est ad remissionem annorum,vt pater maturiùs honores adipiscatur,vt ex Accursio defendit Cuiac.ad *l.2.*D.*hoc tit.* Nam nec matri prosunt in SC. Tertylliano si abortũ illa fecerit *l.quod dicimus de ver.signific.*Nec legatariis prodest is qui est in vtero ancillæ hereditariæ *l.in falcidia* 9.D. *ad leg.falcid. secus est in specie l.vlt.*D.*de bon.damnat.*iunct.*l.7.de stat.homin.*vt ex legis vtriusque coniunctione bene obseruat idem Cuiacius,vbi alia multa eleganter ac eruditè vt solet posthumis, Et quibus in casibus pro natis habeantur.

De liberis quorum status est incertus.

REquiritur etiam vt liberorum iam natorum certus sit status,id est vt non dubitetur quin liberi sint *l.1.C.qui num.liber.se excus.*Nã ij de quibus dubitatur an sint liberi non possunt prodesse patri de quo similiter dubitari necesse est an sit pater.Nec enim patri sunt oneri vllomodo liberi, nisi ex quo constat esse liberos,cùm neq; aliter debeãt alrab eo *l.si quis à liberis* 5.*§.si vel parens* D.*de agnosc.& alen.liber.*Requiritur etiam vt certum sit eos esse ciues. Nam qui ab hostibus capti sunt non prosunt cùm status eorum pendeat, & interim verè sint serui,vt iam diximus ex *l.2.C.de iis qui numer.liber.*iunct.*§.si ab hostibus supr.quib.mod.ius patr.potest.soluit.*

De excusatione ob filias vel ob nepotes ex filiis masculis,siue masculi sint,siue fœmina.

CÆterùm non solùm filij tribuunt remissionem & excusationem, sed etiam filiæ, adeóque nepotes ex filiis masculis,siue masculi sint,siue fœ-
l.2. §. non solùm D.*hoc tit.* minæ *dicta lege 2.§.non solùm* D.*hoc tit.* vbi ratio redditur, quia constitutio Seueri quæ totum hoc ius induxit, nusquam de filiis loquitur, sed semper de liberis,quorum appellatione certum est, non tantùm filias, sed etiam nepotes contineri. Ex quo apparet, huius excusationis non illam esse rationem quam quidam putant, quòd qui liberos tam multos susceperunt dederint reipublicæ per quos ea munera obiri possint

arg.d.

*erg.d.l.3.§.quamuis maior de muner.& hon.*Nec enim ea ratio caderet in filias, quæ ſcilicet propter ſexum tutelam,aut curam gerere prohibentur,quia virile officium eſt,Niſi ſi quando ex Principis reſcripto id eis permittatur *l.vl.D.de tutel.* Et tamen filiæ tribuunt perinde excuſationem *d.§.non ſolum & l.bello amiſſi* 18.*eod.tit.De excuſ.tutor.* Vera igitur ratio illa eſt,quam attulimus,quòd liberi ſint oneri patri,ob idque facere debeant ne magis oneretur. Nec minùs filiæ quàm maſculi,Quinimò tantò magis quòd onus filiarum durius videtur quàm maſculorum , vel id maximè quod per filias non poteſt conſeruari familia,quæ per maſculos conſeruatur *l.1.in fin.*D.*de iur.immunit.*iunct.*l.pronũciatio* 195.*§.vlt.de verb.ſignific.* Planè ſunt perſonalia quædam munera quæ etiam fœminis pro condicione ſexus indicuntur , Et ab his fœminæ quoque excuſantur exemplo marium numero quinque ſuperſtitum liberorum *l. pen. C.de his qui numer.liber.libr.*10.*tit.*51. At ſi conſtitutio Seueri de liberis generaliter locuta eſt,Cur inquies,etiam nepotes ex filia nõ proſunt ad excuſationem?Nemo enim dubitat quin liberorum appellatione perinde comprehendantur,atque nepotes ex filio *l.1.C.de condic.inſert.l.vl.*D.*de pollicit. l.cognoſcere* 56.*§.1.de verb.ſignific,l.2.*D.*qui ſanſd.cogant.* Ratio aperta eſt ex Principio ipſo,quia liberi ex filia ſuſcepti non ſunt oneri auo materno,ſed patri,aut auo paterno,cuius & nomen & familiam ſequuntur *l.penul.*D.*de agnoſc.& alend. liber.* Sanè nec aliter proſunt auo paterno nepotes ex filio ſuſcepti , quàm ſi eorum pater ſit mortuus cuius locum illi ſuppleant auo *l.nepotes* 3. C. *de his qui num.liber.libr.*10.*tit.*51.*l.*2.*C.qui numer.liber.* cùm ſubintrent in locum defuncti patris & ipſius ſi non perſonam ſemper , ſaltem gradum repræſentent *§.cum filius Inſt.de hered.qua ab inteſt.defer.* Quandiu enim pater viuit, debent liberi ei prodeſſe non auo ,tametſi non minùs ſint oneri auo quàm pater ipſe *d.l.pen.* Quæ dubitandi ratio eſt propter quam videantur debere nepotes prodeſſe auo paterno etiam viuo patre. Ac omnino ita eſſet ſi non poſſent prodeſſe patri. At quia neque poſſunt non prodeſſe patri cui ſunt coniunctiores quàm auo cuius perſonam non contingunt niſi per mediam perſonam patris *l.dotem* 6.D.*de collat.bonor.* neque fieri poteſt vt quobus proſint,neceſſariò conſequens eſt vt auo prodeſſe non debeant, niſi mortuo demum patre. Nam nec ſibi ipſis prodeſſe poſſunt cùm proſunt patri *dicta lege* 3. *§. quamuis maior* D*e muner. & honor.*Nec quod etiam viuo patre ſint oneri auo paterno,poteſt ſufficere. Alioqui ſi hoc vnum inſpiciendum eſſet , etiam vxor & ſerui qui ad patrisfamilias onus æquè pertinent *l.ſi is qui* 56.*§.is qui* D.*de iur.dot.*ei prodeſſe deberent,quod tamen nemõ vnquã dixit. Onus enim liberorum proprio quodam iure immunitatem hãc meruit,propter adnexum fauorem reipublicæ cuius maximè intereſt ampliari imperium adiectione hominum,vt Hadrianus dicebat,cuius reſcriptum refert Paulus in *l.vlt. §.ſi plures* D.*de bon.damnat.l.2.C.de indict.viduit.tollend.l. hoc modo* 64. *in fin.*D.*de condic.& demonſtr.*iunct.*d.§.quamuis maior.* Hoc ſcilicet præmio propoſito. Vnde & priuilegium appellatur in *l.amiciſſimos* 36.*in fin.* D. *hoc tit.* Non videntur autem nepotes liberi eſſe auo quandiu patrem habent , Nec ei qui ex vno tantùm filio plures nepotes habeat,plures ciues debet reſpublica,ſed vnum tantùm ; Ex quo illud etiam fit,vt etiam plures ſint,tamen non niſi pro vno numerentur vt ſubiungit Modeſtinus in *d.l.2.hoc tit.*quia non niſi vnam perſonam,vel vnius perſonæ gradum repræſentant : Quæ ratio etiam

l.3.§. quamuis maior D. *de muner. & honor.*

d §. non ſolum & l.bello amiſſi 18. *eod.tit.*

l.1.in fin. de iur. immunit.l.pronunciatio 195.*§. vlt.de verb. ſignific.*

l.pen. de liber. agnoſc.

§.cùm filius Inſt.de her. qua ab inteſt. defer.

l. vlt. §.ſi plures de bon.damnat. l. amiciſſimos 36. *in fin.* D. *hoc tit.*

vel abſens vel infans ſit, vt nihil poſſit ipſe gerere neque per ſe neque tutore authore, atque ideò prorſus neceſſe ſit geri omnia per tutorem, Debere hoc caſu quem tutor velit actorem periculo ipſius tutoris conſtitui decreto prætoris, vel Præſidis qui ei prouinciæ præeſt: Vt per eiuſmodi actorem qui & inde nomen ſumpſit, agantur omnia quæ tutor ipſe agere ſolus, id eſt abſque pupillo, quamuis pupilli nomine deberet, ſi neque valetudine neque alia vlla neceſſitate impediretur. Eſt verò notandus hic caſus tanquam à cæteris omnibus de quibus hucuſque diximus valde diuerſus. Non enim hoc caſu tractari poteſt de dando infanti vel abſenti curatore, cùm generale ac perpetuum ſit vt curator nihil facere aliud poſſit quàm authoritatem ei præſtare cuius curator eſt. In quo differt maximè à tutore, qui omnia ipſe facere pro pupillo ac ſine pupillo tamen poteſt niſi ſi quid ſit quod pupilli perſonam factúmque perſonale requirat, quod euenit potiſſimùm in adeunda hereditate. *l. more* 8. *l. pupillus* 9. *D. de acquir. hered.* Atqui non poteſt authoritas præſtari pupillo niſi cùm aliquid agit pupillus, qui porrò nihil agere poteſt ſiue abſens ſiue infans ſit. Fruſtra ergo tractes de dando huic curatore propter caſum & impedimentum tutoris, ſiue de eo curatore agas quem dari aliàs ſolere & debere diximus in locũ tutoris ad tempus excuſati vt in *l. curator* 11. *l. in omnem rem* 15. *& ſeq.* D. *de tutor. & curat. dat.* Siue de eo qui tutori adiungendus ſit tanquam adiutor tutelæ. Hic enim æquè non niſi curator eſt nec ob id plus iuris & poteſtatis habet quòd tutori adiungatur, vt poſſit ipſe quicquam per ſe principaliter facere nomine pupilli quomodo tutor poſſet ſi nulla re impediretur. Rurſum neque tutor aliquis hoc caſu dandus eſt pupillo, quem verum eſt, licèt aut abſens aut infans ſit, habere iam tutorem. Reliquum igitur eſt, vt permittendum ſit tutori actorem conſtituere, qui per ſe & pupilli nomine ex mandato tutoris quaſi eius quidam vicarius agat omnia quæ tutori ex officio incumbunt peragenda. Quod ipſum tamen quoniam neque ex poteſtate legis duodecim tabularum fieri poteſt quæ de ſolis tutoribus locuta de actoribus iſtis nihil cauit, Neque ex ratione iuris eſt vt tutelam ſibi mandatam alteri quis demandare poſſit quæ nec ad heredem vnquam tranſit *l. tutela* 16. *§.* 1. D. *de tutel.* neceſſe fuit induci ex authoritate prætorum, adhibito in eam rem decreto, id eſt ita decernente prætore, vel præſide prouinciæ, vt huic actori quem ex arbitrio & voluntate tutoris idem Prætor nominauerit tanta poteſtas detur quanta tutori ipſo iure competeret ad ea omnia facienda quæ alioqui non magis à tutore propter impedimentum temporarium, quàm à pupillo ipſo propter abſentiam aut infantiam fieri poſſint. Quid igitur ſi tam diffuſa ſint negotia vt iis benè adminiſtrandis non poſſit tutor etiam diligentiſſimus ſufficere, An de actore huiuſcemodi conſtituendo tractandum erit? Ita videtur ſentire Paulus in *l. decreto* 24. *D. de admin. & peric. tutor.* Sed tamen non puto id verè dici poſſe niſi eo demũ caſu quo pupillus vel abſens ſit vel fari non poſſit: Alioqui ſi præſens ſit & fari poſſit, aliud remedium ordinarium eſt quod faciat ne decretum prætoris neceſſarium videri debeat, Nempe vt tutore ſuo authore conſtituat procuratorem, qui exinde poſſit omnia facere quæ pupillus poſſet. Domini enim eſt conſtituere procuratorem *l.* 1. *& ſeq.* D. *de procurat.* Pupillus autem dominus eſt non tutor niſi poſt litem demum conteſtatam, ideóque nimirum tantò magis neceſſarium eſt vt actorem conſtituat cùm procuratorem conſtituere non poſſit *l. neque tutores* 11. *C. eod. tit. De procur.* Neque ſanè Paulum noſtrum

Actor tutelæ.

l. more 8. *l. pupillus* 9. *de acquir. hered.*

l. tutela 16. *§.* 1. *D. de tutel.*

l. decreto 24. *D. de adm. tut.*

l. neque tutores 11. *C. de procur.*

aliter

l.decreto. In qua proinde verſic. aliter ſenſiſſe vel ſcripſiſſe cred*poteſt vt procuratorem facere poſſit aut abſens* ille *ſi tamen nondum* & vt nouam periodum conſtituat, ſed iis quæ immediatè *ſit* non ſint coniungendus eſt vt ea limitet ac reſtringat hoc ſenſu, acſi ſcriptum eſſet, ſolere quidem decreto prætoris actorem conſtitui periculo tutoris quotieſcunque aut diffuſa ſunt negotia, aut ætas aut valetudo tutoris id poſtulat: ſed hoc tamen ita demùm ſi nondum fari pupillus poſſit aut ſi abſens ſit ab eo ſcilicet loco in quo tutor eſt, vt certum ſit non poſſe ab illo ex tutoris ſui authoritate conſtitui procuratorem. Alioqui nec decretum videri poteſt neceſſarium, nec conſequenter adhibendum, quippe cui interponendo ſola neceſſitas locum facere ſoleat *l. ventre* 84. D. *de acquir. hered. l. ſed etſi* 5. D. *de bonor. poſſ. contr. tabul. l. ſcriptus heres* 12. D. *de Carbon. edict.* Quod cùm ita ſit, abundant verba illa quæ apud Paulum ſequuntur in *dict. l. decreto, tunc a Ctor neceſſariò conſtituendus eſt*, Addita vtique ab imperito aliquo interprete qui nouam inchoans periodum ab illis verbis *ſi tamen* mancam illam & mutilam eſſe putabat niſi ſequentia iſta adderet quæ nos delemus. Aliter enim interpretantibus fatendum erit his tantùm duobus caſibus decretum eſſe neceſſarium, quod verum vtique eſt, ſed aliis illis de quibus dictum prius eſt, id eſt ſi vel diffuſa ſint negotia tutelæ vel dignitas, aut ætas aut valetudo tutoris id poſtulet decretum quidem neceſſarium non eſſe, ſed tamen non eo minùs interponi ſolere. Quæ ſententia ſanè falſa eſt, Non quidem ex illa parte quæ negat decretum iis caſibus eſſe neceſſarium (nec enim tale videri poteſt cùm poſſit pupillo proſpici conſtituto per eum procuratore ex authoritate tutoris quoties pupillus neque abſens neque infans eſt) ſed ex qua parte affirmat decretum hoc nihilominùs interponi ſupradictis caſibus ſolere, Cùm vt iam dictum eſt numquàm interponi ſoleat nec debeat niſi cùm neceſſe eſt, tanquam quod aliam rationem nullam habere poſſit præterquàm neceſſitatem. Sed hæc de curatoribus minorum dixiſſe ſufficiat. Nam cætera quæ in hoc tit. tractantur à Iuſtiniano pertinent ad curatores furioſo & prodigo datos à lege duodecim tabularum. Item ad eos qui à magiſtratu dandi ſunt muto, ſurdo & aliis huiuſcemodi perſonis debilibus quæ rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt. De quibus omnibus tam copioſè ſcripſimus in præcedentibus ad *Tit. De tutel.* vt vix aliquid addi poſſit. Poterant & ea ferè omnia quæ ad huius tituli Principia pertinent ex illis peti, ſed tamen fuerunt etiam ſuo loco & ſub hoc tit. ea Principia collocanda, Nec titulus hic De curatoribus prætermittendus, licèt tractatus non potuerit nec debuerit diſiungi à tractatu illo longè copioſiore De tutoribus. Cætera quæ ad tit. ſeq. De ſatisdationibus tutorum & curatorum ſpectant ſuo etiam loco explicauimus, Nec quicquam cauſæ eſt cur hîc repetere debeamus.

d.l.decreto.

Decretum prætoris nũquam niſi ex neceſſitate interponẽdum.

Emendatus Paulus ind. l.decreto.

Digitized by Google

AD TIT. XXIV.

De excusat. tutor.

PRINCIPIVM I.

De onere & munere tutelæ quòd sit publicum & ciuile, sed non reipublicæ.

l. 3. l. 5. hoc tit. D. l. non tantum 17. §. eos eod. l. filiusfamilias 9. De his qui sui vel alien. iur. sunt. d. l. non tantùm § is qui

TVTELA, *itémque cura onus & munus est, publicum quidem & ciuile sed non reipublicæ.* Onus esse nemo ambitat, sicque appellatur in *l. tria onera 3. l. 5. & pass.* D. *hoc tit.* Nec enim parum oneratur, qui alieni patrimonij administrationē periculo suo suscipere cogitur. Esse autē onus & munus publicū testatur Iust. initio huius tit. quod & scriptū est in *l. filiusfamilias.* 9. D. *de his qui sui vel alieni iur. sunt. l. nō tantū* 17. *§. eos D. hoc tit.* Quò pertinet quod scribit Callistratus in *l. non tantum* 17. *§. is qui* D. *eod.* Eum qui ædilitate fungitur posse tutorem dari, quoniam, inquit, Aedilitas inter eos magistratus habetur, qui priuatis muneribus excusati sunt, id est ab iis tantùm quæ sunt priuata, in quorum numero hoc non est, cùm sit publicum. Nec possum satis mirari Cuiacium qui ex eo potissimùm loco defendit, ad *l. 6. §. grammatici hoc tit.* tutelam munus priuatum esse non publicum, quòd inquit excusatio sit argumentum iure dati tutoris, Quasi verò Callistratus scribat Aediles qui à priuatis muneribus excusationem habent, etiam à tutela posse excusari: Quod ipsum tamen potiùs negat cùm ait posse Aedilem tutorem dari scilicet cum effectu vt neque se possit excusare. Omnis quidem excusatio præsupponit vtilem tutelæ dationem. Sed non vicissim omnis tutelæ datio vtilis includit consequentem excusationis proponendæ facultatem. Fatetur tamen Cuiacius tutelam esse munus ciuile, Nec negat inter munus publicum, & ciuile nihil esse discriminis: Sed vult vtrumque esse per consequentiam duntaxat, quòd tutela pertineat etiam ad publicam vtilitatem, At non principaliter, inquit: Ego verò fateor non tam principaliter pertinere quàm si esset munus reipublicæ, sed tamen contendo pertinere tam principaliter quàm aliud quodlibet munus quod per se ac principaliter possit dici publicum & ciuile, non tamen reipublicæ. Porrò munus & onus quod publicum est ciuile quoque esse dicimus, quia nec alia dicuntur publica, quàm quæ sunt populi & ciuitatis, Vnde & publica appellantur, quasi populica, & ciuilia. Sicque à Modestino appellatur in *l. si duas 6. aliàs Athletæ 6. tutela D. hoc tit.* vbi additur, quod Principium nostrum habet, non esse tamen hoc munus reipublicæ, id est tale vt rempublicam curare videatur is, qui tutelam vel curam, aut vt nostri aliquando loquuntur curationem vel curatoriam gerit. Curat enim tractátque rem pupilli vel adulti, quæ non magis est reipublicæ quàm si ad alterius cuiuslibet priuàti hominis patrimonium pertineret *l. 3. §. vlt.* D. *de pecul. l. 1. §. vlt. D. de magistr. conuen.* Etsi reipublicæ quoque interest pupillorum, & adultorum qui sibi per ætatem consulere non possunt bona conseruari, Vnde est quod publicum hoc & ciuile munus appellatur, tanquam

quod

quod etiam ad reipublicæ & ciuitatis curam pertinere debeat. *l.2.§.qua autem aliàs l.Diuus* D. *qui pet.tutor.vel curat.*

Ex hoc Principio vnico nascuntur & proficiscuntur omnia quæ pertinent ad hunc tractatum *De excusat.tutor.& curat.*

ILLATIO I.

De necessitate suscipiendæ tutelæ aut adferendæ excusationis.

ATque illud imprimis vt omnes qui tutores vel curatores dari possunt cogantur onus suscipere, nisi adferant excusationem. Regula enim iuris est, Neminem ab oneribus & muneribus publicis immunem esse, nisi qui iure publico excusationem habeat *l.1. & tot. titul.* D. *de vacat. & excusat. muner.* vbi monet Vlpianus, Omnem excusationem sua æquitate niti debere, eiéque in eam rem ius dicentis necessariã autoritatem, Ne si aliquam excusationem prætendentibus sine iudice credatur, aut passim sine temporis præfinitione prout cuicumque libuerit permissum fuerit se excusare, non sint qui munera necessaria in rebus publicis obeant. Illi ergo tantùm non coguntur esse tutores si dati sint, qui vel dari non potuerunt, vel nullam excusationem proferre possunt. De prioribus tractat Modestinus in *l.scire oportet* 13.*§. qui non iustè* D. *hoc titul.* vbi ait, Eos qui non iustè tutores dati sunt, hoc est vel à quibus non oportet, vel quos non oportet, vel quibus non oportet, vel quo non oportet modo, si neque confirmentur, neque administrationi se immiscuerint immunes esse. Adeò vt nec opponi eis possit quòd constituta excusationum tempora non obseruauerint, quia, inquit, non habent excusationis necessitatem. Exempla ibidem subiicit de tutore dato ab auo materno, Aut à magistratu cuius non fuerit suppositus iurisdictioni. Neuter enim ipso iure tenetur hoc munus suscipere. Non datus ab auo materno, quia cùm non habeat ille nepotem ex filia in potestate, non potest tutorem ei testamento dare: siquidem ius hoc pendet ex iure patriæ potestatis *§. permiss. sum supr.de tutel.* Non datus à magistratu iurisdictionem nullam habente in eum quem tutorem dedit, Quia licèt tutoris datio neque imperij sit neque iurisdictionis *l.multo 6.§. tutoris datio* D. *eod. titul. de tutel.* non alius tamen tutorem dare potest quàm cui ea iurisdictio & potestas data est *§. sed hoc iure Inst.de Attil. tutor. l. 1. l. 3. & pass.* D. *de tutor. & curat. dat.* & vt eleganter ait Cuiac.ad *l.1.hoc titul.* Licèt tutoris datio non sit iurisdictionis, cogendi tamen tutoris ratio iurisdictionis est. Et ideò cuiusque iurisdictionis modus seruandus est. Vnde fit quod Tryphoninus scribit in *l. penultim.§.penult.* D. *hoc tit.* Romæ datos tutores eos tantùm accipiendos esse qui vel à præfecto vrbis, vel à prætore dati sunt, si eos excipias quos quis testamento tutores dederit in testamento confecto Romæ vel in continentibus. Nempe quia non alij magistratus in vrbe sunt, qui tutorem dare possint, præter Præfectum vrbi & Prætorem. *d.§.sed hoc iure.*

l.1 de vacat. & ex usat. muner.

l. scire oportet 13 § qui non iustè D. hoc tit.

§ permissum sup. de tutel.

§ sed hoc iure sup. de Attil. tut. l. 1. et 3. De tutor. & cur. dat. l. pen § penult. hoc tit.

De posterioribus verò qui tutores ideò esse non coguntur quod aliquam habeant excusationem, quia diffusior tractatus est, dicemus latiùs & specialiùs in sequentibus. Dummodò præmoneamus quod ad hunc tractatum generale est Tutores & curatores excusatos adeò esse

immunes & securos vt nec alium tutorem pupillo petere cogantur. *l.* 2. D. *qui pet. tutor. in fin.*

l. 1. D. qui pet. tutor. & curat. in fin.

ILLATIO II.

De *excusando eo qui alioqui suscipiendo tutelam nimis oneraretur.*

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si quando quis in ea causa sit vt si delatam decretámque tutelam susciperet, nimis oneraretur, soleat ea res iustam præbere excusationem. Ciuilis enim legislator sicuti non patitur ciuilia & publica munera à ciuibus suis detrectari ne damnum aliquod respublica patiatur, ita nec permittit adeò premi eos vt opprimantur, Ne oppressis ijs ad quorum onus res pertinet, eueniat facilè vt simul viris & viribus respublicæ destituantur *l. & qui originem* 3. *§. præses prouincia D. de muner. & honor.*

l. 3. §. præses prouincia D. de mun. & honor.

Varia & præcipua excusationum genera & veluti capita.

AD hanc porrò excusationis causam varia excusationum capita refe runtur, sed illa præcipuè si quis ob liberos se excusare velit, si ob tutelas, Si ob translationem domicilij, si ob inquilinatum, si ob diuersitatem prouinciarum, si ob nobilitatem ciuitatis, si denique ob tutelam iam susceptam, gestámque velit quis excusare se à cura. De quibus singulis ex ordine videamus.

De excusatione ob liberos.

INter varias excusationis causas vna hæc est vt plerumque tutores & curatores propter liberos excusentur: Si enim tres liberos Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor; vel in prouincia quinque potest à tutela vel cura excusari, Exemplo cæterorum munerum, Nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse, inquit Iustin. initio huius tituli. Cùm enim tutela sit onus, vt Principium nostrum habet, iámque satis oneratus videatur qui tam multos habet liberos, quos scilicet alere debeat & exhibere iisque omnia parare *l. si is qui* 56. *§. ibi dos & sequent. D. de iur. dot. l. penultim. D. de agnosc. & alend. liber. l. nihil interest* 50. *§. sed numquid D. de bon. libert.* æquum sanè est tanti oneris rationem haberi ne supra modum oneretur is qui tot habet liberos si præterea tutelam suscipere compellatur. *l. 1. Cod. qui numer. liber. se excus.* Ergo quod scriptum est in *l. 1. Cod. de his qui numer. liber. lib.* 10. *titul.* 51. numerum liberorum ab oneribus non excusare sic accipiendum est vt non quilibet numerus excusset sed vt certus tantùm & constitutus, vt constat ex *l.* 4. & 5. *eod. tit.*

Iustin. initio huius tit.

l. 1. C. quinn mer liber. se excus. l. 1. 4. & 5 C. de his qui nu mer. liber. lib. 10. tit. 51.

Quales sufficiat vel oporteat esse liberos ad excusationem.

EA res facit vt nihil hac parte referat, an liberi sint in potestate an emancipati vt Iustinus. hîc scribit post Modestinum in *l.* 2. *§. remittit & sequent. D. hoc tit.* vbi posteaquàm scribit liberorum multitudinem dare remissionem à tutela vel curatoria id est iustam excusationem, subiungit oportere vt liberi illi sint legitimi, at non etiam vt sint in potestate quod & scriptum est in *l.* 2. *§.*

l. 2. §. remisit & seq. D. hoc tit.

Digitized by Google

l.2.§.incolumes De curat.& excuſ.muner. Nempe quia emancipati non minùs ſunt oneri patri vt eos alere cogatur & exhibere, ſicut & vice mutua liberi etiam emancipati alere parentes ex prætoris edicto compelluntur *l.ſi quis à liberis 5.§.1.D.de agnoſc.& alend.liber.* Etſi enim filius poſt emancipationem habetur iure ciuili pro extraneo *l.quinetiam 55.in fin.D.de rit.nupt.* tamen ſicuti reuêra & naturaliter remanet filius, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere non poteſt *l.eas 8.D.de capit.minut.* ita & pro tali habetur apud prætorem qui nihil niſi naturalem æquitatem & veritatem inſpicere ſolet reſciſſa emancipatione *l. 3. §. ſi emancipatus & tot.tit.De bonor. poſſ. contr.tab.* & apud Iuſtin.*Tit.de bonor.poſſeſſ.* Illud ſanè mirum videri poteſt, cur liberos qui excuſationem præbent naturales eſſe oporteat, nec ſufficiat quòd ſint legitimi & adoptiui. Cùm nemo dubitet, quin liberi adoptiui perinde ac naturales ſint oneri patri adoptiuo: *l.pen.*D. *de adopt.* Contrà verò, Cur in adoptionem dati liberi etiam naturali patri adhuc proſint, ad quorum onus amplius non pertinent. Verùm reſpondendum eſt, Liberos non naturales, id eſt qui tantùm legitimi ſunt, ideò non prodeſſe ad excuſationem quòd eorum onus vltro ſubiit is qui accepit eos in adoptionem, cùm neque ignorans quiſquam adoptet, aut adoptetur *l.neque abſens 24. & l.ſeq.§.1. D. de adoption.* Ideóque ſibi debet imputare qui tale onus ſibi vltrò quæſiit, ſicuti dicemus poſteà de illo qui tres tutelas, vel curas habet, aut aliquas ex iis affectatas, quas certum eſt non tribuere excuſationem *§. item tria onera hoc titu.* Ideò autem iidem liberi proſunt patri naturali, quia fieri facilè poteſt, vt diſſoluatur adoptio, & eo caſu filius in adoptionem datus redeat in familiam & poteſtatem patris naturalis, eiúſque oneri ſit ac ſi nulla vnquam adoptio interueniſſet, cùm finita quandocumque adoptione nullum veſtigium ex priſtina patris adoptiui poteſtate retineatur *l. in omni ferè iure 13. D. de adoption.* Quo caſu eueniente fieret vt pater naturalis qui interea tutelam ſuſcepiſſet, nimis grauatus inueniretur. Id ergo ne accidat dicendum eſt interim excuſari eum debere, Inſpecto ſcilicet eo non quod iam euenerit, ſed quod euenire poſſit, vt in *l. diximus 4. D. hoc titu.* quia liberi, qui non potuiſſent ad excuſationem tempore creationis, prodeſſe poſtea numquam poſſent *l.2.§.oportet & §.numerum eo.l.2.§.qui ad munera* D. *de vacat. & excuſat. muner.* Hoc verò longè indubitatiùs hodie obtinet poſt *l. penult. C.de adoption.* in qua Iuſtinianus contra iuris veteris rationem induxit, vt iura patris naturalis non niſi certis caſibus & ad certum vſque modum per adoptionem diſſoluantur. Ergo quod ſcriptum eſt in *dicta lege 2.§.legitimos* D. *hoc titu.* legitimos liberos eſſe oportere omnes qui proſunt ad excuſationem non ſic accipiendum eſt, quaſi ſufficiat, vt ſint legitimi (ſic enim fieret vt ad optiui prodeſſe deberent quod falſum eſt *dict. l.2.§.adoptiui de vacat.& excuſat.muner.* Ne alioqui in cuiuſlibet poteſtate ſit adoptionis commento immunitatem ſibi acquirere *l.ſi ſtagnis 51.§.1.. de leg.2. l. fideicommiſſum 76. de condic.& demonſtrat.* ſed ita ſcriptum eſt ad excluſionem liberorum qui naturales tantùm ſint non etiam legitimi, Naturales inquam non qui ſint ſpurij, aut nati ex concubina (hi enim ne quidem naturales dicebantur olim non magis quàm liberi *§.ſi aduerſus ſupr.de nupt.* cùm naturalium liberorum nomen hoc ſenſu eſſet prorſus incognitum li-

l.2.§. incolumes de vacat. & excuſ. muner.

l.pen. de adopt.

§.item tria onera hoc tit.

l.in omni 13. D.de adopt.

l. diximus 4.D.hoc tit. l.2.§.oportet & §.numerum eod. l.pen. C.de adopt.

l.2.§.legitimos D. *hoc tit. l.2.§. adoptiui de vacat. & excuſ. muner.*

Qui ſint naturales liberi.

bris noſtris ante tempora Conſtantini vt dixi ad *tit. De nupt. ex Iuſtin. Nouell.* 89. *in prin.*) ſed qui concepti natique ſint in ſeruitute, Hi náque ſunt quos naturales ſolent dicere Iureconſulti ad differentiam eorum, qui vel naturales ſint & legitimi, vel naturales tantùm *l. Lucius* 88. §. *Dame verſ. Claudius de leg. 2. l. vlt.* D. *de iur. delib. l. Lucius* 45. *De vulg. & pupill. ſubſtit.* Nec ſanè alij liberi vnquam tribuunt immunitatem quàm qui ex iuſtis nuptiis ſuſcepti ſunt, vt eo veluti præmio inuitentur homines ad iuſtas nuptias contrahendas, replendáque liberis hominibus ciuitatē *l. 1. D. ſolut. matr. l. 2. C. de indict. viduit. tollend.* (quomodo & alia pleraque olim habuit priuilegia πολυτεκνία quæ vide apud Cuiac. ad *l. 2. D. hoc tit. ex l. 7. §. ſi plures de bon. damnat. l. 9. C. de decur. l. 2. D. de minor. l. 1. C. de legat. l. ſemper. 5. §. 1. de iur. immunit. l. 14. C. de decur.*) Non quaſi imputari quicquam poſſit iis qui in ſeruitute liberos ſuſceperunt cur eos ex iuſtis nuptiis non quæſierint, quas vtique contrahere non potuerunt, tametſi maximè voluiſſent, ideóque nimirum habent priuilegium, vt quos in ſeruitute ſuſceperunt, ij liberorum nomen habeant, quamuis cum hac nota, naturalium. Sed quia per eos tātùm qui ex iuſtis nuptiis quæſiti ſunt reipublicæ dignitas augeri & amplificari creditur *d. l. 2. C. de indict. viduit. tollen.* Qui verò nati ſunt ex concubina cur etiam hodie non proſint ad immunitatē ratio euidens eſt ne huiuſmodi ſpe immunitatis viderentur homines inuitati ad concubinatum potiùs quàm ad nuptias, id eſt ad turpitudinē potiùs quàm ad honeſtatem. Concubinatus enim licèt legitimum nomen habeat, ideóque extra legis pœnam ſit *l. 3. §. 1. de concub.* coitum tamen illicitū ſignificat, iure diuino & pontificio prorſus prohibitum, Ciuili verò toleratum quidem, ſed non permiſſum, vt ſcripſimus ad eum *tit. De nupt.*

l. 2. C. de indict. viduit. toll.

L. 3. §. 1. de concub.

Liberos qui immunitatem præſtant viuos eſſe oportere.

EST verò ſuperioribus conſequens vt liberos qui immunitatem præſtant viuos eſſe oporteat, & quidem eo tempore quo tutores patres dantur, imò quo petuntur, vt addit Cuiac. ad *l. 2. hoc ti. ex l. tutor petitus* 28. *eod.* Ad excluſionem ſcilicet eorum qui poſt petitionē naſcuntur, Quomodo dicimus priuilegium fori quæſitum poſt vocationem in ius nihil prodeſſe *l. ſi quis* 7. *D. de iudic.* Qui autem antea deceſſerunt his non connumerantur, ſicut neque nocēt qui poſtea moriuntur *d. l. 2. §. oportet & §. numerum D. hoc tit. d. l. 2. §. qui ad munera D. de vacat. & excuſ. muner.* Nimirum quia nec iam mortui, nec qui nōdum nati ſunt oneri ſunt patri, ac proinde ceſſat in iis ratio immodici oneris, quæ hanc excuſationem, vt diximus induxit. Ceſſat autem quantum ad iā mortuos, in perpetuum, quia non reuiuiſcunt, Quantum verò ad poſteà ſuſceptos ſimiliter quidem in perpetuum, ſed alia ratione, Nempe quòd licèt iis poſtea natis onus nouum ſuperueniat, eius tamē ratio haberi nulla poteſt quantū ad mortuos iā antea ſuſceptū ſiue tutelę illud ſit, ſiue aliud quodlibet. Cùm huiuſmodi munera ſint ciuilia, Ius autem ciuile nihil faciat, vel ad tempus, vel ſub condicione, ſed omnia perpetua, quia & ipſum perpetuum eſt *l. actus legitimi* 77. *de reg. iur.* Excuſationum & immunitatum alia ratio eſt. Sunt enim quædā ex iis perpetuæ, quædā verò temporales, qualis illa eſt quæ ſumitur ex paupertate *l. 4. §. deficientium D. de muner. & honor.* aut ex ratione domicilij quæ ſemper temporaria eſt *l. libertus* 17. §. *patris D. ad municip.* aut ex valetu-

d. l. 2. §. oportet & §. numerum hoc tit. d. l. 2. §. qui ad munera de vac. & excuſ. muner.

L. tutor petitus 28. *D. hoc tit. l. ſi quis* 7. *D. de iudic.*

Ius ciuile perpetuum eſt. l. 4. §. deficientium de muner. & hon. l. libertus 17. *§. patris ad municip.*

valetudine *l. idem Vlpianus 12. eod.* Ratio diuersitatis est, quia excusationes omnes sola æquitate nituntur *l. 1. in princip. De vacat. & excusat. muner.* Æquitatis autem regula non plumbea est, sed Lesbia quæ nunc se in hanc, nunc in illam partem deflectit pro personarum & temporum varietate. Qua de causa dubitari non ineleganter potest, Cur non ergo temporalis sit illa quoque excusatio, quæ sumitur ex numero liberorum, vt qui amisit liberos, excusationem quoque hoc ipso amisisse videri debeat. Sed facilis responsio est, Liberos post excusationem allatam receptámque amissos ideò non nocere, quòd eodem tempore alium tutorem dari necesse fuerit qui tanquã purè ac in perpetuum datus non idcirco potest desinere tutor esse quod alius qui excusatus fuerat, liberos exinde amiserit. Cæterum si post allatam admissámque si voles excusationem, nullodum tamen alio tutore creato liberos amiserit is qui iã fuerat excusatus, quod vtique facilè potest contingere, Aut si ponas tutorem anteà datum decessisse, aut qua alia ratione tutelam finitam esse, non dubito quin possit tutor nunc fieri is qui nullam nunc iustam habet, licèt antè habuerit ob liberos excusationem, Ac proinde erit his casibus hæc quoque excusatio temporalis. Id enim omnino cõsequens est ei, quod Modestinus scribit in *d. l. 2. §. numerum hoc tit.* Numerum liberorum qui determinatus est constitutionibus, adesse oportere vnicuique tunc cùm creatur, vt intelligamus prioris temporis quo alius creatus sit ratione hãberi nullã posse, quoniam nunc alia tutela est. Et contrà, quandiu nulladum creatio facta est, tamdiu de iure ac æquitate excusationis quæri posse.

l. 1. de vacat. & excus. muner.

Excusatio ob numerũ liberorũ potest esse temporalis.

De *filiis bello amissis.*

ILlud non est prætermittendum quod Iustin. addit in hoc tit. Filios qui in bello amissi sunt prodesse, at non omnes, sed eos solos qui in acie amittuntur. An quia sint illi adhuc oneri patri? Minimè. Sunt enim potiùs honori. Sed quia vt eleganter Iustin. ait, hi qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere existimantur, si autem viuerent, oneri essent patri, & consequẽter prodessent ei ad immunitatem. Atque ita haud dubiè accipiendum est quod alioqui nimis generaliter scriptum est in *l. vlt. D. de vacat. & excus. muner.* Ad excusationem munerum prodesse filium qui in bello amissus est. Nec enim alii videntur pro Repub. cecidisse, quàm qui in acie perierunt, vt ex Vlp. proditum est in *l. bello amissi 18. D. hoc tit.* vbi tamen mirum videri possit quod additur *cuiuscumque sexus, vel ætatis sint.* Quasi verò etiam fœminæ & impuberes possint militare & in acie occumbere. Verùm dicẽdum est quamuis neq; fœminæ, neq; impuberes ad militiam admittãtur posse tamẽ fieri, vt amittantur in acie. Aciem enim cùm dicimus conflictum illum intelligimus in quo bellantes interimuntur. Fieri autem potest obsessa fortassis vrbe ab hostibus populi Romani, vt qui intra vrbem sunt impuberes & fœminæ dum pro salute & nomine populi Romani dimicatur, simul cum militibus trucidentur: quod cùm euenit, non minùs verum est eos & per causam belli abreptos fuisse parentibus & pro republica cecidisse, quod sufficit vt patri prosint ad immunitatem, quamuis milites non fuerint. Planè qui per solam belli causam amissi sunt fortè in obsidione quidem, sed morbo & morte naturali, non possunt videri, aut in acie, aut pro republica cecidisse, at nequidem in bello, quamuis per causam & occasionem belli; ob idque nec suis

L. vlt. D. de vacat. & excus. mun. l. in bello amissi 18. D. hoc tit.

erg.d.l.3.§.quamuis maior de muner.& hon. Nec enim ea ratio caderet in filias, quæ scilicet propter sexum tutelam, aut curam gerere prohibentur, quia virile officium est, Nisi si quando ex Principis rescripto id eis permittatur *l.vl.D.de tutel.* Et tamen filiæ tribuunt perinde excusationem *d.§.non solum & l.bello amissi* 18.*eod.tit.De excus.tutor.* Vera igitur ratio illa est, quam attulimus, quòd liberi sint oneri patri, ob idque facere debeant ne magis oneretur. Nec minùs filiæ quàm masculi, Quinimò tantò magis quòd onus filiarum durius videtur quàm masculorum, vel id maximè quod per filias non potest conseruari familia, quæ per masculos conseruatur *l.1.in fin.D.de iur.immunit.* iunct.*l.pronũciatio* 195.*§.vlt.de verb.signific.* Planè sunt personalia quædam munera quæ etiam fœminis pro condicione sexus indicuntur, Et ab his fœminæ quoque excusantur exemplo marium numero quinque superstitum liberorum *l. pen. C.de his qui numer.liber.libr.*10.*tit.*51. At si constitutio Seueri de liberis generaliter locuta est, Cur inquies, etiam nepotes ex filia nõ prosunt ad excusationem? Nemo enim dubitat quin liberorum appellatione perinde comprehendantur, atque nepotes ex filio *l.1.C.de condic.insert.l.vl.*D.*de pollicit. l.cognoscere* 56.*§.1.de verb.signific.l.*2.D.*qui satisd.cogant.* Ratio aperta est ex Principio ipso, quia liberi ex filia suscepti non sunt oneri auo materno, sed patri, aut auo paterno, cuius & nomen & familiam sequuntur *l.penul.*D.*de agnosc.& alend. liber.* Sanè nec aliter prosunt auo paterno nepotes ex filio suscepti, quàm si eorum pater sit mortuus cuius locum illi suppleant auo *l.nepotes* 3. C. *de his qui num.liber.libr.*10.*tit.*51.*l.*2.*C.qui numer.liber.* cùm subintrent in locum defuncti patris & ipsius si non personam semper, saltem gradum repræsentent *§.cùm filius Inst.de hered.qua ab intest.defer.* Quandiu enim pater viuit, debent liberi ei prodesse non auo, tametsi non minùs sint oneri auo quàm pater ipse *d.l.pen.* Quæ dubitandi ratio est propter quam videantur debere nepotes prodesse auo paterno etiam viuo patre. Ac omnino ita esset si non possent prodesse patri. At quia neque possunt non prodesse patri cui sunt coniunctiores quàm auo cuius personam non contingunt nisi per mediam personam patris *l.dotem* 6.D.*de collat.bonor.* neque fieri potest vt quibus prosint, necessariò consequens est vt auo prodesse non debeant, nisi mortuo demum patre. Nam nec sibi ipsis prodesse possunt cùm prosunt patri *dicta lege* 3. *§. quamuis maior De muner. & bonor.* Nec quod etiam viuo patre sint oneri auo paterno, potest sufficere. Alioqui si hoc vnum inspiciendum esset, etiam vxor & serui qui ad patrisfamilias onus æquè pertinent *l.sitis qui* 56.*§.is qui* D.*de iur.dot.* ei prodesse deberent, quod tamen nemò vnquã dixit. Onus enim liberorum proprio quodam iure immunitatem hãc meruit, propter adnexum fauorem reipublicæ cuius maximè interest ampliari imperium adiectione hominum, vt Hadrianus dicebat, cuius rescriptum refert Paulus in *l.vlt. §.si plures* D.*de bon.damnat.L.*2.*C.de indict.viduit.tollend.l. hoc modo* 64. *in fin.*D.*de condic.& demonstr.* iunct.*d.§.quamuis maior.* Hoc scilicet præmio proposito. Vnde & prìuilegium appellatur in *l.amicissimos* 36.*in fin.* D.*hoc tit.* Non videntur autem nepotes liberi esse auo quandiu patrem habent, Nec ei qui ex vno tantùm filio plures nepotes habeat, plures ciues debet respublica, sed vnum tantùm; Ex quo illud etiam fit, vt etiam plures sint, tamen non nisi pro vno numerentur vt subiungit Modestinus in *d.l.*2.*hoc tit.* quia non nisi vnam personam, vel vnius personæ gradum repræsentant: Quæ ratio etiam

l.3.§. quamuis maior D. de muner. & honor.

d.§. non solum & l.bello amissi 18. *eod.tit.*

l.1.in fin. de iur. immunit. l.pronunciatio 195.*§. vlt.de ver. signific.*

l.pen. de liber. agnosc.

§.cùm filius Inst.de her. qua ab intest. defer.

l. vlt. §.si plures de bon.damna. l. amicissimos 36. *in fin.* D. *hoc tit.*

ius ſucceſſionis in ſtirpes induxit inter nepotes ſi quando habeant ſuccedendum auo, ſiue ſoli, ſiue cum patruo ſuperſtite *d.§.cùm filius*. Simile quiddam eſt in *l.magiſtratus* 25.D.*ad municip.* Illud quærendum reſtaret, Cur is numerus ad immunitatẽ potiùs quàm alius præſcriptus ſit trium ſcilicet liberorum in vrbe, quatuor in Italia, quinque in prouinciis. Sed eſt ea res ex earum numero quarũ nulla ſatis bona ratio ex iure ſumpta reddi poteſt, quia non iuris recepti eſt & commentitij, ſed conſtituti, & quidem vt credibile eſt conſtitutione illa Seueri, quã refert Modeſtinus in *d.l.*2.D.*hoc tit.* Sæpius enim monuimus ad iſta tantùm quæ iuris conſtituti ſunt pertinere quod iactari ſolet, Non omnium quæ à maioribus conſtituta ſunt rationem reddi poſſe *l.non omniũ* 20.*D.de legib.* ad quã nominatim ita ſcripſimus in Rationalibus. Dici tamẽ poteſt minorẽ liberorũ numerũ ſufficere Romæ, quàm in Italia, & in Italia quàm in prouinciis, quia videatur intereſſe populi Romani ampliari hominũ adiectione vrbẽ Romã potiùs quàm Italiam, & Italiam potiùs quàm prouincias, propterea quòd maieſtas reipublicæ in vrbe potiſſimum reſideret, poteſtas verò in Italia, Tametſi Pompeius cùm & vrbem, & Italiam deſereret, dicere ſoleret, Non eſſe rempublicam in parietibus. Quod ipſum veréne ac prudenter ab eo dictum ſit, an potiùs vt fugæ, quam inſtrucbat, infamiam tegeret, ex ipſo tandem belli euentu apparuit. Planè conſtitutio Seueri de tutoribus teſtamentariis tantùm locuta eſt, Sed non minùs protracta eſt ad datiuos, adẽóque ad curatores quamuis ij teſtamento dari vtiliter numquam poſſint. Imò etſi à prætore curator detur mente capto, aut furioſo, aut prodigo placet æquè excuſari eum debere ob numerum liberorum. Ex eadem nimirum æquitatis ratione, Quod quia verbis conſtitutionis omiſſum fuerat, neceſſe fuit à prudentibus obſeruari, vt factum eſt à Modeſtino in *d.l.*2. §. *hoc autem*, & à Calliſtrato in *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Sic in *l.quæſitum* 13.*D.de teſtib.*

l. magiſtratus 2 *D.ad municip.*

l.non omniũ 20.*D.de legib.*

dd.l.2.§. hoc autem & l. pen.§. vlt. D. hoc tit.l. quæſitum 13. *D.de teſtib. l.2.§. vlt. hoc tit emẽdata. L.3.eod. tit. l.4.§. vlt.l. 5.eod. §.item tria hac tit.l.ſpadonem* 15.§. *eſt autem eod. l.1.C.de mu ner.& hon. lib.* 10. *tit.* 40.*l.3.C.de filiuſam.& quo pro hu pater tenea. eod. lib.tit.* 60. *d.l.3.hoc tit.*

De excuſatione ob tutelas.

ITem qui habet tres tutelas, aut tres curatorias, aut commixtim tres curatorias & tutelas, & quidem adhuc manentes, hoc eſt nondum excedẽtibus ætatem pupillis & minoribus, hi excuſantur ad tutelam, vel curatoriã vocati *l.2.§.vlt.D.hoc tit.* vbi manifeſtum eſt, in illis verbis *aut commixtim tres curatorias & tres tutelas* abundare poſteriorem dictionem *tres*, Alioqui ſex eſſent non tres. Ratio huius excuſationis eſt, quia tres tutelæ aut curatoriæ tria ſunt onera *l.3. eod.tit.* Tria autem onera in domo vna eſſe ſufficit *l.tria onera* 5.*eod.* iunct.*§.vlt.l.*4.*eod.* ne alioqui opprimeretur domus pluribus oneribus preſſa oppreſſáque, Nempe ſi nulla ex iis tutelis & curatoriis fuerit affectata §. *item tria hoc tit.l.ſpadonem* 15.§.*eſt autem* D.*eod.* Sibi namque imputet qui affectauit, & eam ſibi neceſſitatem vltro impoſuit *l.ſi fideiuſſor* 7.§.*ſi neceſſaria* D.*qui. ſatiſd.cog.* Domũ autẽ vnã dicimus plures perſonas vnius poteſtati ſubiectas *l.*1.C.*de mun.&hon.li.*10.*tit.*40.*l.*3.C.*de filiisfa.& quem pro his pat.teneat. eod. lib.tit.*60. Tutelarum verò numerum non ex numero pupillorum æſtimamus, ſed ex numero patrimoniorũ, Ita vt ſi quis tribus fratribus tutor datus ſit qui patrimonium indiuiſum habeant, vel quibuſdam tutor & quibuſdam curator, non niſi vnam tutelam, vel vnam curatoriã ſuſcepiſſe credendus eſt *d.l.3. hoc tit.* Etſi enim tutor perſonæ datur principaliter non bonis niſi per conſequentiam, præcipuum tamen onus & periculum tutelæ ſicut & curatoriæ circa bonorum adminiſtrationem verſatur. Proinde ſi ſint plures fratres diuiſo pa-

ſo patrimonio, duæ tutelæ ſunt, Non enim numerus pupillorum, ſed difficultas rationum conficiendarum & reddendarum conſideranda eſt, inquit Paulus in *l.ſi is qui* 31. *§. vltim. eod. tit.* vbi addit quod mirum & notandum eſt, Putare ſe facturum rectè prætorem ſi etiam vnam tutelam ſufficere ad excuſationem quandoque crediderit, Scilicet ſi tam diffuſa & negotioſa tutela ſit, vt non immeritò pro pluribus cedere debeat. Quo exemplo dici fortaſſe ſimiliter non malè poſſit, Nec omnimodo excuſandum eum qui tres tutelas iam habeat ſi fortè tam exigua ſint patrimonia, vel tam expedita eorum adminiſtratio, vt pro tribus oneribus cedere non debeant. Nam & Calliſtratus ſcripſit magnitudinem patrimoniorum ineundam eſſe ſuſceptarum trium tutelarum in *l.non tantum* 17. *in princip. eod.* Addens, Etiam pupillorum ætatem conſiderandam eſſe. Nam ſi priorum pupillorum ætas, inquit, prope pubertatem ſit, ita vt tantummodò ſemeſtre tempus reliquum fuerit, aut eorum quorum ſuſcipere tutelam cogitur, non dabitur excuſatio, Idque principalibus conſtitutionibus caueri ait, Ex quo apparet verum eſſe quod dicimus, in tota hac quæſtione omnia ex qualitate & quantitate onerum eſſe æſtimanda *l.Sſadonem* 15. *§. eſt autem* D. *hoc tit.* de cuius ſententia dicemus ad illat. 9. *anſr.* Nam & inde eſt quòd ſi pater alicuius, vel filius, vel frater qui eſt in eiuſdem patris poteſtate tria onera ſuſtineat quæ ad periculum patris ſui ſpectent, quia voluntate eius adminiſtrantur, omnibus excuſatio à tutela competit, non etiã ſi liberi non ex voluntate patris adminiſtrent *d. l. tria onera* 5. *eod. tit.* Nempe quia priore caſu non etiam poſteriore omnium onus eſt, & vnius domus. Loquimur enim de patre & liberis ſimul in eadem domo habitantibus & de oneribus, quæ vni domui non quæ ſeparatis contingunt *d. l.* 3. *§. vlt.*

l.ſi is qui 31. *§. vlt. eod. tit.*

l. non tantum 17. *in princip. eod.*

d. l. ſpadonẽ § eſt autem

d. l. tria onera & 5. d. l. 3. *§. vlt.* D. *hoc tit.*

De duabus tutelis ſimul ſuperinductis quarum vna futura ſit tertia, alia quarta.

HInc etiam eſt quod ſi duas habenti tutelas aliæ duæ ſimul ſuperinductæ fuerint, quæ eſt ordine tertia debeat ei auxiliari ad remiſſionem quartæ, tametſi Imperator fuerit qui quartam iniunxerit non quaſi quartam futuram, ſed quaſi tertiam, Idémque eſt ſi quis ex mandato Imperatoris tertiam tutelã ſuſcipere iuſſus, antequàm cognoſceret Imperatoris mãdata, promotus ſit ad quartam. Sola enim tertia eum hoc caſu tenebit, non quarta. Quòd ſi ordo non apparuerit, ſed in vna die duæ creationes proponãtur in diuerſis chartis, electio danda erit non ei qui creatus fuit vtram velit ſuſcipere, Semper enim is eligeret leuiorem. Sed ei qui creauit, vtram à tutore ſuſcipi velit *l. ſi duas* 6. D. *eod.*

l.ſi duas 6. D. *hoc tit.*

De quarta tutela quæ ſuperuenit pendente appellatione à tertia.

AT dubitari elegantius poteſt, ſi quis duas habens tutelas, deinde ad tertiã vocatus appellauerit, & adhuc pendente iudicio appellationis ad quartã tutelam promoueatur, vtrum à quarta poſſit ſe excuſare propter tertiam, & omnino quartam illam dimittere, An verò proponere debeat excuſationem facta mentione tertiæ, id eſt ſub illa veluti condicione, ſi tertiam de qua litigat ſuſcipere cogetur, Ne alioqui ſi nihil de tertia dixerit, & poſtea ſuccumbat in cauſa appellationis, quartæ onus vltrò ſubiiſſe videatur. Proponit autem hanc quæſtionem Modeſtinus in *l.diximus* 4. *eod. tit.* Et refert conſtitutum

l. diximus 4. *eod. tit.*

fuisse à Diuo Seuero & Antonino, non oportere ad quartam promoueri eum qui appellauit à tertia, sed pendente tertiæ creationis excusatione illius finem expectandum esse, qui æquè futurus sit terminus dubij circa quartam creationem emergentis. Idque recta, inquit, ratione. Quamuis enim appellatio dicatur extinguere iudicatum *l.1.§.vlt.D.ad SC.Turpill.l.furti* 6.§.1. *D.de his qui notant.infam.* vt proinde nullum videatur decretum tertiæ tutelæ postquàm ab eo appellatum est, Tamen ea extinctio nõ tam absoluta extinctio est quàm suspensio quædam quæ iudicati executionem differt in id vsque tempus quo de appellatione pronunciatum sit *l.si causa cognita* 32.*C.de transact.* Ac proinde si in proposita specie quartam tutelam præpostero ordine quis susciperet ante susceptam tertiam, eueniret vt post tertiam extantem & manentem iniusta tertiæ appellatione apparente, quatuor oneribus grauaretur extra & contra leges.

l.si causa cognita 32. C. de transact.

Si vnus ex pupillis qui iustam excusationis causam præbebat decesserit ante datam excusationem.

QVid rursum si is qui tres tutelas administrabat duobus pupillis tutor datus sit diuersis decretis, cùm posset excusari, & priusquàm excusationis causas allegaret vnus ex pupillis quorum iam administrabat tutelam, decesserit? Constat morte pupilli desiisse competere excusationem, & consequenter prius decretum tenere hunc tutorem quasi in locum tertiæ tutelæ quarta subroganda adeóque licèt deficientis tutelæ rationes nondum redditæ & purgatæ sint *l.vnic.C.qui numer. tutel.* Et ita concludit Paulus in *l.si is qui* 31. *in princip. D.hoc tit.* & addit rationem, *nam ipso iure tutor est, & antequàm excusetur.* Ex quo scilicet datus fuit, Nimirum propter vim & potestatem decreti. Non enim sufficit quòd possit quis excusari, nisi excusetur, Adeò vt si non sit admissa excusatio tùm demùm necesse habeat prouocare *l.scire oportet* 13.*in princ.eod.* non anteà, Frustra enim appellatur, id est non necessariò, quandiu excusatio allegari potest *l.1.§.si quis tutor.D.quan.appel.sit & instr. quæ temp.* cuius scilicet allegatio semper commodior est minúsque exposita periculis præscriptionum quæ appellantibus opponi solent. Cæterùm si malit quis ab initio & ante propositam excusationem appellare à decreto quo tutor nominatus est, vtique non est prohibendus *l.tutor vel curator* 20.*D.de admin.tutor.l.cùm in vna* 17.§.1.*D.de appellat.l.*4.*D.hoc tit.l.tutores* 18.*C.eod.l. pen.D.de tutor.& curat.dat.* Atque ita accipiendum est quod scribit Modestinus in *d.l.scire*, Aduersus sententias auferentes tutoribus excusationes licentiam iis esse appellandi, Non quasi ante sententias illas non liceat iis appellare, Sed quia post eas sententias non videretur appellatio permittenda tutoribus qui ab ipsa tutelæ datione non prouocassent, tanquam qui non ob reiectam excusationem tutores sint, sed ob præcedens tutelæ decretum, à quo nulla interposita prouocatione intra tempora constituta, non videantur postea audiendi si velint appellare. Sed non ita est, quia cùm non habeant necesse prouocare quandiu possunt se excusare, nihil est quod eis imputetur si non appellauerint, dummodò intra constituta tempora de quibus postea dicemus, allegauerint excusationem. Et ideò benè Modestinus in *d.l.scire*, posteaquàm dixit neque datos tutores, neque testamẽtarios necesse habere prouocare, nempe quia se excusare possunt, nec potest iusta esse causa appellatio-

d.l. si is qui 31. in princ. D.hoc tit.

l. scire oportet 13. in pri. eod.

l.1. §.si quis tut. D.quan. appell.sit & instr. quæ temp.

l. tutor vel curator 20. D. de adm. tut.l.cùm in vna 17. §.1. D.de appel. l.4. D. hoc tit.l. tutores 18. C. eod.l. pen.D.de tutor. & cur. dat.

d.l. scire 13. hoc tit.

nis, quæ

nis quæ non sit etiam iustissima excusationis, infert ex eo, Permittendum igitur iis esse vt à sententia excusationem auferente possint appellare, nec summoueantur præscriptione, si decreto acquieuerint à quo non appellarunt, Ea namque illatio est quæ verbis illis continetur, *Aduersus denique sententias auferentes eis excusationes licentiam habebunt appellandi*, Idémque ferè sensus est *d. l. tutores* 18. *C. hoc tit.* Ergo vt ad Paulum redeamus cùm sit ipso iure tutor is qui decreto datus fuit non solùm antequàm excusatio eius reiiciatur, sed & antequàm excusetur non est dubitandum quin proposita in specie tutela illa quæ per prius decretum data fuerat in quartam, euaserit in tertiam ipso iure post amissam excusationem. Quo adn. illo illud relinquitur, vt ab ea tutela, quæ per posterius ex duobus supradictis decretis data est, & quæ nunc quarta inuenitur perinde excusari tutor possit, atque poterat tempore decreti quo erat quinta. Perinde namque iusta est excusatio à quarta tutela, atque à quinta. Et hoc est quod Paulus concludit illis verbis *Potuit ergo à tutela eius qui nunc quarto loco inuenitur, excusari.* Quod addere necesse fuit, quia non priùs incipit locus esse quæstioni An excusari quis possit à quinta tutela, quàm certum esse cœperit non esse amplius locum excusandæ quartæ. An non enim stultus esset qui quæreret, Vtrum se habeat excusandum à quinta tutela is, qui à quarta iam se excusat: Hoc verò si ita sit difficile est intelligere quis possit esse sensus eius versiculi qui sequitur apud Paulum *sed cùm non sit excusatus, necessariò subeundum est onus illius quoque tutelæ.* Nec enim bona est consecutio, vt quis tutelam ideo suscipere cogatur quod nondũ sit excusatus si modò excusari adhuc possit. Iam verò ex Paulo diximus posse hunc excusari cui quinta tutela decreta fuerat. Quidni verò posset? Nisi fortè ponderes elapsa iam esse tempora intra quæ debuit proponi excusatio. Sed non tractari à Paulo casum hunc apparet ex verbis illis præcedentibus *& priùs quàm causas excusationis allegaret*, itémque ex sequentibus *vbi desiit ei competere excusatio*: quæ probant amissam ab hoc tutore excusationem non propter lapsa tempora, sed propter defunctum intra tempus proponendæ excusationis vnum ex pupillis quorum idem tutor iam tutelam administrabat. Quid enim referret an defunctus esset necne si lapsus temporis iam ademisset excusationem? Sed neque potuit currere tempus excusationis allegandæ aduersus quintam creationem, quandiu excusatio potuit aduersus quartam admitti *l. diximus 4. eo. tit.* si modò sciri possit cuiusnam decretum fuerit tempore anterius *l. si duas 6. eod.* An ergo dicemus quod à quibusdam tentatum audio, totum illũ versic. esse inepti interpretis, vt & illa præcedentia *qui potuit excusari* quæ in Pand. Flor. asteriscis sunt inclusa. Mouent illa etiam, quæ apud Paulum sequuntur: Sic enim subiicit, *Nec me mouet quòd dicat aliquis, Hócne exigi an administretur tutela? Hóc enim eò pertinet ne sit finita administratio. Cæterùm si periculum sustineat cessationis puto eo imputandam eam quoque tutelam.* Quorum verborum is haud dubiè sensus est, vt velit Paulus diluere obiectionem quæ fieri poterat contra id quod proximè & immediatè scripserat, Posse tutorem de quo agimus excusari à tutela eius qui nũc quarto loco inter pupillos eundem tutorem habentes inuenitur, Obiectio illa est, Ad excusandum eum qui tres tutelas habere dicatur requiri vt non tantùm tutor ille sit, sed etiam vt habeat administrationem. Si quis enim ob honorem solum tutor conscriptus sit vt loquitur Modestinus in *l. Spadonem* 15. *§. si ciuitatis D. hoc tit.* id est si quis tutor sit honorarius, quamuis ad eum tute-

d. l. tutores 18. *C. hoc tit.*

d. l. si is qui 31. *D. eod.*

l. Spadonem 15. *§. si ciuitatis D. hoc tit.*

l. quòd si forte 14. §. 1. D. de solut. *d. § si ciuitatis & l. pen. D. de tutor. & cur. dat.*

lx periculum pertineat *l. quòd si forte 14. §. 1. D. de solut.* constat tamen non connumerari tutelam hanc inter eas quæ excusationem tribuere possunt, non magis quàm si quis magistratus periculo suo tutorem treauerit, aut fideiusserit pro tutore *d. §. si ciuitatis l. pen. D. de tutor. & cur. dat.* Atqui in proposita specie tutor de quo tractamus nullam habuit quartæ tutelæ administrationem in id vsque tempus quo de quinta quoque tutela agatur, Ponimus enim numquã eũ se immiscuisse administrationi, neque quandiu pupillus vixit cuius tutela fuerat primùm tertia, neque post ipsius mortẽ, sed etiã hodie velle se ab vtraque tutela excusare, Nec minùs à quarta quã diximus iã in locũ tertiæ ipso iure subrogatã esse, quá à quinta quæ nõ nisi quarta esse potest, Ratione illa vtrique cõmuni quòd vtraque tutela & quarta & quinta eo tẽpore decreta sit quo hic tutor iã tres tutelas administrabat, Vt proinde inspecto vtriusque decreti tẽpore dubitandum non sit quin vtrumque decretum contra leges scriptum videatur, neque possit ex postfacto conualescere quod ab initio non tenuit, quamuis decesserit vnus ex pupillis cuius tutela causam præbebat excusationi. *arg. l. quod initio 29. & l. pen. De reg. iur.* Ergo quamuis verum sit quod Paulus pro vero habet, vt quarta tutela in locum tertiæ ipso iure subrogata sit non tamen erit bona consecutio, vt excusari possit hic tutor ab alia quæ incipiat esse quarta, cùm sit verum tertiam numquam fuisse administratam. Huius verò syllogismi propositionem maiorem Paulus satis obscurè & intricatè suo more expressit his verbis *Dicat aliquis, hócne exigi an administretur tutela*, pro eo quod voluit dicere dixissétque apertiùs *nonne hoc exigitur vt tutela administretur?* Nec multò dilucidior responsio est quæ adfertur in illis sequentibus *hoc enim eò pertinet ne sit finita administratio.* Sensus responsionis est, Quod dicitur non alium tutorem ob susceptam tutelam excusari posse quàm qui habeat administrationem, eò pertinere vt nihil prosit tutori quòd habeat tutelam, quam administrare amplius non possit, siue aliquando potuerit, nunc verò non possit puta si reipublicæ causa abesse cœperit, aut suspecti accusationem passus sit, aliúsque in eius locum curator datus fuerit vt in *l. quæsitum 12. D. de tutel. dict. l. quod si forte 14. §. 1. D. de solut.* siue numquam potuerit administrare vt puta si non nisi honorarius tutor fuit. Cæterùm si & possit & debeat administrare, nec tamen velit, perinde tamen tutela hæc imputabitur ei numero qui necessarius est ad præbendam excusationem, quia exinde sustinet periculum propriæ cessationis, quod sufficit. *l. si quis tutor 60. D. de rit. nupt.* Addidi *propriæ cessationis* vt excludam tutelas honorarias, Nam & illæ sustinent periculum alienæ cessationis cùm imputari possit tutori honorario, non cur minimè administrauerit, nec enim potuit, tametsi plus iuris habeat saltem in accipienda solutione à debitoribus pupillaribus, quàm si administratio ei interdicta esset *dict. l. 14. §. 1.* Sed cur non fecerit suspectum tutorem qui poterat & debebat administrare *l. quoties 9. §. penultim. l. actus sui 19. D. de administr. tutor.* iunct. *dict. l. quòd si forte 14. §. 1. De solut.* Atqui hic tutor de quo agimus propriæ cessationis periculum sustinet ex quo die prius decretum cœpit eum tenere post amissam excusationem per obitum vnius ex pupillis quorum tutelam iam administrabat. Ergo imputanda ei est hæc tutela, non minùs quàm si eam administrasset: Quin etiam, quod mirabilius est, in suprascripta specie delatis simul duabus tutelis tertia & quarta, etiamsi tutor quartæ priùs se obstrinxerit nulla excusatione allata quòd sciret non posse se recusare tria onera tutelarum, mallet autem quartam suscipere quàm tertiam cui se iam ipso iure

l. quæsitum 12. D. de tut. d. §. 1. l. quòd si forte 14. de solut.

l. si quis tutor 60. D. de rit. nupt.

l. quoties 9. §. penul. l. actus sui 19. D. de adm. tutor.

obstrictum esse per imperitiam fortasse iuris non putabat, placet tamen grauius eum sustinere periculum pro tertia quàm pro quarta. Quartæ siquidem periculum non sustinet nisi ex quo iussus est administrare *l. qui iussus 17. l. qui negotiationem 58. §. testamento* D. *de admin. tutor.* quod esse potuit multo tempore post decretum cuius nulla potestas esse debuit ad obligandum ipso iure tutorem vt quartam hanc tutelam susciperet quæ decernebatur contra leges, Quousque secutus esset iussus administrandi quem tamen sequi fuit necesse contra eum tutorem qui numquam se voluit excusare cùm posset. Tertiæ verò tutelæ periculum sustinet ex quo die datus fuit vt idem Paulus scribit in *d. l. si is qui §. illa quoque* post Papinianum in *l. tutores 39. §. tutor datus* D. *de admin. tutor.* id est non ex die decreti interpositi, sed ex quo demùm die primum illud decretum cœpit eum tenere ipso iure post amissam excusationem, quæ prioris decreti tempore competebat. Atque hæc proculdubio Pauli sententia est, Ex qua cùm appareat tractari ab eo casum illum quo tutor noluerit se excusare à quarta tutela, cùm posset, nihil certæ causæ est cur versiculum de quo quærimus aut inepto interpreti aut alij quàm Paulo ipsi tribuamus. Debet enim sibi imputare qui competente sibi excusatione vti noluit, acsi vel passus esset se confirmari vt in *l. Caius 16. D. hoc tit.* vel administrationi se vltrò immiscuisset vt in *l. idem Vlpianus 12. §. qui non iuste eod. tit.* Nihil enim interest an quis se administrationi immiscuerit, an vero in eum statum se coniecerit vt iubere & cogi possit administrare, quomodo iubere & cogi potest quisquis tutor datus neque excusauit se, neque appellauit *l. non quasi 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.* Nisi quod hoc posteriore casu tenetur tantum ex die quo administrare iussus est, vt Paulus ait in *d. §. illa quoque*, quia prius decretū non valuit, nec tam potestate prioris decreti tenetur quàm potestate posterioris cuius interponendi necessitas sicut ex vicio prioris proficiscitur, ita nouam iustam causam habere debet, ne alioqui eodem vicio laboret, quo priùs. Habet autē pro causa voluntatē tutoris nolentis se excusare. Cū si prius decretū valuisset, exinde obligatus esset tutor, non ex quo tantū die administrare iussus esset *d. l. tutor 20.* D. *de adm. tut. l. pro officio 20. C. eo.* Ergo inter hæc duo decreta quibus quarta & quinta tutela contra leges data est, illa erit differentia, quod decretū prius ad quartā tutelā pertinēs confirmatur ipso iure & obligat tutorem per amissionē excusationis solam, Posterius verò per omissionem excusationis nec ipso iure, sed per subsecutum administrandi iussum, quia sola excusationis omissio non facit quin ea tutela sit quarta, ac proinde extra legitimum numerum, quod non similiter contingit in alia quæ priùs quarta postea facta est tertia. Aliud igitur Paulus respondisset si tutor hic non minùs à quarta tutela quàm à tertia se excusasset. Aut enim admissa fuisset excusatio, aut ob non admissam eam habuisset ille iustam appellandi causam. Et hæc quidem ad illā Pauli locū satis alioquin obscurum dixisse sufficiat. Nisi quod addendum est ex *§. idem euenire eiusd. leg.* nihil referre an ei qui iam tres tutelas habebat aliæ duæ daræ sint diuersis decretis, an verò diuersis testamentis. Nam & hoc casu priùs data tutela à qua potuit tutor excusari cōfirmabitur faciétque illum tutorem ipso iure, ac nullo magistratus facto interueniente si pupillus ante allatam excusationem decesserit aliquis ex tribus priorum tutelārum, Posterior verò non aliter quàm si ob omissam priorum excusationem iussus sit à magistratu administrare: quod ipsum vix est vt fiat nisi post elapsa tēpora excusationum. At quia ex hoc ipso apparet multum interesse vtra ex tutelis prior sit, aut

l. qui iussus 17. l. qui negotiationem 58. §. testamento eod.

d. l. si is qui §. illa quoque hoc tit. l. tutores 39. §. tutor datus de adm. tutor.

l. Caius 16. D. hoc tit. l. idem Vlpianus 12. §. qui non iuste eo. tit.

l. non quasi 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for.

d. l. tutor 20. D. de adm. tut. l. pro officio 20. C. eo.

§. idem euenire d. l. si is qui.

posterior, Monet Paulus si quæratur in hac specie quænam prior delata sit, nō tempus testamenti, aut apertarum tabularum inspici debere sed vel aditæ hereditatis si testamento vtroque tutores purè dati fuerunt, aut existentis condicionis si sub condicione, quomodo posse illos testamento dari non ambigitur *l. si quis sub condicione* 11. D. *de testam. tutel. l. 3. §. idem erit quærendum D. de suspect. tutor.* An quia tutelarum dies nec à die mortis cedit nec ab apertis tabulis non magis quàm libertatum aut vsusfructus legati sed ab adita demum hereditate si pura fuit datio, aut à die condicionis existentis si condicionalis, *l. 2. in princip. D. hoc tit.* Ita vulgo nostri putant post Bart. Sed hoc refutauimus in præcedentibus, cùm docuimus tutelas proficisci protinus à testatore ex *l. tutores* 7. D. *de testam. tutel.* Nec requiri aditionem hereditatis nisi tanquam condicionem sine qua non valerent tutelæ vt nec cætera legata vel fideicommissa quorum dies tamen cedit à morte testatoris *l. si nemo* 9. *eod. tit.* Quod tamen diximus de tutela condicionali, intellige etiam admissa Bartoli opinione, si cō dicio extiterit post aditam hereditatem. Nam cùm existentia condicionis nihil aliud faciat nisi vt datio quæ fuerat condicionalis fiat pura, ridiculum esset putare priùs cedere diem tutelæ condicionalis cuius condicio ante aditionem extitisset, quàm dationis puræ *l. pen. §. 1. D. hoc tit. l. si nemo* 9. *D. de testam. tutel.* Cùm tamen tutela nulla hereditario iure ad alium transeat *l. tutela* 16. *§. 1. D. de tutel.* superuacuum videtur quærere an tutelæ dies cedat ante aditam heredi tatem, quomodo in vsufructu legato ratiocinatur Vlp. in *l. 3. D. quand. dies legat. ced.* Etsi Tribonianus in *l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.* tractans de legatis quorum dies non cedit nisi ab adita hereditate, præsertim verò de libertatibus & vsufructu, nihil tamen adiicit de tutelis. Idcò fortasse quia tractat eo loco de legatis tantùm & de fideicommissis, Tutelæ autem nec legata sunt nec fideicommissa quia nec defuncti patrimonium delibant, ex quo potissimùm legata & fideicommissa æstimantur *l. legatum* 116. *de legat.* 1.

l. 2. in princ. D. hoc tit.

l. 3. D. quād. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.

Casus in quo potest quis licitè in quarta quoque tutela retineri.

ALius etiã casus est in quo quis potest licitè in quarta quoque tutela retineri nec vllam habet excusationem, is est si pupillum vnum ex iis quorum tres tutelas susceperat, abstinuerit bonis paternis, vt tractat idem Paulus in *d. l. si is qui §. cum qui*, vbi rationem addit, Quasi videatur hic tutor tertiam tutelam deposuisse hoc ipso quod deposuit curam administrandi patrimonij pupillaris. Ponimus enim patrimonium pupilli non in aliis bonis quã in paternis consistere, Alioqui & sententia, & ratio Pauli falsa esset, quæ tamẽ æquissima est abstento pupillo qui paterna tantùm bona habuit, Etsi enim nō eo minùs verum est heredem illum esse patris etiam post abstentionem *l. cùm quasi* 30. *§. sed etsi suus* D. *de fideic. libert.* non tamen habetur à Prætore heredis loco *l. si filius* 12. D. *de in interrog. in iur. fac.* nec patrimonium vllum habere intelligitur, quia ex die abstentionis bona paterna fiunt sub creditoribus *l. quoties* 44. D. *de acquir. hered.* iunct. *l. necessarys* 57. *eod. l. paterfamilias* 28. *de reb. auctor. iudic. possid. aliàs l.* 13. *De priuileg. credit.* Et consequenter nullum onus sentit tutor ob hanc tutelam, qui nihil administrandum habet, ne quidem personam ipsam pupilli cui principaliter & directò datus fuerat, quia nec de suo pupillum alere tutor cogitur *l. vlt. C. de alim. pupill. præst.*

d. l. si is qui §. cum qui.

l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fid. libert.

l quoties 44. D de acq. hered.

l. vlt. C. de alim. pupill. præst.

Peri-

Periculum tutelæ in magistratu non esse pro tutela ad excusationem.

EAdem ratio facit vt neque trium tutelarum numero adscribendum sit si fortè magistratus incidente ei creatione obnoxium se fecerit periculo tutelæ dando tutorem minus idoneum sine fideiussore saltem idoneo, Aut si quis fideiusserit pro tutore, Aut denique si tutor honorarius factus sit. Hi enim omnes etsi sunt expositi periculo tutelæ nullam tamen tutelam administrant, nec propriæ cessationis periculum vllum incurrunt, ideóque nec vllum tutelæ onus suscepisse videntur, vt suprà attigimus ex *l. spadonem* 15. *§. si ciuitatis* D. *hoc tit. l. pen. D. de tutor. & curat. dat.* Nec enim tutelæ periculum quod est sine administratione tutelæ onus dici potest, cùm fieri possit vt numquam eo nomine teneatur is cuius periculo fuit administratio, Nempe si is qui administrauit rectè ac ex pupilli vtilitate administrasse quandocumque probetur. At ipsa tutelæ administratio sicuti absque periculo esse vix potest, ita fieri nequit vt non sit onus, cùm quanto meliùs quis administrat, tantò maiorem diligentiam & sollicitudinem necesse sit vt conferat in res pupillares. Quæ porrò de pupillis & tutoribus diximus, ea intelligenda sunt dicta etiam de minoribus & curatoribus: In paucissimis enim distant illi quantum ad alia, Quantum verò ad hoc in nullo penitus *l. scire* 13. *in princ.* D. *hoc tit.*

l. spadonē 15. *§. si ciuitatis. l. pen. D. de tutor. & curat. dat.*

De illo qui tutelam filij sui emancipati administrat.

ILla dubitatio non inelegans est, quam ex Vlp. Modestinus proponit in *d. l. spadonē §. Vlpianus alias l. si quis eo.* Si quis inter tres tutelas emãcipati filij sui tutelam administret, quæ legitima parentum tutela dicitur, An in numero trium onerum hæc quoque tutela esse debeat. Ratio dubitandi est quia licèt huiusmodi quoque tutela administrationem habeat cum periculo coniunctã, Paterna tamen adfectio facere videtur, vt non debeat pater sollicitudinem hanc oneri adscribere, non magis quàm quòd suũ patrimoniũ ingens fortasse ac amplum curet. Nec enim quod filius emancipatus habeatur extranei loco post emancipationem *l. quinetiam* 55. *in fin. D. de rit. nupt.* facere debet vt paternæ adfectionis ratio penitus extincta videatur, cùm non eò minùs remaneat naturaliter filius, quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere nunquam potest *l. eas* 8. *D. de capit. minut. §. vlt. supr. de legit. agnat. tutel.* Quam ob causam solet etiam Prætor rescissa emancipatione perinde conseruare successionis iura inter patrem & liberos emancipatos acsi nulla emancipatio interueniisset *l. 3. §. si emancipatus & tot. tit. De bonor. poss. contr. tab.* Sed tamen rescriptum est vt suprà dicto loco Modestinus refert, Emancipatæ quoque filiæ tutelam (in filio idem iuris est) numerari inter onera oportere. Quidni verò? Cùm non minùs incõmodi & sollicitudinis ex huiusmodi tutela sentire patrẽ necesse sit, quã ex alia qualibet. Atquin etsi post tres alias tutelas à patre susceptas hæc ei deferretur, non posset ille iure publico habere excusationem quia contra naturales stimulos facere videretur si se vellet excusare *l. amicissimos* 36. *§. vlt. D. hoc tit.* Sed ex hoc apparet tantò magis permittendum ei esse, vt ob hanc tutelam cum duabus aliis susceptam possit se excusare à cæteris postea delatis, cùm in eo nihil facturus sit contra stimulos naturales. Longéque facilius est vt se excuset pater filij emancipati ob tutelam legitimam, quàm vt à tutela legitima, Quia legitimi tutores ferè nullam habere possunt excusationem sicut neque excusant se à successione cuius intuitu lex facit eos tutores. Planè si interfit pupilli vt alius in locum legitimi tutoris detur curator, non solùm permittitur legitimo tu-

d. l. spadonē 15. *§. si ciuitatis.*

l. pen. D. de tutor. & curat. dat.

d. l. spadonē §. Vlpianus alias l. si quis hoc tit.

l. amicissimos 36. *§. vlt. hoc tit.*

l. non solùm 10. § si libertus l. scire oportet 13. l. si pupillum 20. D. hoc tit.

tori vt se excuset, sed etiam si excusare se nolit remouendus est à tutela *l. non solùm* 10. *§. si libertus l. scire oportet* 13. *l. si pupillum* 20. *D. hoc tit. Dicemus infra ll.* 7. *De tempor. excusat.*

Tres tutelæ non præbere excusationem quantum ad cætera onera.

l. 3. C. de excus. muner. lib. 10.

PRætermittendum illud non est, tres tutelas etiamsi præbeant excusationẽ ne quis tutelam quartã suscipere cogatur, nihil tamen prodesse ad immunitatem quantum ad cætera onera *l. 3. C. de excus. muner. libr.* 10. *tit.* 47. An quia cætera munera sint fauorabiliora? Minimè. Nam è contrario data generaliter immunitate semper tutelæ exceptæ intelliguntur nisi cùm aliter expressum est vt in *l. si duas* 6. *§.* 1. *l. Geometra* 22. *D. hoc tit.* iunct. *l.* 2. *C. de excus. artific. lib.* 10. *tit.* 64. aut cùm plenissima immunitas concessa est vt etiam tutelæ comprehendãtur *l. non tantum* 17. *§.* 1. *&* 2. *D. hoc tit.* Sed quia nihil simile aut commune habent onera tutelarum cum cæteris oneribus & muneribus reipublicæ *d. l. si duas* 6. *alias l. athletæ §. tutela* D. *hoc tit.* Estque longè durius vt quis plura quàm tria onera eiusdem condicionis sustineat, quàm si essent diuersæ condicionis. Nam & simili propemodum ratione sic comparatum videmus, vt cuius tutelam quis habuit eius curam suscipere non cogatur, quamuis non nisi vnicum fuerit illud onus *§. qui tutelam hoc tit. l. curator* 20. *C. eod.* Nimirum quia duo onera, etiam diuersis temporibus cogi quem suscipere pro eadem persona durum ac inciuile esset, cùm tria pro tribus sustinere non æquè durum existimetur. Si quis tamen circa Senatorum tutelam occupatus sit non debet vocari ad curiales necessitates *l. 2. C. de tutor. vel curat. illustr. person.* vbi Baldus recte notat, Occupatum circa maiora non debere vocari ad minora. Quod ita intelligendum est si minora illa talia sint, vt ad ea vocari nõpossit quin hoc ipso à maioribus reuocetur. Tales enim sunt Curiales necessitates quæ quotidianã præsentiam & diligentiam exigunt.

l. 2. C. de tutor. vel curat. illustr. person.

De excusatione ob translationem domicilij.

ALia est excusatio quæ competit etiam iis qui iam sint tutores & curatores, vt scilicet continuò & statim de reliquo, id est in futurum absoluantur à sollicitudine, Nempe si domicilium aliò transtulerint ex rescripto Imperatoris scientis quidem tutorem eum esse, transmigrare autẽ cõcedentis ei expressim & horum alterutrũ literis significãtis *l. idẽ Vlpianus* 12. *§.* 1. *D. hoc tit.* Nam cùm tutela sit onus & quidem personale, impossibile est vt illud in vna prouincia subeat is, qui in aliam prouinciam migrat siue cogente & ita iubente Principe vt in *l. certa forma* 4. *C. de iur. fisc. lib.* 10. siue id expressim ei petenti concedente vt in *d. §.* 1. dũmodò hoc casu posteriore sciat Imperator tutorẽ illũ esse qui migrandi licentiã postulat. Hoc enim requiritur quoniã alioqui credendus est Imperator non ita facilè concessurus fuisse illã migrandi licentiam ex qua pupillus damnum amissi tutoris sentire possit. Ea verò omnia exprimenda sunt & narranda Principi quæ possent eum difficilioremẽ reddere ad cõcedendam gratiam, Alioqui obreptitium est rescriptum ac proinde nullius omnino momenti *l. vlt. C. de diuers. rescript. l.* 5. *§. manet* D. *de reb. eor. qui sub tut. l. si quis obrepserit* 29. *D. de leg. Cornel. de falsis.* Nõ tamen requiritur vt Princeps expressim tribuat immunitatẽ à tutela sed sufficit vt literis suis alterutrum significet, Nimirum, velle se vt hic qui transmigrandi licentiam postulat liberetur à solicitudine, Vel vt quãuis tutor sit, nihilominùs transmigrandi habeat facultatem. Nec enim credendus est Imperator beneficio suo impetrantem obstrinxisse

l. idem Vlp. 12. §. 1. D. hoc tit.

l. certa forma 4. C. de iur. fisc. lib. 10.

obstrinxisse ad onus impossibile subeundum, & quidem cum pupilli incommodo,& aduersus ipsius pupilli vtilitatem. *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Et verò cur non translatio domicilij proderit ad eximendum quem à tutela, cùm diuersitas prouinciarum soleat etiam tribuere excusationem à tutela suscipienda, vt dicemus in sequentibus, *ex l.non solum* 10. §. *& qui in testamento l. illud* 19. *l.propter litem* 21. §. *licet & seq. eod. tit.* Planè si translatio domicilij esset voluntaria, nec aliam causam vel autoritatem haberet quàm voluntatem tutoris, non deberet vtique illi prodesse, quia nunquam debet in potestate tutoris esse vt se eximat *l.nec ei* 17. §. 1. *D.de adopt.*

l.pen. §. D.hoc tit.

l.non solum 10. §. qui in testamento l illud 19. l. propter litē 21. §. licet & seq. eod. tit. l. nec ei 17. §. 1. D.de adopt.

De excusatione ob inquilinatum.

SOlent etiam inquilini castrorum excusari à tutela *l.non tantum* 17. §. *vlt. D.hoc tit.* quia cùm sint aduenæ non sunt onerandi pro cæteris qui prouinciales sunt & originarij, ad quorum onus proculdubio pertinet vt prouincialium & originariorum ac municipum suorum tutelas obeant, nec in aduenas & inquilinos reiiciant. Excipiuntur tamen tutelæ illorum, qui & ipsi inquilini sunt & in eodem castro, in eádémque condicione, vt Callistratus subiicit *in d.§.vlt.* Ne alioqui magno incommodo afficiantur huius cõdicionis homines si eorum liberis hanc pietatẽ præstare nemo velit, quam nec illi aliorum liberis præstare volunt, vt ipsorum tutelas suscipiant. Nec enim mutua inuicem onera recusare possunt aut debent, qui in eadem sunt naui & condicione. Sic idem Callistratus *in d.l.non tantum* 17. §. 1. posteaquàm dixit Ilienſibus propter inclytam nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanę plenissimam immunitatem tributam esse vt etiam tutelæ comprehendantur, subiicit *scilicet eorum pupillorum qui Ilienses non sint.* Non enim priuilegium vllum esset Ilienſium, sed incommodum maximum si pupillis Ilienſibus, ne quidem Ilienſes dari tutores possent. Quis enim alius cogi honestè posset vt pro Ilienſibus eam curam susciperet, quam Ilienses ipsi nec pro suis nec pro alienigenis subire vellent? Pendet hoc nimirum ex Principio illo iuris naturalis, *Quod tibi fieri vis, alteri feceris.* Iunge *l.sed et milites* 8. §. *vlt. l. spadonem* 15. §. *si quis autem tutor* 3. *l.propter* 23. §. 1. *l. administrantes* 41. §. *vlt. eod. tit. l.pen. C. eod.*

d.l.non tantum §.1.

l.sed & miles 8. §. vlt. l. spadonem 15. §. si quis autem tutor 3. l. propter 23. §. 1. l. 41. §. vlt. D. hoc tit. l.pen. C eod.

De excusatione ob diuersitatem prouinciarum.

DIuersitas prouinciarum vna etiam est ex causis propter quas potest quis excusationem & remissionem petere à tutela, scilicet si quis se dicat ibi domicilium non habere vbi tutor datus est: idque Imperator Antoninus cum Diuo patre significauit, teste Paulo *in l.vlt. in fin. D.hoc tit.* Iam enim satis per se magnum onus tutela est, tum quoque cùm is qui tutor datus est administrationem gerendam habet in loco sui domicilij; vt non prætereà sit cogendus domicilij locum deferere, ad res pupillares in alia prouincia administrandas. Nam & ob hanc causam receptum videmus vt non facilè permittendum sit euocari quem ab vna ciuitate in aliam ad ferendum testimonium nisi sic ferat loci consuetudo *l.3. §. vltim. D.de testibus* iunct. *l. sed si quis 7. D.de testam. quemadm. aper.* Denique tutela onus quidem est sed necessarium, id est necessariò subeũdum ab aliquo, ne pupilli sint & maneant indefensi: Proinde nemini iniungendum est, nisi quatenus fert necessitas vtilitatũ pupilli, ex quibus æstimanda sunt, vt sæpius monuimus, omnia,

l.vlt. in fin. D.hoc tit.

l.3. §. vlt. de testib. iunct. l. sed si quis 7. D. testam. quem. aper.

§ 18 ius l. f. pro

quæ circa tutelas conſtituuntur. Nulla autem ſubeſt neceſſitas creandi tutoris in vna prouincia, qui res in alia ſitas adminiſtrare cogatur, cùm nihil prohibeat plures pro diuerſitate prouinciarum tutores conſtitui inter quos diuidatur adminiſtratio. Neque verò tutorum duntaxat vtilitas hoc ius euicit, ſed etiam pupillorum. Adeò vt ſi tutor, qui hanc excuſationem allegare potuit, non tamen eam allegauerit intra conſtituta tempora, debeat nihilominùs iudex alios ei curatores adiungere ſi tutorem inſufficientem eſſe videat ad bonorum in diuerſis prouinciis ſitorum adminiſtrationem *l. teſtamento* 11. C. *hoc tit.* iūct. *l. 2. eod.* Quis enim credat tam benè adminiſtratum iri res pupilli à tutore qui in alia prouincia domicilium habeat, atque ſi in ea prouincia vbi pars bonorum ſita eſt, alium tutorem haberet? In ſumma iuſtior excuſatio tutoris nulla eſt, quàm quæ ipſius quoque pupilli vtilitatem admixtam habet *l. humanitatis* 23. *C. hoc tit.*

l. teſtamento 11. *C. hoc tit. iunct. l. 2. eod.*

l. humanitatis 23. *C. eo.*

De *tutore liberando ab adminiſtratione rerum quæ ſunt in alia prouincia.*

AD hanc excuſationis cauſam pertinet reſcriptum illud cuius iam meminimus ex Paulo in *d. l. vlt.* relatū à Modeſtino in *l. non ſolùm* 10. *§. & qui teſtamento* D. *eod.* quo diſertè conſtitutum eſt vt tutor teſtamento datus ſi ante præfinitum diem adeat præſidem prouinciæ debeat impetrare vt ab adminiſtratione rerū quæ in alia prouincia ſunt liberetur. Etſi autē non niſi de teſtamentariis tutoribus reſcriptum loquitur, dubitandum tamen non eſt quin ad datiuos quoque pertineat, Exemplo eius quod de conſtitutione dante excuſationem ob liberos ſuprà diximus ex eodem Modeſtino in *l. 2. §. hoc autem eod. tit.* Vtroque enim caſu eadem dubitandi ratio eſt, Nempe quòd tutor ſicuti datur perſonæ, quæ vnica & indiuidua eſt, ita & ad vniuerſum patrimonium datus intelligatur, vt ratiocinatur Marcianus in *l. propter litem* 21. *§. licet datus tutor, eo.* Et certè ita eſt, & ob id nimirum vtroque caſu indiget excuſatione vt liberetur ab adminiſtratione rerum in alia prouincia exiſtentium, quamuis nō ideò à tutela ipſa liberetur. Ratio autem decidendi vtroque caſu eadem illa eſt, quā in præcedentibus attulimus, ſumpta partim ex perſona tutoris ne ſupra modū oneretur, partim ex perſona pupilli, ne res ipſius in alia prouincia ſitæ minùs diligenter tractentur. Itaque Marcianus in *d. §. licet* poſtquàm dixit Tutorem etiamſi ad vniuerſum patrimonium datus ſit, poſſe tamen ſe excuſare ne vltra centeſimum lapidem tutelam gerat, niſi in eadem prouincia pupilli patrimonium ſit, ſubiungit *& ideò illarum rerum dabunt tutores in prouincia Præſides eius.* Loquitur enim toto illo §. *de tutoribus datis*, & vt loquuntur, datiuis, vt & *l. 2. C. eod.* Sic & Vlpianus in *l. illud* 19. *eod. tit.* illud vſitatiſſimum eſſe ait vt his, qui in Italia domicilium habent adminiſtratio rerum prouincialium remittatur. Eſt igitur iſta excuſatio non à tutela vt cæteræ ſed à parte adminiſtrationis, manente nihilominùs tutela. Sed quid ſi proponatur is qui tutor datus fuit oriundus eſſe ex prouincia, & tamen habere domicilium Romæ, ita vt & prætor eum dederit Romæ & Præſes in prouincia, (poteſt enim quis prout ſuppoſitus eſt iuriſdictioni magiſtratus ita & ab eo tutor creari non aliter *l. ſcire oportet* 13. *§. vltim.* D. *hoc tit.*) An poterit aliquam habere excuſationem? Vtique poterit, non quidem Romæ vbi domicilium habet, ſed in prouincia ne adminiſtrationem ibi ſuſcipere cogatur, quia quod oriundus eſt ex prouincia facit quidem vt rectè tutor datus ſit à præſide Prouinciæ, ſed non adimit ei excuſa-

d. l. ſcire oportet §. vl.

excusationem quâ haberet si ex vrbe oriundus quoque esset, Nisi ponas quod tamen perdifficile est vt habeat domicilium etiam in prouincia, quòd in vtroque loco æquè sit instructus. Quo casu nullam quidem poterit ille habere excusationem, Sed ad vtriusque magistratus officium pertinebit, vt videat an hic tutor vtrique administrationi sufficiens esse possit, Vt si minùs sufficiens videatur alius tutor creetur, vel curator ei adiungatur, siue vrbanarum rerum, siue prouincialium, Perinde acsi domicilium vnicum haberet & à sui domicilij magistratu datus tutor esset ad vniuersum patrimonium, cui tamen administrando par esse non posset, nec eo magis vellet ille vti excusatione sibi competente. Quid enim pupilli refert cuius vtilitates offenduntur, an tutor vniuersi patrimonij administrationem ideò suscipiat, quòd à duobus magistratibus tutor rectè datus sit, An quia nolit se excusare? *dicta lege 2. l. testamento 11. C. hoc tit.* Planè si vtrobique administrationem susceperit, nec pupilli vtilitas aliud suadeat, non ideò duas tutelas administrare videbitur, sed vnam duntaxat. Nec enim vnius pupilli duo patrimonia esse possunt, inquit Papin. in *l. iurisperitos 30. §. 1. D. eod.* non magis quàm vnius hominis defuncti duæ hereditates *l. si certarum 17. §. 1. D. de testam. milit.* Neque verò sola creationum diuersitas & magistratuum qui creauerunt & locorum vbi sita sunt bona diuersitatem tutelarum inducere potest, sed sola diuersitas & pluralitas pupillorum. Ex qua ratione apparet, vt hoc obiter subiungamus, Quoties quæritur quis tutorem dare possit, An magistratus eius loci in quo pupillus domicilium habet, an potiùs illius loci in quo sunt pupilli facultates, Iudicem domicilij præferendum esse tanquam qui habeat iurisdictionem in personam ipsam pupilli, cui proinde tutorem dare possit ad vniuersum patrimonium, etiam quod alibi, siue maiori ex parte, siue totum consistere proponatur, dummodò tutorem det eum qui etiam domicilium habeat in eodem territorio, siue tanquam ciuis, siue tanquam incola, Nec aliter se in eo debere interponere magistratum loci in quo sunt facultates quàm si tutor ab alio magistratu datus, aut se excuset ab administratione rerum in alia prouincia constitutarum, aut inueniatur minùs sufficiens ad vniuersum patrimonium administrandum. Atque ita intelligi debet quod scriptum est in *l. pupillo 27. D. de tutor. & curator. dat. & in l. vnic. C. vbi petant. tutor.* vt scilicet ad iudicem loci facultatum ea iurisdictio & cura pertineat secundariò, vt loquuntur & subordinatè eo demum casu quo tutor datus à iudice domicilij vniuersum patrimonium administrare, vel nolit, vel non possit: Aut si fortè magistratus eius loci in quo pupillus domicilium habet negligentior fuerit in dando tutore. Idque ita esse apparet tam ex iunctis legibus supradictis quàm ex *l. magis puto 5. §. illum quari potest D. de reb. eor. qui sub tutel.* Maximè verò ex *dicta lege propter litem 21. §. licet D. hoc titu. l. neque à Præside 5. C. qui dar. tutor. vel curator. poss. leg. 1. §. vltim. D. de tutor. & curat. dat.*

d. l. 2. l. testamento 11. C. eod.

l. iurisperitos 30. §. 1. D. de testamilit.

l. pupillo 27. D. de tutor. & curat. dat. l. vnic. C. vbi pet. tutor.

l. magis puto 5. §. illud quari potest D. de reb. eor. qui sub tutel. l. propter litem 21. §. licet D. hoc tit. l. neque §. C. qui dar. tut. vel cur. poss. l. 1. §. vlt. D. de tutor. & cur. dat.

De excusatione ob nobilitatem ciuitatis.

NOnum hoc & perrarum excusationis genus est quod propter nobilitatem ciuitatis conceditur ciuibus, ne pupillorum qui aliunde o-

fuisse à Diuo Seuero & Antonino, non oportere ad quartam promoueri eum qui appellauit à tertia, sed pendente tertiæ creationis excusatione illius finem expectandum esse, qui æquè futurus sit terminus dubij circa quartam creationem emergentis. Idque recta, inquit, ratione. Quamuis enim appellatio dicatur extinguere iudicatum *l.1.§.vlt.D.ad SC.Turpill.l.furti* 6.§.1. *D.de his qui notant.infam.* vt proinde nullum videatur decretum tertiæ tutelæ postquàm ab eo appellatum est, Tamen ea extinctio nõ tam absoluta extinctio est quàm suspensio quædam quæ iudicati executionem differt in id vsque tempus quo de appellatione pronunciatum sit *l.si causa cognita* 32.*C.de transact.* Ac proinde si in proposita specie quartam tutelam præposiero ordine quis susciperet ante susceptam tertiam, euenirct vt post tertiam extantem & manentem iniusta tertiæ appellatione apparente, quatuor oneribus grauaretur extra & contra leges.

l.si causa cognita 32. C. *de transact.*

Si vnus ex pupillis qui iustam excusationis causam præbebat decesserit ante datam excusationem.

QVid rursum si is qui tres tutelas administrabat duobus pupillis tutor datus sit diuersis decretis, cùm posset excusari, & priusquàm excusationis causas allegaret vnus ex pupillis quorum iam administrabat tutelam, decesserit? Constat morte pupilli desiisse competere excusationem, & consequenter prius decretum tenere hunc tutorem quasi in locum tertiæ tutelæ quarta subroganda adeóque licèt deficientis tutelæ rationes nondum redditæ & purgatæ sint *l.vnic.C.qui numer. tutel.* Et ita concludit Paulus in *l.si is qui* 31. *in princip. D.hoc tit.* & addit rationem, *nam ipso iure tutor est, & antequàm excusetur.* Ex quo scilicet datus fuit, Nimirum propter vim & potestatem decreti. Non enim sufficit quòd possit quis excusari, nisi excusetur, Adeò vt si non sit admissa excusatio tùm demùm necesse habeat prouocare *l.scire oportet* 13.*in princ.eod.* non anteà, Frustra enim appellatur, id est non necessariò, quandiu excusatio allegari potest *l.1.§.si quis tutor.D.quan.appel.sit & intr. quæ temp.* cuius scilicet allegatio semper commodior est minúique exposita periculis præscriptionum quæ appellantibus opponi solent. Cæterùm si malit quis ab initio & ante propositam excusationem appellare à decreto quo tutor nominatus est, vtique non est prohibendus *l.tutor vel curator* 20. *D.de admin.tutor.l.cùm in vna* 17.§.1.*D.de appellat.l.* 4.*D.hoc tit.l.tutores* 18.*C.eod.l. pen.*D.*de tutor.& curat.dat.* Atque ita accipiendum est quod scribit Modestinus in *d.l.scire*, Aduersus sententias afferentes tutoribus excusationes licentiam iis esse appellandi, Non quasi ante sententias illas non liceat iis appellare, Sed quia post eas sententias non videretur appellatio permittenda tutoribus qui ab ipsa tutelæ datione non prouocassent, tanquam qui non ob reiectam excusationem tutores sint, sed ob præcedens tutelæ decretum, à quo nulla interposita prouocatione intra tempora constituta, non videantur postea audiendi si velint appellare. Sed non ita est, quia cùm non habeant necesse prouocare quandiu possunt se excusare, nihil est quod eis imputetur si non appellauerint, dummodò intra constituta tempora de quibus postea dicemus, allegauerint excusationem. Et ideò benè Modestinus in *d.l.scire*, posteaquàm dixit neque datos tutores, neque testamẽtarios necesse habere prouocare, nempe quia se excusare possunt, nec potest iusta esse causa appellationis, quæ

d.l. si is qui 31. *in princ. D.hoc tit.*

l. scire oportet 13. *in pri. eod.*

l.1. §.si quis tut. D.quan. appell.sit & intr. quæ temp.

l. tutor vel curator 20. *D. de adm. tut.l.cùm in vna* 17. §.1. *D.de appel. l.4. D. hoc tit.l. tutores* 18. *C.eod.l. pen.D.de tut. & cur. dat.*

d.l. scire 13. *hoc tit.*

nis quæ non sit etiam iustissima excusationis, infert ex eo, Permittendum igitur iis esse vt à sententia excusationem auferente possint appellare, nec summoueantur præscriptione quasi decreto acquieuerint à quo non appellarunt, Ea namque illatio est quæ verbis illis continetur, *Aduersus denique sententias auferentes eis excusationes licentiam habebunt appellandi*, Idémque ferè sensus est *d. l. tutores* 18. *C. hoc tit.* Ergo vt ad Paulum redeamus cùm sit ipso iure tutor is qui decreto datus fuit non solùm antequàm excusatio eius reiiciatur, sed & antequàm excusetur non est dubitandum quin proposita in specie tutela illa quæ per prius decretum data fuerat in quartam, cuaserit in tertiam ipso iure post amissam excusationem. Quo admisso illud relinquitur, vt ab ea tutela, quæ per posterius ex duobus supradictis decretis data est, & quæ nunc quarta inuenitur perinde excusari tutor possit, atque poterat tempore decreti quo erat quinta. Perinde namque iusta est excusatio à quarta tutela, atque à quinta. Et hoc est quod Paulus concludit illis verbis *Potuit ergo à tutela eius qui nunc quarto loco inuenitur, excusari.* Quod addere necesse fuit, quia non priùs incipit locus esse quæstioni An excusari quis possit à quinta tutela, quàm certum esse cœperit non esse amplius locum excusandæ quartæ: An non enim stultus esset qui quæreret, Vtrum se habeat excusandum à quinta tutela is, qui à quarta iam se excusat: Hoc verò si ita sit difficile est intelligere quis possit esse sensus eius versiculi qui sequitur apud Paulum *sed cùm non sit excusatus, necessariò subeundum est onus illius quoque tutelæ.* Nec enim bona est consecutio, vt quis tutelam ideò suscipere cogatur quod nondùm sit excusatus si modò excusari adhuc possit. Iam verò ex Paulo diximus posse hunc excusari cui quinta tutela decreta fuerat. Quidni verò posset? Nisi fortè poneres elapsa iam esse tempora intra quæ debuit proponi excusatio. Sed non tractari à Paulo casum hunc apparet ex verbis illis præcedentibus *& priùs quàm causas excusationis allegaret*, itémque ex sequentibus *vbi desijt ei competere excusatio*: quæ probant amissam ab hoc tutore excusationem non propter lapsa tempora, sed propter defunctum intra tempus proponendæ excusationis vnum ex pupillis quorum idem tutor iam tutelam administrabat. Quid enim referret an defunctus esset necne si lapsus temporis iam ademisset excusationem? Sed neque potuit currere tempus excusationis allegandæ aduersus quintam creationem, quandiu excusatio potuit aduersus quartam admitti *l. diximus 4. eo. tit.* si modò sciri possit cuiusnam decretum fuerit tempore anterius *l. si duas 6. eod.* An ergo dicemus quod à quibusdam tentatum audio, totum illũ versic. esse inepti interpretis, vt & illa præcedentia *qui potuit excusari* quæ in Pand. Flor. asteriscis sunt inclusa. Mouent illa etiam, quæ apud Paulum sequuntur: Sic enim subiicit, *Nec me mouet quòd dicat aliquis, Hócne exigi an administretur tutela? Hóc enim eò pertinet ne sit finita administratio. Cæterùm si periculum sustineat cessationis puto eis imputandam eam quoque tutelam.* Quorum verborum is haud dubiè sensus est, vt velit Paulus diluere obiectionem quæ fieri poterat contra id quod proximè & immediatè scripserat, Posse tutorem de quo agimus excusari à tutela eius qui nũc quarto loco inter pupillos eundem tutorem habentes inuenitur, Obiectio illa est, Ad excusandum eum qui tres tutelas habere dicatur requiri vt non tantùm tutor ille sit, sed etiam vt habeat administrationem. Si quis enim ob honorem solum tutor conscriptus sit vt loquitur Modestinus in *l. Spadonem* 15. *§. si ciuitatis D. hoc tit.* id est si quis tutor sit honorarius, quamuis ad eum tute-

d. l. tutores 18. *C. hoc tit.*

d. l. si is qui 31. *D. eod.*

l. Spadonem 15. *§. si ciuitatis D. hoc tit.*

Digitized by Google

l. quòd si forè 14. §. 1. D. de solut. *d § si ciuitatis & l pen. D de tutor. & cur. dat.*

læ periculum pertineat *l. quòd si forte* 14. §. 1. *D. de solut.* constat tamen non connumerari tutelam hanc inter eas quæ excusationem tribuere possunt, non magis quàm si quis magistratus periculo suo tutorem creauerit, aut fideiusserit pro tutore *d. §. si ciuitatis l. pen.* D. *de tutor. & cur. dat.* Atqui in proposita specie tutor de quo tractamus nullam habuit quartæ tutelæ administrationem in id vsque tempus quo de quinta quoque tutela agatur, Ponimus enim numquã eũ se immiscuisse administrationi, neque quandiu pupillus vixit cuius tutela fuerat primùm tertia, neque post ipsius mortẽ, sed etiã hodie velle se ab vtraque tutela excusare, Nec minùs à quarta quã diximus iã in locũ tertiæ ipso iure subrogatã esse, quã à quinta quæ nõ nisi quarta esse potest, Ratione illa vtrique cõmuni quòd vtraque tutela & quarta & quinta eo tẽpore decreta sit quo hic tutor iã tres tutelas administrabat, Vt proinde inspecto vtriusque decreti tẽpore dubitandum non sit quin vtrumque decretum contra leges scriptum videatur, neque possit ex postfacto conualescere quod ab initio non tenuit, quamuis decesserit vnus ex pupillis cuius tutela causam præbebat excusationi. *arg. l. quod initio 29. & l. pen. De reg. iur.* Ergo quamuis verum sit quod Paulus pro vero habet, vt quarta tutela in locum tertiæ ipso iure subrogata sit non tamen erit bona consecutio, vt excusari possit hic tutor ab alia quæ incipiat esse quarta, cùm sit verum tertiam numquam fuisse administratam. Huius verò syllogismi propositionem maiorem Paulus satis obscurè & intricatè suo more expressit his verbis *Dicat aliquis, hócne exigi an administretur tutela*, pro eo quod voluit dicere dixissétque apertius *nonne hoc exigitur vt tutela administretur?* Nec multò dilucidior responsio est quæ adfertur in illis sequentibus *hoc enim eò pertinet ne sit finita administratio.* Sensus responsionis est, Quod dicitur non alium tutorem ob susceptam tutelam excusari posse quàm qui habeat administrationem, eò pertinere vt nihil prosit tutori quòd habeat tutelam, quam administrare amplius non possit, siue aliquando potuerit, nunc verò non possit puta si reipublicæ causa abesse cœperit, aut suspecti accusationem

l. quæsitum 12. D. de tut. d. §. 1. l. quòd si forte 14. de solut.

passus sit, aliúsque in eius locum curator datus fuerit vt in *l. quæsitum* 12. D. *de tutel. dict. l. quòd si forte* 14. §. 1. *D. de solut.* siue numquam potuerit administrare vt puta si non nisi honorarius tutor fuit. Cæterùm si & possit & debeat administrare, nec tamen velit, perinde tamen tutela hæc imputabitur ei numero qui necessarius est ad præbendam excusationem, quia exinde sustinet periculum propriæ cessationis, quod sufficit. *l. si quis tutor* 60. *D. de rit. nupt.* Addidi *propriæ cessationis* vt excludam tutelas honorarias, Nam & illæ sustinent periculum alienæ cessationis cùm imputari possit tutori honorario, non cur minimè administrauerit, nec enim potuit, tametsi plus iuris habeat saltem in accipienda solutione à debitoribus pupillaribus, quàm si administratio ei interdicta esset *dict. l.* 14. §. 1. Sed cur non fecerit suspectum tutorem qui poterat & debebat administrare *l. quoties* 9. *§. penultim. l. actus sui* 19. *D. de adminstr. tutor.* iunct. *dict. l. quòd si forte* 14. §. 1. *De solut.* Atqui hic tutor de quo agimus, propriæ cessationis periculum sustinet ex quo die prius decretum cœpit eum tenere post amissam excusationem per obitum vnius ex pupillis quorum tutelam iam administrabat. Ergo imputanda ei est hæc tutela, non minùs quàm si eam administrasset: Quin etiam, quod mirabilius est, in suprascripta specie delatis simul duabus tutelis tertia & quarta, etiamsi tutor quartæ priùs se obstrinxerit nulla excusatione allata quòd sciret non posse se recusare tria onera tutelarum, mallet autem quartam suscipere quàm tertiam cui se iam ipso iure

l. si quis tutor 60. D. de rit. nupt.

l. quoties 9. §. penul. l. actus sui 19. D. de adm. tutor.

obſtrictum eſſe per imperitiam fortaſſe iuris non putabat, placet tamen grauius eum ſuſtinere periculum pro tertia quàm pro quarta. Quartæ ſiquidem periculum non ſuſtinet niſi ex quo iuſſus eſt adminiſtrare *l. qui iuſſus* 17. *l. qui negotiationem* 58. *§. teſtamento* D. *de admin. tutor.* quod eſſe potuit multo tempore poſt decretum cuius nulla poteſtas eſſe debuit ad obligandum ipſo iure tutorem vt quartam hanc tutelam ſuſciperet quæ decernebatur contra leges. Quouſque ſecutus eſſet iuſſus adminiſtrandi quem tamen ſequi fuit neceſſe contra eum tutorem qui numquam ſe voluit excuſare cùm poſſet. Tertiæ verò tutelæ periculum ſuſtinet ex quo die datus fuit vt idem Paulus ſcribit in *d. l. ſi is qui §. illa quoque* poſt Papinianum in *l. tutores* 39. *§. tutor datus* D. *de adminiſtr. tutor.* id eſt non ex die decreti interpoſiti, ſed ex quo demùm die primum illud decretum cœpit eum tenere ipſo iure poſt amiſſam excuſationem, quæ prioris decreti tempore competebat. Atque hæc proculdubio Pauli ſententia eſt, Ex qua cùm appareat tractari ab eo caſum illum quo tutor noluerit ſe excuſare à quarta tutela, cùm poſſet, nihil certæ cauſæ eſt cur verſiculum de quo quærimus aut inepto interpreti aut alij quàm Paulo ipſi tribuamus. Debet enim ſibi imputare qui competente ſibi excuſatione vti noluit, acſi vel paſſus eſſet ſe confirmari vt in *l. Caius* 16. *D. hoc tit.* vel adminiſtrationi ſe vltrò immiſcuiſſet vt in *l. idem Vlpianus* 12. *§. qui non iuſſe eod. tit.* Nihil enim intereſt an quis ſe adminiſtrationi immiſcuerit, an vero in eum ſtatum ſe coniecerit vt iuberi & cogi poſſit adminiſtrare, quomodo iuberi & cogi poteſt quiſquis tutor datus neque excuſauit ſe, neque appellauit *l. non quaſi* 4. *§. ſed enim D. rem pupill. ſalu. for.* Niſi quod hoc poſteriore caſu tenetur tantum ex die quo adminiſtrare iuſſus eſt, vt Paulus ait in *d. §. illa quoque*, quia prius decretũ non valuit, nec tam poteſtate prioris decreti tenetur quàm poteſtate poſterioris cuius interponendi neceſſitas ſicut ex vicio prioris proficiſcitur, ita nouam iuſtam cauſam habere debet, ne alioqui eodem vicio laboret, quo priùs. Habet autẽ pro cauſa voluntatẽ tutoris nolentis ſe excuſare. Cũ ſi prius decretũ valuiſſet, exinde obligatus eſſet tutor, non ex quo tantũ die adminiſtrare iuſſus eſſet *d. l. tutor* 20. D. *de adm. tut. l. pro officio* 20. *C. eo.* Ergo inter hæc duo decreta quibus quarta & quinta tutela contra leges data eſt, illa erit differentia, quod decretũ prius ad quartã tutelã pertinẽs confirmatur ipſo iure & obligat tutorem per amiſſionẽ excuſationis ſolam, Poſterius verò per omiſſionem excuſationis nec ipſo iure, ſed per ſubſecutum adminiſtrandi iuſſum, quia ſola excuſationis omiſſio non facit quin ea tutela ſit quarta, ac proinde extra legitimum numerum, quod non ſimiliter contingit in alia quæ priùs quarta poſtea facta eſt tertia. Aliud igitur Paulus reſpondiſſet ſi tutor hic non minùs à quarta tutela quàm à tertia ſe excuſaſſet. Aut enim admiſſa fuiſſet excuſatio, aut ob bonã admiſſam eam habuiſſet ille iuſtam appellandi cauſam. Et hæc quidem ad illũ Pauli locũ ſatis alioquin obſcurum dixiſſe ſufficiat. Niſi quod addendum eſt ex *§. idem euenire eiuſd. leg.* nihil referre an ei qui iam tres tutelas habebat aliæ duæ daræ ſint diuerſis decretis, an verò diuerſis teſtamentis. Nam & hoc caſu priùs data tutela à qua potuit tutor excuſari cõfirmabitur faciẽtque illum tutorem ipſo iure, ac nullo magiſtratus facto interueniente ſi pupillus ante allatam excuſationem deceſſerit aliquis ex tribus priorum tutelarum, Poſterior verò non aliter quàm ſi ob omiſſam priorum excuſationem iuſſus ſit à magiſtratu adminiſtrare: quod ipſum vix eſt vt fiat niſi poſt elapſa tẽpora excuſationum. At quia ex hoc ipſo apparet multum intereſſe vtra ex tutelis prior ſit, aut

l. qui iuſſus 17. l. qui negotiationem 58. §. teſtamento cod.

d. l. ſi is qui §. illa quoque hoc tit. l. tutores 39. §. tutor datus de adm. tutor.

l. Caius 16. D. hoc tit. l. idem Vlpianus 12. §. qui non iuſſe eo. tit.

l. non quaſi 4. §. ſed enim D. rem pupill. ſalu. for.

d. l. tutor 20. D. de adm. tut. l. pro officio 20. C. eo.

§. idem euenire d. l. ſi is qui.

posterior, Monet Paulus si quæratur in hac specie quænam prior delata sit, nõ tempus testamenti, aut apertarum tabularum inspici debere sed vel aditæ hereditatis si testamento vtroque tutores purè dati fuerunt, aut existentis condicionis si sub condicione, quomodo posse illos testamento dari non ambigitur *l. si quis sub condicione* 11. D. *de testam. tutel. l. 3. §. idem erit quærendum D. de suspect. tutor.* An quia tutelarum dies nec à die mortis cedit nec ab apertis tabulis non magis quàm libertatum aut vsusfructus legati sed ab adita demum hereditate si pura fuit datio, aut à die condicionis existentis si condicionalis, *l. 2. in princip. D. hoc tit.* Ita vulgo nostri putant post Bart. Sed hoc refutauimus in præcedentibus, cùm docuimus tutelas proficisci protinus à testatore ex *l. tutores* 7. D. *de testam. tutel.* Nec requiri aditionem hereditatis nisi tanquam condicionem sine qua non valerent tutelæ vt nec cætera legata vel fideicommissa quorum dies tamen cedit à morte testatoris *l. si nemo* 9. *eod. tit.* Quod tamen diximus de tutela condicionali, intellige etiam admissa Bartoli opinione, si cõdicio extiterit post aditam hereditatem. Nam cùm existentia condicionis nihil aliud faciat nisi vt datio quæ fuerat condicionalis fiat pura, ridiculum esset putare priùs cedere diem tutelæ condicionalis cuius condicio ante aditionem extitisset, quàm dationis puræ *l. pen. §. 1. D. hoc tit. l. si nemo* 9. *D. de testam. tutel.* Cùm tamen tutela nulla hereditario iure ad alium transeat *l. tutela* 16. *§. 1. D. de tutel.* superuacuum videtur quærere an tutelæ dies cedat ante aditam heredi tatem, quomodo in vsufructu legato ratiocinatur Vlp. in *l. 3. D. quand. dies legat. ced.* Etsi Tribonianus in *l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.* tractans de legatis quorum dies non cedit nisi ab adita hereditate, præsertim verò de libertatibus & vsufructu, nihil tamen adiicit de tutelis. Ideò fortasse quia tractat eo loco de legatis tantùm & de fideicommissis, Tutelæ autem nec legata sunt nec fideicommissa quia nec defuncti patrimonium delibant, ex quo potissimùm legata & fideicommissa æstimantur *l. legatum* 116. *de legat. 1.*

l. 2. in princ. D. hoc tit.

l. 3. D. quãd. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.

Casus in quo potest quis licitè in quarta quoque tutela retineri.

ALius etiã casus est in quo quis potest licitè in quarta quoque tutela retineri nec vllam habet excusationem, is est si pupillum vnum ex iis quorum tres tutelas susceperat, abstinuerit bonis paternis, vt tractat idem Paulus in *d. l. si is qui §. enim qui*, vbi rationem addit, Quasi videatur hic tutor tertiam tutelam deposuisse hoc ipso quod deposuit curam administrandi patrimonij pupillaris. Ponimus enim patrimonium pupilli non in aliis bonis quã in paternis consistere, Alioquì & sententia, & ratio Pauli falsa esset, quæ tamẽ æquissima est abstento pupillo qui paterna tantùm bona habuit, Etsi enim nõ eo minùs verum est heredem illum esse patris etiam post abstentionem *l. cùm quasi* 30. *§. sed etsi suus* D. *de fideic. libert.* non tamen habetur à Prætore heredis loco *l. si filius* 12. D. *de in interrog. in iur. fac.* nec patrimonium vllum habere intelligitur, quia ex die abstentionis bona paterna fiunt sub creditoribus *l. quotties* 44. D. *de acquir. hered.* iunct. *l. necessarys* 57. *eod. l. paterfamilias* 28. *de reb. auctor. iudic. possid. aliàs l.* 13. *De privileg. credit.* Et consequenter nullum onus sentit tutor ob hanc tutelam, qui nihil administrandum habet, ne quidem personam ipsam pupilli cui principaliter & directò datus fuerat, quia nec de suo pupillum alere tutor cogitur *l. vlt. C. de alim. pupill. præst.*

d. l. si is qui §. enim qui.

l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fid. libert.

l. quotties 44. D. de acq. hered.

l. vlt. C. de alim. pupill. præst.

Peri-

Periculum tutelæ in magistratu non esse pro tutela ad excusationem.

EAdem ratio facit vt neque trium tutelarum numero adscribendum sit si fortè magistratus incidente ei creatione obnoxium se fecerit periculo tutelæ dando tutorem minus idoneum sine fideiussore saltem idoneo, Aut si quis fideiusserit pro tutore, Aut denique si tutor honorarius factus sit. Hi enim omnes etsi sunt expositi periculo tutelæ nullam tamen tutelam administrant, nec propriæ cessationis periculum vllum incurrunt, ideóque nec vllum tutelæ onus suscepisse videntur, vt suprà attigimus ex *l. spadonem* 15. *§. si ciuitatis* D. *hoc tit. l. pen. D. de tutor. & curat. dat.* Nec enim tutelæ periculum quod est sine administratione tutelæ onus dici potest, cùm fieri possit vt numquam eo nomine teneatur is cuius periculo fuit administratio, Nempe si is qui administrauit rectè ac ex pupilli vtilitate administrasse quandocumque probetur. At ipsa tutelæ administratio sicuti absque periculo esse vix potest, ita fieri nequit vt non sit onus, cùm quanto meliùs quis administrat, tantò maiorem diligentiam & sollicitudinem necesse sit vt conferat in res pupillares. Quæ porrò de pupillis & tutoribus diximus, ea intelligenda sunt dicta etiam de minoribus & curatoribus: In paucissimis enim distant illi quantum ad alia, Quantum verò ad hoc in nullo penitus *l. scire* 13. *in princ.* D. *hoc tit.*

l. spadonem 15. §. si ciuitatis. l. pen. D. de tutor. & curat. dat.

De illo qui tutelam filij sui emancipati administrat.

ILla dubitatio non inelegans est, quam ex Vlp. Modestinus proponit in *d. l. spadonẽ §. Vlpianus alias l. si quis eo.* Si quis inter tres tutelas emãcipati filij sui tutelam administret, quæ legitima parentum tutela dicitur, An in numero trium onerum hæc quoque tutela esse debeat. Ratio dubitandi est quia licèt huiusmodi quoque tutela administrationem habeat cum periculo coniunctã, Paterna tamen affectio facere videtur, vt non debeat pater sollicitudinem hanc oneri adscribere, non magis quàm quòd suũ patrimoniũ ingens fortasse ac amplum curet. Nec enim quod filius emancipatus habeatur extranei loco post emancipationem *l. quinetiam* 55. *in fin. D. de rit. nupt.* facere debet vt paternæ affectionis ratio penitus extincta videatur, cùm non eò minùs remaneat naturaliter filius, quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere nunquam potest *l. eas* 8. *D. de capit. minut. §. vlt. supr. de legit. agnat. tutel.* Quam ob causam solet etiam Prætor rescissa emancipatione perinde conseruare successionis iura inter patrem & liberos emancipatos acsi nulla emancipatio interuenisset *l. 3. §. si emancipatus & tot. tit.* De *bonor. poss. contr. tab.* Sed tamen rescriptum est vt supra dicto loco Modestinus refert, Emancipatæ quoque filiæ tutelam (in filio idem iuris est) numerari inter onera oportere. Quidni verò? Cùm non minùs incõmodi & sollicitudinis ex huiusmodi tutela sentire patrẽ necesse sit, quã ex alia qualibet. Atquin etsi post tres alias tutelas à patre susceptas hæc ei deferretur, non posset ille iure publico habere excusationem quia contra naturales stimulos facere videretur si se vellet excusare *l. amicissimos* 36. *§. vlt. D. hoc tit.* Sed ex hoc apparet tantò magis permittendum ei esse, vt ob hanc tutelam cum duabus aliis susceptam possit se excusare à cæteris postea delatis, cùm in eo nihil facturus sit contra stimulos naturales. Longéque facilius est vt se excuset pater filij emancipati ob tutelam legitimam, quàm vt à tutela legitima, Quia legitimi tutores ferè nullam habere possunt excusationem sicut neque excusant se à successione cuius intuitu lex facit eos tutores. Planè si interfit pupilli vt alius in locum legitimi tutoris detur curator, non solùm permittitur legitimo tu-

d. l. spadonẽ §. Vlpianus alias l. si quis hoc tit.

l. amicissimos 36. §. vlt. hoc tit.

l.non solùm 10.§ si libertus l.scire oportet 13.l si pupillum 20. D.hoc tit.

tori vt se excuset, sed etiam si excusare se nolit remouendus est à tutela *l. non solùm* 10.*§.si libertus l.scire oportet* 13.*l.si pupillum* 20.*D.hoc tit.Dicemus infra tit.* 7.*De tempor.excusat.*

Tres tutelas non præbere excusationem quantum ad cætera onera.

l.3.C.de excus. muner. lib.10.

PRætermittendum illud non est,tres tutelas etiamsi præbeant excusationẽ ne quis tutelam quartã suscipere cogatur,nihil tamen prodesse ad immunitatem quantum ad cætera onera *l.3.C.de excus.muner.libr.*10.*tit.*47. An quia cætera munera sint fauorabiliora?Minimè.Nam è contrario data generaliter immunitate semper tutelæ exceptæ intelliguntur nisi cùm aliter expressum

l.si duas 6.§.1.& § tutela l.17.§.1.& 2.l.Geometra 22.D.hoc tit.iunct. l.2.C.de excus artif. lib.10.

est vt in *l.si duas* 6.*§.*1.*l.Geometra* 22.*D.hoc tit.*iunct.*l.*2.*C. de excus. artific. lib.* 10.*tit.*64.aut cùm plenissima immunitas concessa est vt etiam tutelæ comprehendãtur *l.non tantum* 17.*§.*1.*&* 2.*D.hoc tit.*Sed quia nihil simile aut commune habent onera tutelarum cum cæteris oneribus & muneribus reipublicæ *d. l.si duas* 6.*alias l.athletæ §.tutela* D.*hoc tit.*Estque longè durius vt quis plura quàm tria onera eiusdem condicionis sustineat,quàm si essent diuersæ condi-

§.qui tutelam hoc tit. l.curator 20. C.eod.

cionis.Nam & simili propemodum ratione sic comparatum videmus, vt cuius tutelam quis habuit eius curam suscipere non cogatur , quamuis non nisi vnicum fuerit illud onus*§.qui tutelam hoc tit.l.curator* 20.*C.eod.*Nimirum quia

l.2.C.de tutor. vel curat. illustr. person.

duo onera,etiam diuersis temporibus cogi quem suscipere pro eadem persona durum ac inciuile esset,cùm tria pro tribus sustinere non æquè durum existimetur.Si quis tamen circa Senatorum tutelam occupatus sit non debet vocari ad curiales necessitates *l.2.C.de tutor.vel curat.illustr.person.*vbi Baldus recte notat,Occupatum circa maiora non debere vocari ad minora.Quod ita intelligendum est si minora illa talia sint,vt ad ea vocari nõpossit quin hoc ipso à maioribus reuocetur.Tales enim sunt Curiales necessitates quæ quotidianã præsentiam & diligentiam exigunt.

De excusatione ob translationem domicilij.

ALia est excusatio quæ competit etiam iis qui iam sint tutores & curatores,vt scilicet continuò & statim de reliquo,id est in futurum absoluantur à sollicitudine,Nempe si domicilium aliò transtulerint ex rescripto Imperatoris scientis quidem tutorem eum esse,transmigrare autẽ cõcedentis ei expressim & horum alterutrũ literis significãtis *l.idẽ Vlpianus* 12.*§.*1. *D.hoc tit.*Nam cùm tutela sit onus & quidem personale, impossibile est vt illud in vna prouincia subeat is,qui in aliam prouinciam migrat siue cogente & ita iubente Principe vt in *l.certa forma* 4.C.*de iur.fisc.lib.*10.siue id expressim ei petenti concedente vt in *d.§.*1.dũmodò hoc casu posteriore sciat Imperator,tutorẽ illũ esse qui migrandi licentiã postulat.Hoc enim requiritur quoniã alioqui credendus est Imperator non ita facilè concessurus fuisse illã migrandi licentiam ex qua pupillus damnum amissi tutoris sentire possit.Ea verò omnia exprimenda sunt &narranda Principi quæ possent eum difficilioreẽ reddere ad cõcedendam gratiam,Alioqui obreptitium est rescriptum ac proinde nullius omnino momenti *l.vlt.C.de diuers.rescript.l.*5.*§.manet* D.*de reb.eor.qui sub tut. l.si quis obrepserit* 29.*D.de leg.Cornel.de falsi.* Nõ tamen requiritur vt Princeps expressim tribuat immunitatẽ à tutela sed sufficit vt literis suis alterutrum significet,Nimirum,velle se vt hic qui transmigrandi licentiam postulat liberetur à solicitudine,Vel vt quãuis tutor sit,nihilominùs transmigrandi habeat facultatem.Nec enim credendus est Imperator beneficio suo impetrantem obstrinxisse

l. idem Vlp. 12.§.1.D.hoc tit.

l. certa forma 4.C. de iur. fisc. lib. 10.

obſtrinxiſſe ad onus impoſſibile ſubeundum, & quidem cum pupilli incommodo,& aduerſus ipſius pupilli vtilitatem. *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Et verò cur non tranſlatio domicilij proderit ad eximendum quem à tutela, cùm diuerſitas prouinciarum ſoleat etiam tribuere excuſationem à tutela ſuſcipienda,vt dicemus in ſequentibus,*ex l.non ſolum* 10. §. *& qui in teſtamento l. illud* 19.*l.propter litem* 21.§.*licet & ſeq.eod.tit.* Planè ſi tranſlatio domicilij eſſet voluntaria,nec aliam cauſam vel autoritatem haberet quàm voluntatem tutoris, non deberet vtique illi prodeſſe, quia nunquam debet in poteſtate tutoris eſſe vt ſe eximat *l.nec ei* 17.§.1.*D.de adopt.*

l.pen.§. D.hoc tit.

l.non ſolum 10.§.qui in teſtamento l.illud 19. l. propter litē 21.§.licet& ſeq. eod. tit. l. nec ei 17. §.1. D.de adopt.

De excuſatione ob inquilinatum.

SOlent etiam inquilini caſtrorum excuſari à tutela *l.non tantùm* 17. §. *vlt. D.hoc tit.* quia cùm ſint aduenæ non ſunt onerandi pro cæteris qui prouinciales ſunt & originarij, ad quorum onus proculdubio pertinet vt prouincialium & originariorum ac municipum ſuorum tutelas obeant, nec in aduenas & inquilinos reiiciant. Excipiuntur tamen tutelæ illorum, qui & ipſi inquilini ſunt &in eodem caſtro,in eadémque condicione,vt Calliſtratus ſubiicit *in d.§.vlt.* Ne alioqui magno incommodo afficiantur huius cõdicionis homines ſi eorum liberis hanc pietatẽ præſtare nemo velit, quam nec illi aliorum liberis præſtare volunt, vt ipſorum tutelas ſuſcipiant. Nec enim mutua inuicem onera recuſare poſſunt aut debent, qui in eadem ſunt naui & condicione. Sic idem Calliſtratus *in d.l.non tantum* 17.§. 1. poſteaquàm dixit Ilienſibus propter inclytam nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanę pleniſſimam immunitatem tributam eſſe vt etiam tutelæ comprehendantur, ſubiicit *ſcilicet eorum pupillorum qui Ilienſes non ſint.* Non enim priuilegium vllum eſſet Ilienſium, ſed incommodum maximum ſi pupillis Ilienſibus, ne quidem Ilienſes dari tutores poſſent. Quis enim alius cogi honeſtè poſſet vt pro Ilienſibus eam curam ſuſciperet, quam Ilienſes ipſi nec pro ſuis nec pro alienigenis ſubire vellent?Pendet hoc nimirum exPrincipio illo iuris naturalis, *Quod tibi fieri vis, alteri feceris.* Iunge *l.ſed et milites* 8.§.*vlt.l.ſpadonem* 15.§.*ſi quis autem tutor* 3. *l.propter* 23.§.1.*l.adminiſtrantes* 41.§.*vlt.eod.tit.l.pen.C.eod.*

d.l.non tantùm §.1.

l.ſed & miles 8. §. vlt. l. ſpadonem 15. §. ſi quis autem tutor 3. l. propter 23. §.1. l.41. §. vlt. D. hoc ti.l.pen. C eod. l.vlt. in fin. D.hoc tit.

De excuſatione ob diuerſitatem prouinciarum.

DIuerſitas prouinciarum vna etiam eſt ex cauſis propter quas poteſt quis excuſationem & remiſſionem petere à tutela,ſcilicet ſi quis ſe dicat ibi domicilium non habere vbi tutor datus eſt: idque Imperator Antoninus cum Diuo patre ſignificauit,teſte Paulo *in l.vlt.in fin. D.hoc tit.* Iam enim ſatis per ſe magnum onus tutela eſt,tum quoque cùm is qui tutor datus eſt adminiſtrationem gerendam habet in loco ſui domicilij; vt non præterea ſit cogendus domicilij locum deſerere, ad res pupillares in alia prouincia adminiſtrandas. Nam & ob hanc cauſam receptum videmus vt non facilè permittendum ſit euocari quem ab vna ciuitate in aliam ad ferendum teſtimonium niſi ſic ferat loci conſuetudo *l.3. §.vltim. D.de teſtibus* iunct.*l. ſed ſi quis 7.D.de teſtam.quemadm.aper.* Denique tutela onus quidem eſt ſed neceſſarium,id eſt neceſſariò ſubeũdum ab aliquo,ne pupilli ſint & maneant indefenſi:Proinde nemini iniungendum eſt, niſi quatenus fert neceſſitas vtilitatũ pupilli ex quibus æſtimanda ſunt,vt ſæpius monuimus,omnia,

l.3. §.vlt.de teſtib.iunct. l. ſed ſi quis 7. D.teſtam. quem.aper.

quæ circa tutelas conſtituuntur. Nulla autem ſubeſt neceſſitas creandi tutoris in vna prouincia, qui res in alia ſitas adminiſtrare cogatur, cùm nihil prohibeat plures pro diuerſitate prouinciarum tutores conſtitui inter quos diuidatur adminiſtratio. Neque verò tutorum duntaxat vtilitas hoc ius euicit, ſed etiam pupillorum. Adeò vt ſi tutor, qui hanc excuſationem allegare potuit, non tamen eam allegauerit intra conſtituta tempora, debeat nihilominùs iudex ali quos ei curatores adiungere ſi tutorem inſufficientem eſſe videat ad bonorum diuerſis prouinciis ſitorum adminiſtrationem *l. teſtamento* 11. C. *hoc tit.* iunct. *l.* 2. *eod.* Quis enim credat tam benè adminiſtratum iri res pupilli à tutore qui in alia prouincia domicilium habeat, atque ſi in ea prouincia vbi pars bonorum ſita eſt, alium tutorem haberet? In ſumma iuſtior excuſatio tutoris nulla eſt, quàm quæ ipſius quoque pupilli vtilitatem admixtam habet *l. humanitatis* 23. *C. hoc tit.*

l. teſtamento 11. *C. hoc tit. iunct. l.* 2. *eod.*

l. humanitatis 23. *C. eo.*

De tutore liberando ab adminiſtratione rerum quæ ſunt in alia prouincia.

AD hanc excuſationis cauſam pertinet reſcriptum illud cuius iam meminimus ex Paulo in *d. l. vlt.* relatũ à Modeſtino in *l. non ſolùm* 10. *§. & qui teſtamento* D. *eod.* quo diſertè conſtitutum eſt vt tutor teſtamento datus ſi ante præfinitum diem adeat præſidem prouinciæ debeat impetrare vt ab adminiſtratione rerũ quæ in alia prouincia ſunt liberetur. Etſi autẽ non niſi de teſtamentariis tutoribus reſcriptum loquitur, dubitandum tamen non eſt quin ad datiuos quoque pertineat, Exemplo eius quod de conſtitutione dante excuſationem ob liberos ſuprà diximus ex eodem Modeſtino in *l.* 2. *§. hoc autem eod. tit.* Vtroque enim caſu eadem dubitandi ratio eſt, Nempe quòd tutor ſicuti datur perſonæ, quæ vnica & indiuidua eſt, ita & ad vniuerſum patrimonium datus intelligatur, vt ratiocinatur Marcianus in *l. propter lutem* 21. *§. licet datus tutor, eo.* Et certè ita eſt, & ob id nimirum vtroque caſu indiget excuſatione vt liberetur ab adminiſtratione rerum in alia prouincia exiſtentium, quamuis nõ ideò à tutela ipſa liberetur. Ratio autem decidendi vtroque caſu eadem illa eſt, quã in præcedentibus attulimus, ſumpta partim ex perſona tutoris ne ſupra modũ onereretur, partim ex perſona pupilli, ne res ipſius in alia prouincia ſitæ minùs diligenter tractentur. Itaque Marcianus in *d. §. licèt* poſtquàm dixit Tutorem etiam ſi ad vniuerſum patrimonium datus ſit, poſſe tamen ſe excuſare ne vltra centeſimum lapidem tutelam gerat, niſi in eadem prouincia pupilli patrimonium ſit, ſubiungit *& ideò illarum rerum dabunt tutores in prouincia Præſides eius.* Loquitur enim toto illo *§. de tutoribus datis*, & vt loquuntur, datiuis, vt & *l.* 2. *C. eod.* Sic & Vlpianus in *l. illud* 19. *eod. tit.* illud vſitatiſſimum eſſe ait vt his, qui in Italia domicilium habent adminiſtratio rerum prouincialium remittatur. Eſt igitur iſta excuſatio non à tutela vt cæteræ ſed à parte adminiſtrationis, manente nihilominùs tutela. Sed quid ſi proponatur is qui tutor datus ſuit oriundus eſſe ex prouincia, & tamen habere domicilium Romæ, ita vt & prætor eum delegerit Romæ & Præſes in prouincia, (poteſt enim quis prout ſuppoſitus eſt iuriſdictioni magiſtratus ita & ab eo tutor creari non aliter *l. ſcire oportet* 13. *§. vltim.* D. *hoc tit.*) An poterit aliquam habere excuſationem? Vtique poterit, non quidem Romæ vbi domicilium habet, ſed in prouincia ne adminiſtrationem ibi ſuſcipere cogatur, quia quod oriundus eſt ex prouincia facit quidem vt rectè tutor datus ſit à præſide Prouinciæ, ſed non adimit ei excuſa-

d. l. ſcire oportet §. vl.

excusationem quã haberet si ex vrbe oriundus quoque esset, Nisi ponas quod tamen perdifficile est vt habeat domicilium etiam in prouincia, quòd in vtroque loco æquè sit instructus. Quo casu nullam quidem poterit ille habere excusationem, Sed ad vtriusque magistratus officium pertinebit, vt videat an hic tutor vtrique administrationi sufficiens esse possit, Vt si minùs sufficiens videatur alius tutor crectur, vel curator ei adiungator, siue vrbanarum rerum, siue prouincialium, Perinde acsi domicilium vnicum haberet & à sui domicilij magistratu datus tutor esset ad vniuersum patrimonium, cui tamen administrando par esse non posset, nec eo magis vellet ille vti excusatione sibi competente. Quid enim pupilli refert cuius vtilitates offenduntur, an tutor vniuersi patrimonij administrationem ideò susceipiat, quòd à duobus magistratibus tutor rectè datus sit, An quia nolit se excusare? *dicta lege 2.l.testamento 11.C.hoc tit.* Planè si vtrobique administrationem susceperit, nec pupilli vtilitas aliud suadeat, non ideò duas tutelas administrare videbitur, sed vnam duntaxat. Nec enim vnius pupilli duo patrimonia esse possunt, inquit Papin.in *l.iurisperitos 30.§.1.D.eod.* non magis quàm vnius hominis defuncti duæ hereditates *l. si certarum 17.§.1. D. de test.milit.* Neque verò sola creationum diuersitas & magistratuum qui creauerunt & locorum vbi sita sunt bona diuersitatem tutelarum inducere potest, sed sola diuersitas & pluralitas pupillorum. Ex qua ratione apparet, vt hoc obiter subiungamus, Quoties quæritur quis tutorem dare possit, An magistratus eius loci in quo pupillus domicilium habet, an potiùs illius loci in quo sunt pupilli facultates, Iudicem domicilij præferendum esse tanquam qui habeat iurisdictionem in personam ipsam pupilli, cui proinde tutorem dare possit ad vniuersum patrimonium, etiam quod alibi, siue maiori ex parte, siue totum consistere proponatur, dummodò tutorem det eum qui etiam domicilium habeat in eodem territorio, siue tanquam ciuis, siue tanquam incola, Nec aliter se in eo debere interponere magistratum loci in quo sunt facultates quàm si tutor ab alio magistratu datus, aut se excusset ab administratione rerum in alia prouincia constitutarum, aut inueniatur minùs sufficiens ad vniuersum patrimonium administrandum. Atque ita intelligi debet quod scriptum est in *l.pupillo 27.D. de tutor. & curator. dat. & in l. omic. C. vbi petant. tutor.* vt scilicet ad iudicem loci facultatum ea iurisdictio & cura pertineat secundariò, vt loquuntur & subordinatè eo demum casu quo tutor datus à iudice domicilij vniuersum patrimonium administrare, vel nolit, vel non possit: Aut si fortè magistratus eius loci in quo pupillus domicilium habet negligentior fuerit in dando tutore. Idque ita esse apparet tam ex iunctis legibus supradictis quàm ex *l. magis puto 5. §. illum quari potest D. de reb. eor. qui sub tutel.* Maximè verò ex *dicta lege propter litem 21. §. licet D. hoc tit. l.neque à Præside 5.C.qui dar.tutor.vel curator.poss.leg.1.§. vltim. D.de tutor.& curat.dat.*

d.l.2.l.testamento 11. C.eod.

l. iurisperitos 30. §.1. D. de testamilit.

l.pupillo 27. D. de tutor. & curat. dat.l. omic. C. vbi pet. tutor.

l.magis puto 5.§. illud quari potest D. de reb. eor.qui sub tutel. l. propter litem 21. §. licet D. hoc tit. l. neque 5. C. qui dar. tut.vel cur. poss l.1. §. vlt. D.de tutor.& cur. dat.

De excusatione ob nobilitatem ciuitatis.

NOuum hoc & perrarum excusationis genus est quod propter nobilitatem ciuitatis conceditur ciuibus:, ne pupillorum qui aliunde o-

riundi sint cogantur esse tutores, Quale Ilienſibus datum esse antiquitus &
l. non tantum 17. §. 1. D. hoc tit. senatusconsultis & Constitutionibus Principum refert Callistratus in *dicta lege non tantum 17. §. 1. D. hoc titu.* Tributa illis plenissima immunitate, vt etiam tutelæ excusationem habeant, scilicet eorum pupillorum, qui Ilienses non sint, Idque propter inclytam, inquit ille, nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanæ. Nam cùm tutela sit onus, Æquum sanè est, vt quemadmodum nobilitas cuiusque priuati præstat ei immunitatem ab oneribus plebeiis, Ita & nobilitas inclyta ciuitatis tribuat ciuibus suis immunitatem, etiam ab onere tutelæ, quamuis tutela non sit munus plebeium, à quo scilicet, ne quidem Senatores excusantur *l. Spadonem 15. §. scire oportet eod.* dum ne vltra centesimum lapidem vrbis tutelam administrare cogantur *dicta lege propter litem 21. §. nec Senatores eod.* Ideóque vocat Callistratus plenissimam illam immunitatem, quæ tutelas quoque comprehendat. Honor verò magnus est ciuitatis cuius ciues onus hoc non sentiunt à quo ne immunes quidem sunt Senatores. Datum
l. Spadonem 15. §. scire oportet eod. d. l. propter litem §. nec Senatores.
l 1. D. ad municip. etiam est Ilienſibus aliud priuilegium de quo Vlpian. in *l. 1. D. ad municip.* vt qui ex diuersarum ciuitatum parentibus oriundi sunt, matris Ilientis originem sequantur. Sed priuilegium illud neque ad rem nostram pertinet, neque proprium est Ilienſium. Simile enim & Delphis & Ponticis datum fuit, vt ibidem Vlpianus refert. Nescio autem an his nostris temporibus ciuitas vlla sit tam inclytæ nobilitatis vt tale priuilegium habeat, id est tam plenæ immunitatis, vt tutelæ quoque comprehendantur.

De excusatione à cura eius cuius tutelam quis gesserit.

DEnique qui tutelam alicuius gessit, inuitus curator eiusdem fieri non compellitur, Intantum vt licèt paterfamilias qui testamento tutorem dedit adiecerit se eundem curatorem dare, tamen inuitus ille curam
§ qui tutelam hoc tit. suscipere non cogatur 5. *qui tutelam hoc titu.* vbi refert Iustinianus ita rescriptum fuisse ab Imperatoribus Seuero & Antonino, quorum tamen rescriptum non habemus. Extat sanè aliud Imperatorum Diocletiani & Ma-
l. curator 20. C. eod. ximiani quo idipsum continetur in *l. curator 20. C. eod.* Ratio est quia licèt non pauciores quàm tres tutelæ, vel curatoriæ, siue separatæ, siue mixtæ soleant tribuere immunitatem, vt diximus in præcedentibus, Tamen cùm tutela sit onus, absurdum & iniquum est duplici onere quem praegrauari ratione eiusdem personæ, sicut & ratione eiusdem rei *l. Titia cum testamento 34. §. qui inuita de legat. 2.* Nam nec reipublicæ defensionem amplius quàm semel suscipere quisquam cogitur ne in eo nimis oneretur, Ni-
l. æstimationem 19. §. vlt. D. de muner. & honor. l. sponte 17. eod. l. vlt. §. 1. de vacat. & excus. muner. si id fieri necessitas postulet quæ semper excipienda est *l. æstimationem 16. §. vltim. D. de muner. & honor.* vt neque prouinciæ sacerdotium iterare *l. sponte 17. eod.* Dissimile est, quod Modestinus scribit in *l. vltim. §. 1. De vacat. & excusat. muner.* Neminem eodem tempore duas curas operis administrare. Nec enim eodem tempore tutela & cura eiusdem personæ administrantur.

FIL.

Digitized by Google

ILLATIO III.

De *excusando à tutela eò qui reipub.operam nauare cogitur.*

TErtiò ex eodẽ nostro Princ. fit,vt si quando is qui tutor creatur,reipublicæ operam nauare cogatur,excusari ob eam causam debeat à tutela.Nam cùm tutela non sit onus aut munus reipublicæ,vt Principium nostrum habet, Reipublicæ autem præcipuam semper causam esse necesse sit ex vetere illa lege duodecim tabularum quæ nullas vnquam patitur exceptiones *salus populi suprema lex esto*,prorsus consequens est vt oneri tutelæ anteponi debeat onus & fauor reipublicæ.Hinc natæ sunt variæ excusationes aliæ,Puta,Ob absentiã reipub.causa Ob militiam,Ob magistratum,Ob professionem aliquam, siue literarum,siue aliam quæ tanto hoc fauore digna videatur, Ob immunitatem Collegiis concessam,Ob assumptionem in Collegam aut aliam curam pro repub.susceptam,& si quę sunt aliæ similes,De quibus etiam singulis tractandum nobis est.

Varia excusationũ species quæ omnes à reipub. fauore proficiscuntur.

De *excusatione ob absentiam reipub.causa.*

QVi reipublicæ causa absunt à tutela curáque excusantur §. *item reipublicæ hoc tit.* Cùm fieri nullomodo possit vt absint Reipublicæ causa, & ad sint tutelæ gratia.In pari autem iure potior & fauorabilior sit causa reipublicæ vt diximus. Proinde nihil interest an quis iam absit,an verò abfuturus sit reipublicæ causa,Nisi quod hic non absolutè excusare se potest,sed ad tempus quandiu scilicet abfuturus est *l.1.C.si tut.vel curat.reipub.cauſ.aber.* quia vbi redierit,nihil causæ erit cur non possit & debeat tutelam suscipere.Quod si se non excusauerit vtique medij temporis periculum sustinebit, sed ita tamen vt qui postea in eius locum datus fuit,vt administraret,& administrauit,prior conuenĩatur *d.l.1.* Nam & qui cùm iam dati essent tutores, vel curatores, postea reipub.causa abesse cœperunt à tutela quidem vel cura excusantur, sed non simpliciter & absolutè,at eatenus tantùm quatenus reipub. causa absunt, & interea curator eorum loco datur,qui vbi reuersi fuerint,statim recipiũt onus tutelæ,Adeò vt nec anni habeant vacationem quam habent ij qui ad nouas tutelas sunt vocati *l.2.C.hoc tit.* Alia igitur & melior condicio eorũ est qui reipublicæ causa abfuerunt,quàm qui vel absunt,vel abfuturi sunt, quoniã qui abfuerunt anni vacationẽ habent si ad nouã tutelã vocentur *l. non solum 10.in prin.* D.*hoc tit.*vbi Modestinus ait priuilegium hoc non iis tãtùm competere qui ad caligatas, id est minores & leuiores militias & reliquas primipilarij militauerunt, sed omnibus etiam qui qualitercumque necessitatis publicæ plebis Romanorum gratia absentes fuerunt, vt anni vacationem habeant post reuersionem. Nimirum vt respirationem aliquam habeant nec longiore & assidua oneris continuatione prægrauentur.Nõ tamen iis competere qui tutelas quas priùs habebãt propter hoc deposuerunt,quod publici negotij causa abibant.Annus enim,inquit Modestinus, ad futuras nouásque tutelas datur, non ad eas, quæ resumi debent. Est enim fauorabilior excusatio aduersus tutelam nondum susceptam,quàm aduersus eam, quæ iam suscepta licèt deposita sit.Adeò facilius est,vt multa facta teneant,quæ tamẽ fieri prohibẽtur *vulg.l.patre furioso* 8.*de his qui sunt sui vel alie.iur.* Sic dicimus,Honorem gerẽtibus vacationem tutelarum cõcedi,sed iis tãtùm qui tunc primùm

§.item qui reipublicæ hoc tit.

l.1.C.si tut. vel curat. reipu. cauſ. aber.

l.2.C. hoc tit.

l.non solum 10. in prins. hoc tit.

Digitized by Google

vocantur ad suscipiendum officium tutelæ, Cæterùm eos qui iam se miscuerint administrationi etiamsi postmodùm honorem gerant, vacationem non habere *d.l.non tantùm §.sanè notum est.* Quinimo sufficit petitum esse tutorem antequam haberet vllam excusationem: Vt nimirum excusatione quę postea nata sit, quamuis ante decretam tutelam vti prohibeatur *l.tutor petitus 28. in princip.eod.tit.* Non enim potest videri petitio minùs legitimè instituta ob id quod ex postfacto superuenit, quomodo idem Papin.cuius illa lex est, argumentatur in alia licèt specie in *l.verbis* 5.D.*ad leg.falcid.* Neque in iis tantùm qui reipublicæ causa absunt aut abfuerunt, aut abfuturi sunt hoc ius obtinet vt antea susceptam tutelam non deponant, sed & multò magis in eorum comitibus, quos perinde excusari placet à tutela, siue absentibus, siue profecturis delata si modò sint intra numerum constitutum *l. administrantes 14. §.eorum eod.tit.* In hoc planè minus iuris habent Comites, quod reuersi non vacant per annum si fortè noua iis tutela deferatur. Nusquam enim ita proditum est. Nam cùm nullum aliud onus præterquàm absentiæ pro republica susceperint, nõ est æquum tanto illos gaudere priuilegio quãto si quid pro republica gessissent, sufficitque hactenus iis prodesse suam absentiam, vt toto eo tempore & quatenus absunt, paratam habeant excusationem. Annũ autem hunc continuum esse vult Modestinus in *d.l.non solium §.annus*, &, vt ille loquitur, copulatorum dierum computandum ex quo quis reuersus est, vel reuerti potuit, per rectam viam, non ex circuitibus, Ne alioqui facilè esset reuersuro tempus excusationis producere contra mentem legis pupillorúmque vtilitatem. Competit tamen reuersis omnibus etiamsi militiæ, aut aliis publicis necessitatibus constitutum tempus non compleuerint *d.l. non solùm §.1.* quia sufficit abfuisse quem reipub.causa & reuersum esse, vt videri possit dignus hoc priuilegio, quod nec aliam ob causam datur.

d.l.non tantùm §. sanè notum est l. tutor petitus 20.eo.l. administrantes 14.§.eorũ eod.

d.l. non solium §. annus.

d.l. non solùm §.1.

De vacatione & excusatione vnius anni quæ datur iis qui reipub. causa abfuerunt.

QVod autem diximus rationem & excusationem anni vnius dari ei qui reipublicæ causa abfuit si reuerso noua tutela deferatur, potest in aliquibus speciebus nonnullam recipere dubitationem, Quid enim si quis testamẽto ita scripserit, *Titius filiis meis, quoad reipublicæ causa non abierit, tutor esto*, & Titius tutelam sibi ex testamento delatam gesserit, deinde reipub.causa abesse cœperit, postea desierit abesse & reuersus sit, An quasi noua tutela nunc delata debebit excusari per annum ob præcedentem absentiam reipublicæ causa, An verò quia testamentum præcessit absentiam ob causam publicã, & est à Titio iam administrata tutela, non oportet eum excusari. Quæstio in eo est, An in vna tutela sit, an duplex. Hanc verò quęstionẽ tractat Tryphoninus in *l.pen.in prin.D.hoc ti.* & posteaquàm dubitãdi rationẽ proposuit in vtramque partẽ iisdẽ penè verbis quę nos proximè attulimus, Cõcludit vnã dũtaxat tutelã esse, quãuis habentẽ interualla, vt Vlpianus loquitur in *l.3.§. quòd si quis ita D.de suspect.tutor.* & consequenter nullam Titio excusationẽ cõpetere, necdũ agi tutelæ cum eo posse ob prioris temporis administrationem. Cur autem vna tantùm tutela dici debeat non duplex, Tryphoninus nõ aperit. Sed ratio nõ obscura illa est, quia is qui cùm tutor antea esset postea cœpit abesse reipublicæ causa non ideò tutor esse desinit, cùm non nisi ad tempus à testatore sit excusatus. Idem namque euenit & in aliis omnibus qui ad tempus excusantur.

l.penult. in pr.D.hoc ti. l.3.§.quòd si quis ita D. de suspect.tutor.

l.in omnẽ rẽ 13.& ſeq. D.*de tut.& cur.dat.* vbi ob hãc cauſam ſcribit Paulus, in locũ huiuſmodi tutoris dãdũ eſſe aliũ nõ tutorẽ, ſed curatorẽ: Adieci *à teſtatore*, quia ſi quis abfuturus reipu. cauſa ita ſit à magiſtratu excuſatus, vt alius in eius locum tutor datus ſit magis eſt vt tutor eſſe deſinat & iam exinde actione tutelæ poſſit conueniri & quidẽ directa *l.ſi tutor 9.in prin.* D.*de tutel.& rat. diſtr.* aut ſaltem vtili poſt reaſſumptam à reuerſo tutelam & adminiſtrationem *l.3. §.ſi quis abfuturus* D.*de ſuſpect.tutor.* Quod in teſtamentaria tutela non ſimiliter tractari poteſt. Quamuis plerique putent poſt Accurſium, Eum qui in locum abſentis cauſa reipublicæ datur tutorem dici minus propriè pro curatore in *l.quæſitum* 12.iunct.*l.ſeq.* D.*de tutel.l.*1.2.*& paſſ.* C.*in quib.caſib. tut.habent l.quòd ſi fortè* 14 *§.ſed etſi abfuturo* D.*de ſolut.l.3.§.ſi quis abfuturus* D. *de ſuſpect.tut.l.ſi tutor* 9.*De tutel.& rati.diſtr.l.*3.C.*arbitr.tute.l.ne lucrum C.de curat.furioſ.* Sanè neque neceſſe neque poſſibile eſt nouam tutelam dici quandiu ſupereſt vetus, Proinde nec Titio quicquam proderit quod aliam quoque excuſationem puta ob liberos, interim quæſierit, quia poſt ſuſceptam tutelam ſuperueniens cauſa excuſationis non adfert excuſationem *l.* 2. *§. oportet & §.numerum D.hoc tit.* Planè qui in perpetuum excuſantur à tutela ferè eſt, vt tutores eſſe deſinant, ideóque in eorum locum dari alium tutorem nihil prohibet, vt ſentit Cuiac. ex *§.vlt.Inſt.quib.mod.tutel.finit.l.pen.* D.*de tutel. l.ſi quis ſub condicione* 11.*§.vlt.* D *de teſtam.tutel.l.pen.* C.*in quib.caſib.tutor.habent.* Sed & fieri alio caſu poteſt, vt qui abeſt reipublicæ cauſa, in perpetuum excuſetur puta ſi abiit trans mare, vt in *l.verum* 11.*§.ex facto* D.*de minor.* vbi dicitur hũc deponere tutelam, vt proinde in eius locum etiam tutor dari poſſit, & debeat non curator. Extra hos caſus tutorem habenti tutor non detur, ſiue quòd actus legitimi non reiterentur vt ait Cuiacius, quia eſſet abſurdum legem actũ agere, ſiue potiùs quòd non poſſit quiſquam eſſe eodem tempore in poteſtate duorum in ſolidum *l.ſi filiusfamilias* 33.D.*de teſtam.milit.* Nam etſi plures ſimul fieri tutores poſſunt *l.ſimul 23.de tutor.& curat.dat.* id tamen ita eſt, quia tunc omnes vnius tantùm vice funguntur, nec niſi omnium ſimul vna eſt poteſtas.

l.in omnem rem 13. & ſeq. D. *de tutor. & cur. dat. l ſi tutor 9 de tutel. & rat. diſtr.*

De tutore teſtamentario dato in diem, vel ſub condicione non abſentiæ.

AT finge in teſtamento ita ſcriptum eſſe *Titius tutor eſto. Cùm Reipublicæ cauſa aberit tutor ne eſto., Cùm redierit tutor eſto.* In qua ſpecie cùm poſterioribus verbis videatur Titius datus tutor & poſt diem & ſub condicione (nam in teſtamentaria tutela vtrumque fieri poteſt, non etiam in datiua *l.muro 6.§.ſub condicione* D.*de tutel.l.ſi quis ſub condicione* 11.D.*de teſtam.tutel.*) illa priùs quæſtio tractanda videtur, An qui ſic datus eſt tutor, habeat ſe excuſandum intra tempora conſtituta priùs etiam quàm dies vel condicio venerit, an verò expectare diei, vel condicionis euentum debeat. Sed cùm veriſſimum ſit non eſſe illum tutorem priùs quàm dies, aut condicio venerit, adeóque nec antequàm ſit adita hereditas ſi fortè dies, vel condicio veniſſe proponatur ante aditam hereditatẽ, Conſequens eſt, vt neque proponendæ excuſationis tempora priùs currere incipiant, Ne abſurdũm illud ſequatur, vt ſe quis à tutela excuſare debeat priuſquàm ad ſuſcipiendam tutelam vrgeri poſſit. Hoc igitur ita ſuppoſito, ſi quæratur an Titio poſtquàm rediit & abeſſe reipublicæ

causa desiit, danda sit anni excusatio ne tutelam sibi eo testamento delatam iterum suscipere compellatur, Eadem inspectio occurrit in qua superioris quæstionis statum consistere diximus, An vna tutela sit, an duæ. Nam si vna tantùm tutela est, non debet admitti excusatio, si duæ admittenda est, Concludit autem Tryphoninus in *d.l.pen.§.1.* Nouam esse hanc tutelam quæ reuerso Titio defertur, Nempe quia desiit esse tutor testamentarius ex illis testamenti verbis *cùm reipublicæ causa aberit, tutor ne esto*, siquidem potest quilibet testator, vt ex die & sub cõdicione ita & ad diem dare & vsque ad certum tempus & vsque ad condicionem, Quod cùm euenit tutor esse ipso iure desinit qui ad tempus illud datus fuit *l.tutor datus* 8.§.1.& 2.D.*de testam.tutel.* Porrò qui semel tutor esse desiit non potest iterum fieri tutor quin noua tutela sit. Ergo quamuis ille qui anteà excusatus idcò est, quòd abfuturus esset reipub.causa continuò atque reuersus est, hæreat tutelis antè susceptis, id est etiam intra annum, Fatendum tamen est hunc de quo agimus posse intra annũ se excusare, quia secunda tutela est, & noua, Nec intra annum duntaxat, sed etiam in perpetuum se excusare poterit, si fortè medio tempore aliam nouam eámque non temporalem, sed perpetuam nactus sit excusationem, puta ob liberos interim susceptos ad eum vsque numerum qui legibus & constitutionibus præfinitus est.

l.pen. §.1. hoc tit. l.tutor datus 8. §.1.& 2.D. testam.tute.

De excusatione ob militiam.

SVperiori excusationi proxima & finitima illa est, quæ ob militiam datur. Omniũ enim maximè abesse reipublicę causa videntur ij qui pro republica militant, Intantùm vt illi etiam qui Romæ militant pro reipublicæ causa absentibus habeantur *l.milites* 7.D.*ex quib.caus. maior. l.si marius* 15. *§.quòd si præsens* D.*ad leg.Iul.de adult.* Imò hoc amplius est in milite quod nec volens tutor dari potest *§.idem in milite hoc tit.* Nec magis si legitimus tutor, quàm si testamento, vel à magistratu datus sit *l.militiæ* 4.C.*qui dar.tutor.vel curat.poss.* Cùm cæteri qui reipublicæ causa absunt, vel abfuturi sunt, possint omittere excusationem *l.*1.C.*si tut.vel.curat.reipub.caus.abess.cæper.* Nempe quia milites armis non priuatis negotiis occupari oportet, vt numeris & signis suis iugiter inhærentes, rempublicam à qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendant, inquit Leo Imperator in *l.milites* 31.C.*de locat.* Veteranus tamen quia miles amplius non est potest tutor esse si velit & ideò indiget excusatione *l.*2.C.*de excusat.veteran.*

l.milites 7. D.ex quib. caus.maior. §. idem & in militehoc tit.

l. militiæ 4. C. qui dar. tut.vel cur. poss.l.1. C si tut.vel cur. reip. caus. abess cæper.

l. milites 31. C. de locat.

l 2.C de excus.vetur.

De iis qui post militiæ tempus honestè completum milites esse desierunt.

NOn solùm autem milites hanc excusationem habẽt, sed etiam si qui milites esse desierunt si modò militiæ tempus honestè compleuerint *l.sed & milites* 8.D.*hoc tit.* vbi Modestinus ait habere istos remissionem tutelarum aduersus omnes hodie priuatos, id est aduersus omnium hodie priuatorum liberos. Nam vt ille subiungit aduersus filios eorum, qui eidem ordini communicauerunt, id est (sic enim malo legere quàm & eorum qui olim milites fuerunt, non idem sine distinctione dici potest. Intra annum dimissionis quidem habent remissionem, sed post annum non habent. Coequalitas enim honoris militiæ videtur fortior priuilegio veteris militiæ. Id siquidem est quod significant verba illa Modestini *olim militum*. Vt intelligamus eum,

l.sed & milites 8. D. hoc tit.

qui ho-

qui hodie miles sit, aut qui intra annum missionis constitutus & veteranus, adhuc miles esse videatur, meliore esse condicione, siue quòd miles adhuc sit, siue quòd militiæ ipsius memoria tam sit recens, vt militis iure censeri propemodum debeat, quamuis non in omnibus hoc generaliter & indistinctè procedat. Plus enim priuilegij in quibusdã habet miles, quàm veteranus *l. eius militis* 34. §. 1. D. *de testam milit.* Priuilegium ergo præsentis, aut recenter præteritæ militiæ potentius est coæqualitate honoris militaris, Sed coæqualitas illa potentior est priuilegio veteris militiæ & post missionis annum iam senescentis. Et hoc est quod nostri iactitant, Priuilegiatum non vti priuilegio contra æquè priuilegiatum, quod admitti quidem potest, vbi cætera sunt paria, sed non aliter, Vt scripsimus in Rationalibus ad *l. verum* 11. §. *penult.* D. *de minor. & ad l. vlt.* D. *ex quib. caus. maior.* Addit verò Modestinus in *d. l. sed & milites*, Nisi qui compleuerunt militiæ tempus, & post annum à die missionis vocantur ad tutelam alias fortassis habeant iustas tutelæ excusationes, vt puta numerum liberorum, vel quid aliud tale quale & priuatos quoslibet aduersus omnes excusare consueuit. Nec enim amissio, aut denegatio vnius excusationis alias perimit, vel adimit si aliud nihil obstet *§. qui autem hoc tit. l. propter* 21. §. 1. D. *eod.* Subiungit, Eorum qui olim milites fuerunt solos filios, non etiam nepotes priuilegium illud habere nec contra eos possint vti excusatione illi qui militiæ tempora compleuerunt si ad tutelam vocentur post annum missionis, Nepotes námque ipsorum sicut sunt vno gradu remotiores, ita minus habent priuilegij, Imò nihil penitus, sed eodem loco & iure cum priuatis censentur, vt contra eos perinde ac contra priuatos alios quoslibet possit adferri excusatio, id est acsi eorum auus nũquã militasset. Priuatos. n. hîc Modestinus intelligit nõ eos tãtùm qui nõ sunt milites, sed illos cui nec milites sunt, nec militũ filij, qui scilicet hac pate quãuis & ipsi priuati sint nõ milites priuatorũ tamẽ iure non censentur, quasi succedant in partẽ honoris militiæ paternæ, Idq; tamẽ nõ tã proprio quodam iure quàm intuitu & contemplatione patris quõdam militis, cuius valde interfuit militando acquirere priuilegium hoc liberis suis impuberibus, ne quando eorum vtilitates tam facilè desererentur. Affectu scilicet paterno cuius maximè proprium est vt patrem de liberis longè magis quàm de seipso sollicitum reddat *vulg. l. isti quidem* 8. D. *quod met. caus. l. vlt.* C. *de curat. furios. l. amicissimos* 36. *in fin.* D. *hoc tit.* Cur autem melior hac parte causa sit filiorum, quàm nepotum ratio nõ alia, vel melior quærenda est, quàm quæ à nobis iam indicata est, quòd coniunctiones sint parentibus filij quàm nepotes, qui non nisi per mediam filij personam auo coniunguntur *l. dotem* 6. D. *de coll. bon.* ideóque & minùs dilecti auo fuisse credendi sunt, cùm prout quisque proximior est eo & dilectior fuisse videatur *l. omnia* 32. *alias l. cum ita §. in fideicommisso l. peto* 69. *§. frater delegat.* 2. *l. heredes mei* 57. *§. vlt.* D. *ad* SC. *Trebell. l. vlt.* C. *de verb. signific.* Quamuis dici soleat filij appellatione etiam nepotes omnes intelligi *l. filij appellatione* 84. iunct. *l. liberorum* 220. *De verb. signific.* Id enim sic accipiendum est, vt non ex vocabuli proprietate verum sit, quod constat ex *l. quid si nepotes* 6. D. *de stam. tu tel.* sed iusta tantùm interpretatione vt Iulianus ait in *l. iusta* 201. *de verb. signif.* Interpretatio autem illa non semper sed aliquando tantùm iusta est, Nimirũ cùm neque iuris ratio, neque æquitas aut vtilitas vlla repugnat vt in *l. pen. C. de* SC. *Maced. d. Senatusconsulto* 59. *De ritu nupt. l.* 3. C. *de interd. matrim. l. si quis*

l. eius militis 34. §. 1. *de testa. milit.*

d. l. sed & milites.

§. qui autem hoc tit. l. propter 21. §. 1. D. *eo*

l. amicissimos 36. *in fi. D. hoc tit.*

Qui proximior, dilectior.

l filij 84. *l. liberorũ* 220. *de verb signific. l. quid si nepotes* 6. *de testa tute. l. iusta* 201. *de verb. signific.*

filium 34.*C.de inoff.testam.* In proposito autem fauor militiæ repugnat ne tam facilè priuilegio suæ excusationis priuandus sit is qui militiæ tempora honestè compleuit,vt excusationem quam allegare non posset aduersus filium militis,nec aduersus nepotem allegare possit,Denique odiosa & iniusta esset interpretatio quæ quondam militi suum priuilegium auferret. Et ideò Callistratus in *d.l.liberorum* §.1.non ait simpliciter & solutè filij appellatione nepotem contineri semper, sed *filij appellatione nepotes sæpe accepi.* Ergo non semper,Quamuis paullo aliter sentire videatur Cuiacius ad *d.l.2.D.hoc tit.*

d.l.liberorū §.1.

De militibus ignominiosè dimissis, & de immunitatibus quæ ob pœnam dantur.

LOquimur autem cum Modestino de illis qui militiæ tempus honestè cõpleuerunt,quia nimirum illi qui ignominiosè dimissi sunt, existimantur similes illis qui numquã militauerunt,vt subiicit Modestinus in §.*qui nimirũ*, Nempe quod ad eam rem pertinet de qua tractamus, Vt scilicet non possint se excusare ne quidem intra annum missionis, nec contra priuatos, quemadmodum nec aliam vllam immunitatem habent *l.nec infames* 12.C. *de decur.l.* 7.§.*vlt.de interd.& relegat.l.*1.C.*de iis qui non implet.stipend.* Cæterùm deterioris in eo condicionis sunt, quàm si numquam militassent, quòd neque recipiendi sunt ad militiam si postcà velint militare tametsi à suo iudice sint absoluti *l.qui cum vno* 4.§.*ignominia missus D.de re milit.* Ergo neque ipsi habent priuilegium excusationis si vocentur ad tutelam priuati cuiuslibet,neque obligabitur quisquis aliquando miles fuerit si eorum filiis tutor detur,quominùs habeat excusationem si ea velit vti vocatus ad tutelam etiam post annum à die missionis. Nulla enim coæqualitas honoris militiæ est inter eum qui honestè militiam suam compleuit,& eum qui ignominiosè admissus fuit. Et hic sensus est eorũ Modestini verborũ quæ alioqui sunt satis intricata, *neque filiis eorum, qui olim fuerunt milites tutores dati obligabuntur.* Cur enim aut iis faueamus,aut liberis eorum qui etiam pœnam meruerunt? Ignominiosa autẽ missio est quoties quis propter delictum sacramento soluitur, etiamsi fuerit dimissus sine ignominiæ mentione *l.milites* 13.§.*missionũ* D.*de re milit.* vbi additur eum qui ignominia missus est,neque Romæ,neq; in sacro Comitatu agere posse. At cùm missionum species generales tres sint, Honesta, causaria, & ignominiosa,Et causaria illa sit cùm quis vicio animi, vel corporis minùs idoneus renunciatur *d.*§.*missionum l.*2.§.*ignominiæ D.de his qui notant. infam.* apparet causariam missionem propiùs accedere ad honestam,quàm ad ignominiosam, Est enim & illa honesta, & ideò idem iuris in vtraque constitui debebit *d.l.sed & milites* §.*ita autem l.vlt.C.de his qui non implet. stipend. sacram.solut.sunt lib.*10.*tit.*54.*l.*1.*C.de excusat.veter.causaria C.de re milit.* Planè etiam ignominia missi ab vrbicis tutelis excusantur. At non ex priuilegio cùm vrbicæ tutelæ sint omnium fauorabilissimæ, sed propter pœnam quia eis vrbem ingredi non licet §.*scribit autem ead.leg.d.l.milites* §.*missionum D. de re milit* Exemplo tutoris qui in exilium perpetuum datus est, Hunc enim constat habere excusationem *l.planè* 29.*D.eod.* quam tamen non habet is qui tantùm ad tempus exulare iussus est,Cui scilicet ad tempus faueri absurdũ esset,Cùm per tempus exilij curator in locum eius dari possit & debeat *l.tutor pupillus* 28.§.*vlt.eod.* Denique sunt quædam immunitates quæ nõ ob honorem & fauo-

d.l.sed & milites 8. §. *qui nimirũ hoc tit.*

l.qui cum vno 4.§. *ignominia missus* D. *de re milit.*

l.milites 13. §. *missionũ D.de re milit.*

*l.*2.§. *ignominiæ* D. *de his qui not. infam.*

& fauorem dantur,sed quam aliam ob causam vt in *l.5.§.conductores D.de iur. immunit.l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Rursus aliquando euenit vt quis militiæ tempus in desertione impleat,quo casu non potest videri honestè compleuisse,& ideò tanquam desertor emerito priuatur *l.3.§.qui militiæ D.de re milit.*

De illo qui neque ignominiosam neque causariam missionem passus, non tamen honestè compleuit militiæ tempora.

QVid verò si quis neque ignominiosam neque causariam missionem passus sit,nec tamen militiæ tempora honestè compleuerit? An habebit etiam remissionem tutelarum? Habebit,sed non sine distinctione quomodo habet ille,qui honestè compleuit,id est qui militauit ab anno ætatis suæ decimo septimo vsque ad quadragesimum sextum. Hæc enim ætas militaris definita est ex institutio Seruij Tulli & lege Gracchana, quam qui honestè compleuerunt emeriti appellantur,quia pleno stipendiorum numero functi sunt, stipendiis omnibus decursis vt scriptum est in *l.2.C.de his qui non implet.stipend.sacram. solut.sunt libr.10.tit.54.* Distinguendum igitur est An qui statutum militiæ tempus non compleuit,vicesimum tamen militiæ annum excesserit, an verò ante vicesimum annum dimissus sit. Qui vicesimum militiæ annum excessit similis esse creditur ei qui compleuit tempus legitimum si modò in legione vel vexillatione militauerit *l.vlt.eod.tit.* vt scilicet habeat perpetuam immunitatem. Quod tamen intellige si vel ob seruilem ætatem,vel causaria missione dimissus sit, Alioqui missionem ignominiosam,vel militiam desertam fuisse necesse esset,si verò intra vicesimum annum dimissus sit non habet continuã id est præsentem excusationem,sed vel nullam vel ad tempus, sicut & quod ad reliqua ciuilia munera pertinet. Nullam si intra quinque annos militia solutus sit. At si post quinque annos vnius anni habet immunitatem,ita vt neque ad tutelam,neque ad cætera munera vocari possit primo post missionem anno: Qui autem post octo annos dimissus est habet immunitatem biennij,qui post duo decim triennij;qui post sexdecim quadriennij. Qui denique post viginti, is omnimodo & perpetuò vt diximus excusatur. Et ita Modestinus in *d. l. sed & milites §.quandoque & seq.* Neque alia huius distinctionis temporũ ratio quærenda est,quãm quia sic fuit constitutum *l.non omnium 20.D.de legib.* Ideò autem adiecimus *si modò in legione vel vexillatione militauerit* ex *l.vltim. C. de his qui non implet.stipend.* quia si quis forte inter nocturnos custodes & vigiles qui Romæ sunt,militauerit etiamsi per viginti annos anni solius habet remissionem *d.l.sed & milites §.qui autem*, tanquam qui minore priuilegio dignus sit, ideirco fortasse vt puto,quia & minore periculo militat, Quamuis non eo minùs sit veteranus si modò & ipse honestè solutus sit : Habétque priuilegium quod alij veterani habent vt etiam legionarius filiorum illius qui inter nocturnos custodes militauit tutor esse cogatur *§.veteranus eod.leg.* Planè qui in cohortibus vrbanis permilitauit cùm & legionarius sit *d.l.vlt.* legio enim ex cohortibus constabat,& præterea sit vrbanus & vrbicus miles, habet priuilegium vt quamuis ante viginti annos dimissus sit, dummodò vel honestè vel saltem causariè,perpetuam habeat à tutelis excusationem *§.scribit autem vers. planè si quis*, fauore scilicet vrbis Romæ cuius potissimũ conseruandæ necessitas facit vrbicas militias fauorabiliores,aut vt loquitur Paulus, vrbanicianas in *l.qui muttuntur 35.§.sed & in vrbanicianis D.ex quib.caus.maior.* Nam & simili

l.2.C.de his qui non implet.stipend.

l.vlt.eod.tit.

d. l. sed & milites §. quandoque & seq.

§ qui autẽ d. l. sed & milites.

§. veteranus eod.leg.

§. scribit autem vers. planè si quis l.qui muttuntur 35.§. sed & in vrbanicianis D. ex quibus caus.maior.

Google

ratione dicimus prætorias militias, quibus custodia corporis ipsius Imperatoris committitur, esse omnium fauorabilissimas, non vt prætorij milites plus priuilegij & immunitatis hac parte habeant, quàm cæteri, sed hactenus tamen vt Tribunus qui in cohortibus prætoriis permilitauit id est assiduè non per interualla militauit excusetur à tutela etiam filiorum eius quem habuit in Tribunatu collegam *l. si Tribunus 9. D. hoc tit.* quod in cæteris omnibus diuersum est: Nam & primipilarij hoc est qui primum pilum exercent & primi ordinis centuriones sunt, licèt reliquarum tutelarum excusationem habeant, filiorum tamen alterius primipilarij tutores esse coguntur *d. l. sed & milites §. vlt.* non etiam filiorum eius qui mortis suæ tempore nō fuerit primipilarius, id est qui primum pilum ante mortem suam exercere desierit. Cùm autem dicimus non posse quē ob militiam solā excusari à tutela filiorū cōmilitonis sui non distinguimus qua de causa filii illi impuberes vel adulti indigeant tutore, vel curatore, An quia sint emancipati, An quia pater eorum decesserit. Omni enim casu cessat excusatio si alia, quàm militiæ causa nulla sit excusationis *d. l. sed & milites §. pen.* Planè si habeant constitutum numerū liberorū, poterunt haud dubiè excusari. Nam & pater posset ex ea causa excusari adeóque cōputato in liberis eo cui tutor peteretur, etsi videretur pater in ea re facere cōtra stimulos naturales vt iam suprà diximus ex *l. amicissimos 36. §. vlt. eo.* Ponendum autē necessariò est patrem aliquam habere excusationem quoties tractatur de tutela filij emancipati, cùm alioqui patrem ipsum necesse sit legitimum esse filij sui emācipati tutorē *tot. tit. supr. De legit. parem. tutel.* aut, quod frequentius est, patrē esse adhuc militē, qui proinde nec volens tutor esse possit, adeò vt neque vlla egeat excusatione, ne quidē tāquam tutor legitimus. *l. militia 4. C. qui dar. tut. vel cur. poss.* Quid si dandus sit curator puberi minori annis vigintiquinque qui iā sit ipse miles? Diximus enim primā militiā incipere anno decimoseptimo. Non ideò tamen poterit quisquā dari curator qui sit miles, nec si sit pater, qui filiū hunc emancipauerit, necdum sit defunctus: Sed dari debebit alius, etiā qui miles olim fuerit, cū priuilegiū nullum sit eorum qui milites fuerunt quominùs tutelā vel curam filiorū sui cōmilitonis suscipere cogātur, *d. l. sed & milites §. sanè verò militi*, vbi manifesto errore scriptum est *impuberi* pro *puberi* cùm impubes miles esse non possit, nec de curatore impuberi dādo tractari oporteat sed de tutore, vt neque tutor puberi datur, sed curator *l. impuberi 40. D. de adm. tut. l. si filio puberi 6. D. de confirm. tutor.* Non tamen vsque adeò tenetur is qui primipilum expleuit tutelam suscipere filiorum vnius ex suis cōmilitonibus primipilariis, quin possit & debeat solicitudinem tutelæ deponere si rursus in militares necessitates assumptus erit *l. non solùm 10. §. qui primipilum eo. tit.* Nēpe quia semper causa reipublicæ potior est causa pupillorū, quibus facilius est alium tutorem idoneum quærerē, quàm nouum reipublicæ primipilarium in locum huius de cuius virtute post expletum feliciter primipilum dubitari amplius non possit.

De illis qui in castris merent.

MIlitibus proximè similes sunt illi qui in castris merent. Nec enim isti milites sunt, quamuis iā fortè lecti tirones adeóque licet publicis expensis iter faciant donec in numeros relati sint *l. ex eo tempore 42. D. de test. milit.* præterquàm in casu *l. vnic. in fin. D. de bonor. possess. ex test. milit.* Et tamen habent excusationem si fortè eo tempore tutores dati sint ab alio quàm ab eo qui & ipse in

ipse in castris merebat *l.propter magistratum* 23.§.1.D.*hoc tit.*Nimirum quia licet non sit miles,nauat tamen operam reipublicæ.In hoc sanè minùs iuris habet quàm miles.quòd indiget excusatione nec prohibetur tutor esse si velit, nec denique excusationem vllam habet si ab eo qui in castris similiter merebat tutor datus sit,Quæ omnia in milite sunt diuersa *l militiæ* 4. *C. qui tutor. dar. poss.*Omnes milites sunt in castris merentes aut saltem pro talibus habentur etiam qui Romæ militant *l.milites* 7.D.*ex quib.caus.maior.* At non omnes in castris merentes sunt milites.Debet igitur Vlp.in *d.l.*23.§.1.de iis solis intelligi qui sic merent in castris vt tamen milites non sint.

l.propter magistratum 23.§.1.D.*hoc tit.*

l. milites 7. D. *ex quib. caus.maior.*

De excusatione ob magistratum.

EST etiam hæc vna ex iis excusationum speciebus quæ causam suam habent à fauore reipubl.Vt qui potestatem aliquam in republica habent, id est, qui sunt magistratus possint se excusare, Sic enim Diuus Marcus rescripsit, Quamuis ante susceptam tutelam deserere non ideò possint:§. *& qui potestatem hoc tit.*vbi Potestatis appellatione haud dubiè Iustinianus eos magistratus intelligit qui habent imperium *l. potestatis* 215. *de verb. signific.* id est maiores magistratus de quibus in *l.2.D.de in ius vocand.*ad exclusionem minorum magistratum qui imperium non habent puta ædilium,quos ideò constat neque à tutelis neque à cæteris oneribus publicis vllam immunitatem habere sed tantùm à priuatis muneribus *l.non tantùm* 17.§.*Is qui ædilitate* D.*hoc tit.*Nec enim Aediles potestatem vllam & imperium habuerunt nisi in seruos,aut alias personas viles quæ propemodum haberi poterant pro nullis *arg.l.eos qui* 12.D.*de decur.& filijs eor.*Et tamen fuerunt magistratus, & consequenter cum iurisdictione *l.item quæritur* 13.§.*si quis mensuras* D. *locat. l. lectos* 12. D. *de peric. & commod.rei vendit.l.*1.*& tot.tit.*De *ædilitio edicto.*

§.*& qui potestatem hoc tit.*

l. potestatis 215.*de verb. signif.*

l.2.D. de in ius vocand.

l. non tantũ 17. §. *is qui ædilitate* D. *hoc tit.*

l.eos qui 12. D.*de decur. & filys eor.*

De immunitate tributa Præsidibus prouinciarum.

HINC est quod scribit Modestinus in *l.si duas* 6.*aliàs l.athletæ*.§.*gentium* D. *hoc tit.*Præsidatus gentium tribuere immunitatem quoad in Præsidatu sunt,ne scilicet Præsides prouinciarum toto eo tempore cogãtur esse tutores. Sunt enim Præsides prouinciarum ex maioribus magistratibus,cùm omnium magistratuum qui in vrbe sunt vice ac partibus fungantur,& pleniſſimam autoritatem habeant in prouincia post Principem *l.ex omnibus* 10.*& seqq.* D.*de offic.præsid.l.si in aliam* 7.§.*vlt.& legib.seqq.*D.*de offic.Proconſ.*

l. si duas 6. *aliàs l.athletæ* §. *gentiũ D.hoc tit.*

De magistratibus ciuitatum.

SED & ciuitatum magistratus eandem remissionem habent à tutela & cura §.*remittuntur eod.leg.*ad exemplum scilicet magistratuum reipublicæ,quãuis illi non rẽ publicã sed rẽ ciuitatis tractent *l.legatis* 8.*l.sed etsi* 26.§.*vlt.*D.*ex quibus caus.maior.l.*1.*C.eod.*Non ergo tutores dari prohibentur, Possunt enim dari decreto decurionum *l.pen.*D.*qui pet.tutor.*vel à collega *l.vbi absunt* 19.§.1. D.*de tut.& cur.dat.*sed dati possunt se excusare *d.* §. *remittuntur.* Sed hoc ita si magistratus quis inueniatur eo tẽpore quo tutela ei defertur.Nã propter magistratũ quẽ quis administraturus sit in municipio certũ est non habere illũ tutelæ excusationẽ *l.propter magistratũ* 23.*in pr.D.hoc tit.*Non magis quã propter magistratũ,quẽ iã administrauerit,nec si ex causa creationis alicui facta in illo

§.*remittuntur eod. leg.*

*l.pen.*D.*qui pet.tutor.*

*l.*19.§.1.*de tut. & cur. dat.*

riundi sint cogantur esse tutores, Quale Ilienſibus datum esse antiquitus &
l. non tantùm 17. §. 1. D. hoc tit. senatusconsultis & Constitutionibus Principum refert Callistratus in *dicta lege non tantum 17. §. 1. D. hoc tit.* Tributa illis plenissima immunitate, vt etiam tutelæ excusationem habeant, scilicet eorum pupillorum, qui Ilienses non sint, Idque propter inclytam, inquit ille, nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanæ. Nam cùm tutela sit onus, Æquum sanè est, vt quemadmodum nobilitas cuiusque priuati præstat ei immunitatem ab oneribus plebeiis, ita & nobilitas inclyta ciuitatis tribuat ciuibus suis immunitatem, etiam ab onere tutelæ, quamuis tutela non sit munus plebeium, à quo scilicet, ne quidem Senatores excusantur *l. Spadonem 15. §. scire oportet eod.* dum ne vltra centesimum lapidem vrbis tutelam administrare cogantur *dicta lege propter litem 21. §. nec Senatores eod.* Ideóque vocat Callistratus plenissimam illam immunitatem, quæ tutelas quoque comprehendat. Honor verò magnus est ciuitatis cuius ciues onus hoc non sentiunt à quo nec immunes quidem sunt Senatores. Datum
l. spadonem 15. §. scire oportet eod. d. l. propter litem. § nec Senatores.
l 1. D. ad municip. etiam est Ilienſibus aliud priuilegium de quo Vlpian. in *l. 1. D. ad municipes* vt qui ex diuersarum ciuitatum parentibus oriundi sunt, matris Ilienſis originem sequantur. Sed priuilegium illud neque ad rem nostram pertinet, neque proprium est Ilienſium. Simile enim & Delphis & Ponticis datum fuit, vt ibidem Vlpianus refert. Nescio autem an his nostris temporibus ciuitas vlla sit tam inclytæ nobilitatis vt tale priuilegium habeat, id est tam plenæ immunitatis, vt tutelæ quoque comprehendantur.

De excusatione à cura eius cuius tutelam quis gesserit.

DEnique qui tutelam alienius gessit, inuitus curator eiusdem fieri non compellitur, Intantum vt licèt paterfamilias qui testamento tutorem dedit adiecerit se eundem curatorem dare, tamen inuitus ille curam
§ qui tutelam hoc tit. suscipere non cogatur *§. qui tutelam hoc tit.* vbi refert Iustinianus ita rescriptum fuisse ab Imperatoribus Seuero & Antonino, quorum tamen rescriptum non habemus. Extat sanè aliud Imperatorum Diocletiani & Ma-
l. curator 20. C. eod. ximiani quo idipsum continetur in *l. curator 20. C. eod.* Ratio est quia licèt non pauciores quàm tres tutelæ, vel curatoriæ, siue separatæ, siue mixtæ soleant tribuere immunitatem, vt diximus in præcedentibus, Tamen cùm tutela sit onus, absurdum & iniquum est duplici onere quem prægrauari ratione eiusdem personæ, sicut & ratione eiusdem rei *l. Titia cum te-*
l. æstimationem 19. §. vlt. D. de muner. & honor. *stamento 34. §. qui inuita de legat. 2.* Nam nec reipublicæ defensionem amplius quàm semel suscipere quisquam cogitur ne in eo nimis oneretur, Nisi id fieri necessitas postulet quæ semper excipienda est *l. æstimationem 16. §. vltim. D. de muner. & honor.* vt neque prouinciæ sacerdotium iterare *l. sponte 17. eod.* *l. vlt. §. 1. de vacat. & excus. muner.* *l. sponte 17. eod.* Dissimile est, quod Modestinus scribit in *l. vltim. §. 1. De vacat. & excusat. muner.* Neminem eodem tempore duas curas operis administrare. Nec enim eodem tempore tutela & cura eiusdem personæ administrantur.

H.L.

ILLATIO III.

De *excusando à tutela eò qui reipub. operam nauare cogitur.*

TErtiò ex eodē nostro Princ. sit, vt si quando is qui tutor creatur, reipublicæ operam nauare cogatur, excusari ob eam causam debeat à tutela. Nam cùm tutela non sit onus aut munus reipublicæ, vt Principium nostrum habet, Reipublicæ autem præcipuam semper causam esse necesse sit ex vetere illa lege duodecim tabularum quæ nullas vnquam patitur exceptiones *salus populi suprema lex esto*, prorsus consequens est vt oneri tutelæ anteponi debeat onus & fauor reipublicæ. Hinc natæ sunt variæ excusationes aliæ, Puta, Ob absentiā reipub. causa Ob militiam, Ob magistratum, Ob professionem aliquam, siue literarum, siue aliam quæ tanto hoc fauore digna videatur, Ob immunitatem Collegiis concessam, Ob assumptionem in Collegam aut aliam curam pro repub. susceptam, & si quę sunt aliæ similes, De quibus etiam singulis tractandum nobis est.

Varia excusationū species quæ omnes à reipub. fauore proficiscuntur.

De *excusatione ob absentiam reipub. causa.*

QVi reipublicæ causa absunt à tutela eúmque excusantur §. *item reipublicæ hoc tit.* Cùm fieri nullomodo possit vt absint Reipublicæ causa, & adsint tutelæ gratia. In pari autem iure potior & fauorabilior sit causa reipublicæ vt diximus. Proinde nihil interest an quis iam absit, an verò abfuturus sit reipublicæ causa, Nisi quod hic non absolutè excusare se potest, sed ad tempus quandiu scilicet abfuturus est *l. 1. C. si tut. vel curat. reipub. caus. aber.* quia vbi redierit, nihil causæ erit cur non possit & debeat tutelam suscipere. Quod si se non excusauerit vtique medij temporis periculum sustinebit, sed ita tamen vt qui postea in eius locum datus fuit, vt administraret, & administrauit, prior conuenīatur *d. l. 1.* Nam & qui cùm iam dati essent tutores, vel curatores, postea reipub. causa abesse cœperunt à tutela quidem vel cura excusantur, sed non simpliciter & absolutè, at eatenus tantùm quatenus reipub. causa absunt, & interea curator eorum loco datur, qui vbi reuersi fuerint, statim recipiūt onus tutelæ, Adeò vt nec anni habeant vacationem quam habent ij qui ad nouas tutelas sunt vocati *l. 2. C. hoc tit.* Alia igitur & melior condicio eorū est qui reipublicæ causa abfuerunt, quàm qui vel absunt, vel abfuturi sunt, quoniā qui abfuerunt anni vacationē habent si ad nouā tutelā vocentur *l. non solum 10. in prin. D. hoc tit.* vbi Modestinus ait priuilegium hoc non iis tātùm competere qui ad caligatas, id est minores & leuiores militias & reliquas primipilarij militauerunt, sed omnibus etiam qui qualitercumque necessitatis publicæ plebis Romanorum gratia absentes fuerunt, vt anni vacationem habeant post reuersionem. Nimirum vt respirationem aliquam habeant nec longiore & assidua oneris continuatione prægrauentur. Nō tamen iis competere qui tutelas quas priùs habebāt propter hoc deposuerunt, quod publici negotij causa abibant. Annus enim, inquit Modestinus, ad futuras nouásque tutelas datur, non ad eas, quæ resumi debent. Est enim fauorabilior excusatio aduersus tutelam nondum susceptam, quàm aduersus eam, quæ iam suscepta licèt deposita sit. Adeò facilius est, vt multa facta teneant, quæ tamē fieri prohibētur *vulg. l. patre furioso 8. de his qui sunt sui vel alie. iur.* Sic dicimus, Honorem gerētibus vacationem tutelarum cōcedi, sed iis tātùm qui tunc primùm

§. item reipublicæ hoc tit.

l. 1. C. si tut. vel curat. reipu. caus. aber.

l. 2. C. hoc tit.

l. non solum 10. in prin. hoc tit.

Digitized by Google

l.in omnẽ rẽ 13.*& seq.*D.*de tut.& cur.dat.*vbi ob hãc cãusam scribit Paulus,in locũ huiusmodi tutoris dãdũ esse aliũ nõ tutorẽ,sed curatorẽ:Adieci *à testatore*, quia si quis abfuturus reipu.causa ita sit à magistratu excusatus, vt alius in eius locum tutor datus sit magis est vt tutor esse desinat & iam exinde actione tutelæ possit conueniri & quidẽ directa *l.si tutor* 9.*in prin.D.de tutel.& rat. distr.* aut saltem vtili post reassumptam à reuerso tutelam & administrationem *l.*3. *§.si quis abfuturus D.de suspect.tutor.* Quod in testamentaria tutela non similiter tractari potest. Quamuis plerique putent post Accursium, Eum qui in locum absentis causa reipublicæ datur tutorem dici minus propriè pro curatore in *l.quæsitum* 12.iunct.*l.seq.*D.*de tutel.l.*1.2.*& pass.*C.*in quib.casib. tut.habent l.quòd si fortè* 14.*§.sed etsi abfuturo* D.*de solut.l.*3.*§.si quis abfuturus* D. *de suspect.tut.l.si tutor* 9.*De tutel.& rat.distr.l.*3.C.*arbitr.tute.l.ne lucrum C.de curat.furios.*Sanè neque necesse neque possibile est nouam tutelam dici quandiu supersit vetus, Proinde nec Titio quicquam proderit quod aliam quoque excusationem puta ob liberos,interim quæsierit,quia post susceptam tutelam superueniens causa excusationis non adfert excusationem *l.*2.*§. oportet & §.numerum D.hoc tit.* Planè qui in perpetuum excusantur à tutela ferè est,vt tutores esse desinant,ideóque in eorum locum dari alium tutorem nihil prohibet,vt sentit Cuiac.ex *§.vlt.Inst.quib.mod.tutel.finit.l.pen.*D.*de tutel. l.si quis sub condicione* 11.*§.vlt. D de testam.tutel.l.pen.*C.*in quib.casib.tutor.habent.* Sed & fieri alio casu potest,vt qui absit reipublicæ causa, in perpetuum excusetur puta si absit trans mare,vt in *l.verum* 11.*§.ex facto* D.*de minor.*vbi dicitur hũc deponere tutelam,vt proinde in eius locum etiam tutor,dari possit,& debeat non curator. Extra hos casus tutorem habenti tutor non detur,siue quòd actus legitimi,non reiterentur vt ait Cuiacius,quia esset absurdum legem actũ agere,siue potiùs quòd non possit quisquam esse eodem tempore in potestate duorum in solidum *l.si filiusfamilias* 33.D.*de testam.milit.* Nam etsi plures simul fieri tutores possunt *l.simul* 23.*de tutor.& curat.dat.*id tamen ita est,quia tunc omnes vnius tantùm vice funguntur, nec nisi omnium simul vna est potestas.

l.in omnem rem 13. *& seq.*D. *de tutor. & cur. dat. l si tutor* 9 *de tutel. & rat. distr.*

De tutore testamentario dato in diem,vel sub condicione non absentiæ.

AT finge in testamento ita scriptum esse *Titius tutor esto. Cùm Reipublicæ causa aberit tutor ne esto., Cùm redierit tutor esto.* In qua specie cùm posterioribus verbis videatur Titius datus tutor & post diem & sub condicione (nam in testamentaria tutela vtrumque fieri potest,non etiam in dariua *l.muto* 6.*§.sub condicione* D.*de tutel.l.si quis sub condicione* 11.D.*de testam.tutel.*) illa priùs quæstio tractanda videtur,An qui sic datus est tutor,habeat se excusandum intra tempora constituta priùs etiam quàm dies vel condicio venerit,an verò expectare dici,vel condicionis euentum debeat. Sed cùm verissimum sit non esse illum tutorem priùs quàm dies,aut condicio venerit, adeóque nec antequàm sit adita hereditas si fortè dies,vel condicio venisse proponatur ante aditam hereditatẽ,Consequens est,vt neque proponendæ excusationis tempora priùs currere incipiant,Ne absurdũm illud sequatur, vt se quis à tutela excusare debeat priusquàm ad suscipiendam tutelam vrgeri possit. Hoc igitur ita supposito, si quæratur an Titio postquàm rediit & abesse reipublicæ

causa desiit, danda sit anni excusatio ne tutelam sibi eo testamento delatam iterum suscipere compellatur, Eadem inspectio occurrit in qua superioris quæstionis statum consistere diximus, An vna tutela sit, an duæ. Nam si vna tantùm tutela est, non debet admitti excusatio, si duæ admittenda est, Concludit autem Tryphoninus in *d.l.pen.§.1.* Nouam esse hanc tutelam quæ reuerso Titio defertur, Nempe quia desiit esse tutor testamentarius ex illis testamenti verbis *cùm reipublicæ causa aberit, tutor ne esto*, siquidem potest quilibet testator, vt ex die & sub cõdicione ita & ad diem dare & vsque ad certum tempus & vsque ad condicionem, Quod cùm euenit tutor esse ipso iure desinit qui ad tempus illud datus fuit *l.tutor datus* 8.§.1.& 2.D.*de testam.tutel.* Porrò qui semel tutor esse desiit non potest iterum fieri tutor quin noua tutela sit. Ergo quamuis ille qui anteà excusatus idcò est, quòd abfuturus esset reipub.causa continuò atque reuersus est, hæreat tutelis antè susceptis, id est etiam intra annum, Fatendum tamen est hunc de quo agimus posse intra annũ se excusare, quia secunda tutela est, & noua, Nec intra annum duntaxat, sed etiam in perpetuum se excusare poterit, si fortè medio tempore aliam nouam eámque non temporalem, sed perpetuam nactus sit excusationem, puta ob liberos interim susceptos ad eum vsque numerum qui legibus & constitutionibus præfinitus est.

l.pen. §.1. hoc tit. l.tutor datus 8. §.1.& 2.D. testam.tute.

De excusatione ob militiam.

SVperiori excusationi proxima & finitima illa est, quæ ob militiam datur. Omniũ enim maximè abesse reipublicę causa videntur ij qui pro republica militant, Intantùm vt illi etiam qui Romæ militant pro reipublicæ causa absentibus habeantur *l.milites* 7.D.*ex quib.caus. maior. l.si maritus* 15. *§.quòd si præsens* D.*ad leg.Iul.de adult.* Imò hoc amplius est in milite quod nec volens tutor dari potest *§.idem in milite hoc tit.* Nec magis si legitimus tutor, quàm si testamento, vel à magistratu datus sit *l.militia* 4.C.*qui dar.tutor.vel curat.poss.* Cùm cæteri qui reipublicæ causa absunt, vel abfuturi sunt, possint omittere excusationem *l.1.C.si tut.vel.curat.reipub.caus.abess.cæper.* Nempe quia milites armis non priuatis negotiis occupari oportet, vt numeris & signis suis iugiter inhærentes, rempublicam à qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendant, inquit Leo Imperator in *l.milites* 31.C.*de locat.* Veteranus tamen quia miles amplius non est potest tutor esse si velit &, ideò indiget excusatione *l.*2.C.*de excusat.veteran.*

l.milites 7. D.ex quib. caus.maior. §. idem & in milite hoc tit.
l. militia 4. C. qui dar. tut.vel cur. poss.l.1. C si tut.vel cur. reip. caus. abess cæper. l. milites 31. C. de locat. l 2.C de excus.veter.

De iis qui post militiæ tempus honestè completum milites esse desierunt.

NOn solùm autem milites hanc excusationem habẽt, sed etiam si qui milites esse desierunt si modò militiæ tempus honestè compleuerint *l.sed & milites* 8.D.*hoc tit.* vbi Modestinus ait habere istos remissionem tutelarum aduersus omnes hodie priuatos, id est aduersus omnium hodie priuatorum liberos. Nam vt ille subiungit aduersus filios eorum, qui eidem ordini communicauerunt, id est (sic enim malo legere quàm *&*) eorum qui olim milites fuerunt, non idem sine distinctione dici potest. Intra annum dimissionis quidem habent remissionem, sed post annum non habent. Coæqualitas enim honoris militiæ videtur fortior priuilegio veteris militiæ. Id siquidem est quod significant verba illa Modestini *olim militum*. Vt intelligamus eum,

l.sed & milites 8. D. hoc tit.

qui ho-

qui hodie miles sit, aut qui intra annum missionis constitutus & veteranus, adhuc miles esse videatur, meliore esse condicione, siue quòd miles adhuc sit, siue quòd militiæ ipsius memoria tam sit recens, vt militis iure censeri propemodum debeat, quamuis non in omnibus hoc generaliter & indistinctè procedat. Plus enim priuilegij in quibusdã habet miles, quàm veteranus *l. eius militis* 34. §. 1. D. *de testam milit.* Priuilegium ergo præsentis, aut recenter præteritæ militiæ potentius est coæqualitate honoris militaris, Sed coæqualitas illa potentior est priuilegio veteris militiæ & post missionis annum iam senescentis. Et hoc est quod nostri iactitant, Priuilegiatum non vti priuilegio contra æquè priuilegiatum, quod admitti quidem potest, vbi cætera sunt paria, sed non aliter, Vt scripsimus in Rationalibus ad *l. verum* 11. §. *penult.* D. *de minor. & ad l. vlt.* D. *ex quib. caus. maior.* Addit verò Modestinus in *d. l. sed & milites*, Nisi qui compleuerunt militiæ tempus, & post annum à die missionis vocantur ad tutelam alias fortassis habeant iustas tutelæ excusationes, vt puta numerum liberorum, vel quid aliud tale quale & priuatos quoslibet aduersus omnes excusare consueuit. Nec enim amissio, aut denegatio vnius excusationis alias perimit, vel adimit si aliud nihil obstet *§. qui autem hoc tit. l. propter* 21. §. 1. D. *eod.* Subiungit, Eorum qui olim milites fuerunt solos filios, non etiam nepotes priuilegium illud habere ne contra eos possint vti excusatione illi qui militiæ tempora compleuerunt si ad tutelam vocentur post annum missionis, Nepotes namque ipsorum sicut sunt vno gradu remotiores, ita minus habent priuilegij, Imò nihil penitus, sed eodem loco & iure cum priuatis censentur, vt contra eos perinde ac contra priuatos alios quoslibet possit adferri excusatio, id est acsi eorum auus nũquã militasset. Priuatos. n. hîc Modestinus intelligit nõ eos tãtùm qui nõ sunt milites, sed illos cui nec milites sunt, nec militũ filij, qui scilicet hac pate quãuis & ipsi priuati sint nõ milites priuatorũ tamẽ iure non censentur, quasi succedant in partẽ honoris militiæ paternæ, Idq; tamẽ nõ tã proprio quodam iure quàm intuitu & contemplatione patris quõdam militis, cuius valde interfuit militando acquirere priuilegium hoc liberis suis impuberibus, ne quando eorum vtilitates tam facilè desererentur. Affectu scilicet paterno cuius maximè proprium est vt patrem de liberis longè magis quàm de seipso sollicitum reddat *vulg. l. isti quidem* 8. D. *quod met. caus. l. vlt.* C. *de curat. furios. l. amicissimos* 36. *in fin.* D. *hoc tit.* Cur autem melior hac parte causa sit filiorum, quàm nepotum ratio nõ alia, vel melior quærenda est, quàm quæ à nobis iam indicata est, quòd coniunctiones sint parentibus filij quàm nepotes, qui non nisi per mediam filij personam auo coniunguntur *l. dotem* 6. D. *de coll. bon.* idcóque & minùs dilecti auo fuisse credendi sunt, cùm prout quisque proximior est eo & dilectior fuisse videatur *l. omnia* 32. *alias l. cum ita §. in fideicommisso l. peto* 69. *§. fratre delegat.* 2. *l. heredes mei* 57. *§. vlt.* D. *ad* SC. *Trebell. l. vlt.* C. *de verb. signific.* Quamuis dici soleat filij appellatione etiam nepotes omnes intelligi *l. filij appellatione* 84. iunct. *l. liberorum* 220. *De verb. signific.* Id enim sic accipiendum est, vt non ex vocabuli proprietate verum sit, quod constat ex *l. quid si nepotes* 6. D. *ad Tertullian.* sed iusta tantùm interpretatione vt Iulianus ait in *l. iusta* 201. *de verb. signific.* Interpretatio autem illa non semper sed aliquando tantùm iusta est, Nimirũ cùm neque iuris ratio, neque æquitas aut vtilitas vlla repugnat vt in *l. pen.* C. *de* SC. *Maced.* d. Senatusconsulto 59. *De ritu nupt. l. 3.* C. *de interd. matrim. l. si quis*

l. eius militis 34. §. 1. *de testam. milit.*

d. l. sed & milites.

§. qui autem hoc tit. l. propter citã 21. §. 1. *D. eo*

l. amicissimos 36. *in fi. D. hoc tit.*

Qui proximior, dilectior.

l filij 84. *l. liberorũ* 220. *de verb signific. l. quid si nepotes* 6. *de testa tute. l. iusta* 201. *de verb. signific.*

filium 34.*C.de inoff.testam.* In propositio autem fauor militiæ repugnat ne tam facilè priuilegio suæ excusationis priuandus sit is qui militiæ tempora honestè compleuit,vt excusationem quam allegare non posset aduersus filium militis,nec aduersus nepotem allegare possit,Denique odiosa & iniusta esset interpretatio quæ quondam militi suum priuilegium auferret. Et ideò Callistratus in *d.l.liberorum* §.1.non ait simpliciter & solutè filij appellatione nepotem contineri semper, sed *filij appellatione nepotes sæpe accepi.* Ergo non semper,Quamuis paullo aliter sentire videatur Cuiacius ad *d.l.* 2.*D.hoc tit.*

d.l.liberorū § 1.

De militibus ignominiosè dimissis,& de immunitatibus quæ ob pœnam dantur.

LOquimur autem cum Modestino de illis qui militiæ tempus honestè cõpleuerunt,quia nimirum illi qui ignominiosè dimissi sunt, existimantur similes illis qui numquã militauerunt,vt subiicit Modestinus in §.*qui nimirũ*, Nempe quod ad eam rem pertinet de qua tractamus, Vt scilicet non possint se excusare ne quidem intra annum missionis, nec contra priuatos, quemadmodum nec aliam vllam immunitatem habent *l.nec infames* 12.C. *de decur.l.* 7.§.*vlt.de interd.& relegat.l.*1.C.*de iis qui non implet.stipend.* Cæterùm deterioris in eo condicionis sunt, quàm si numquam militassent, quòd neque recipiendi sunt ad militiam si postcà velint militare tametsi à suo iudice sint absoluti *l.qui cum vno* 4.§.*ignominia missus D.de re milit.* Ergo neque ipsi habent priuilegium excusationis si vocentur ad tutelam priuati cuiuslibet,neque obligabitur quisquis aliquando miles fuerit si eorum filiis tutor detur,quominùs habeat excusationem si ea velit vti vocatus ad tutelam etiam post annum à die missionis. Nulla enim coæqualitas honoris militiæ est inter eum qui honestè militiam suam compleuit,& eum qui ignominiosè admissus fuit. Et hic sensus est eorũ Modestini verborũ quæ alioqui sunt satis intricata, *neque filiis eorum, qui olim fuerunt milites tutores dati obligabuntur.* Cur enim aut iis faueamus,aut liberis eorum qui etiam pœnam meruerunt? Ignominiosa autẽ missio est quoties quis propter delictum sacramento soluitur, etiamsi fuerit dimissus sine ignominiæ mentione *l.milites* 13.§.*missionũ D.de re mili.* vbi additur eum qui ignominia missus est,neque Romæ,neq; in sacro Comitatu agere posse.At cùm missionum species generales tres sint, Honesta, causaria, & ignominiosa,Et causaria illa sit cùm quis vicio animi, vel corporis minùs idoneus renunciatur *d.*§.*missionum l.*2.§.*ignominiæ D.de his qui notant. infam.* apparet causariam missionem propiùs accedere ad honestam,quàm ad ignominiosam, Est enim & illa honesta, & idcò idem iuris in vtraque constitui debebit *d.l.sed & milites* §.*ita autem l.vlt.C.de his qui non implet. stipend. sacram.solut.sunt lib.*10.*tit.*54.*l.*1.*C.de excusat.veter.causaria C.de re milit.* Planè etiam ignominia missi ab vrbicis tutelis excusantur. At non ex priuilegio cùm vrbicæ tutelæ sint omnium fauorabilissimæ, sed propter pœnam quia eis vrbem ingredi non licet §.*scribit autem eod.leg.d.l.milites* §.*missionum D. de re milit* Exemplo tutoris qui in exilium perpetuum datus est, Hunc enim constat habere excusationem *l.planè* 29.*D.eod.* quam tamen non habet is qui tantùm ad tempus exulare iussus est,Cui scilicet ad tempus faueri absurdũ esset,Cùm per tempus exilij curator in locum eius dari possit & debeat *l.tutor pupillus* 28,§.*vlt.eod.* Denique sunt quædam immunitates quæ nõ ob honorem

d.l. sed & milites 8. §. *qui nimirũ hoc tit.*

l. qui cum vno 4 §. *ignominia missus* D. *de re milit.*

l. milites 13. §. *missionũ D.de re milit.*

*l.*2.§. *ignominiæ* D. *de his qui not. infam.*

& fauo-

& fauorem dantur,sed quam aliam ob causam vt in *l.5.§.conducteres D.de iur. immunit.l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* Rursus aliquando euenit vt quis militiæ tempus in desertione impleat,quo casu non potest videri honestè compleuisse,& ideò tanquam desertor emerito priuatur *l.3.§.qui militiæ D.de re milit.*

De illo qui neque ignominiosam neque causariam missionem passus, non tamen honestè compleuit militiæ tempora.

QVid verò si quis neque ignominiosam neque causariam missionem passus sit,nec tamen militiæ tempora honestè compleuerit? An habebit etiam remissionem tutelarum? Habebit,sed non sine distinctione quomodo habet ille,qui honestè compleuit,id est qui militauit ab anno ætatis suæ decimo septimo vsque ad quadragesimum sextum. Hæc enim ætas militaris definita est ex instituto Serui Tulli & lege Gracchana, quam qui honestè compleuerunt emeriti appellantur,quia pleno stipendiorum numero functi sunt, stipendiis omnibus decursis vt scriptum est in *l.2.C.de his qui non implet.stipend.sacram. solut.sunt hòr.10.tit.54.* Distinguendum igitur est An qui statutum militiæ tempus non compleuit,vicesimum tamen militiæ annum excesserit, an verò ante vicesimum annum dimissus sit. Qui vicesimum militiæ annum excessit similis esse creditur ei qui compleuit tempus legitimum si modò in legione vel vexillatione militauerit *l.vlt.eod.tit.* vt scilicet habeat perpetuam immunitatem. Quod tamen intellige si vel ob seruilem ætatem,vel causfaria missione dimissus sit, Alioqui missionem ignominiosam,vel militiam desertam fuisse necesse esset,si verò intra vicesimum annum dimissus sit non habet continuã id est præsentem excusationem,sed vel nullam vel ad tempus, sicut & quod ad reliqua ciuilia munera pertinet. Nullam si intra quinque annos militia solutus sit. At si post quinque annos vnius anni habet immunitatem,ita vt neque ad tutelam,neque ad cætera munera vocari possit primo post missionem anno: Qui autem post octo annos dimissus est habet immunitatem biennij,qui post duo decim triennij:qui post sexdecim quadriennij. Qui denique post viginti, is omnimodo & perpetuò vt diximus excusatur. Et ita Modestinus in *d. l. sed & milites §.quandoque & seq.* Neque alia huius distinctionis temporũ ratio quærenda est,quàm quia sic fuit constitutum *l.non omnium* 20.D.*de legib.* Ideò autem adiecimus *si modò in legione vel vexillatione militauerit* ex *l.vltim. C. de his qui non implet.stipend.* quia si quis fortè inter nocturnos custodes & vigiles qui Romæ sunt,militauerit etiamsi per viginti annos anni solius habet remissionem *d.l.sed & milites §.qui autem,* tanquam qui minore priuilegio dignus sit, ideirco fortasse vt puto,quia & minore periculo militat, Quamuis non eo minùs sit veteranus si modò & ipse honestè solutus sit : Habétque priuilegium quod alij veterani habent vt etiam legionarius filiorum istius qui inter nocturnos custodes militauit tutor esse cogatur *§.veteranus eod.leg.* P anè qui in cohortibus vrbanis permilitauit cùm & legionarius sit *d.l.vlt.* legio enim ex cohortibus constabat,& præterea sit vrbanus & vrbicus miles, habet priuilegium vt quamuis ante viginti annos dimissus sit, dummodò vel honestè vel saltem causariè,perpetuam habeat à tutelis excusationem *§. scribit autem vers. planè si quis,* fauore scilicet vrbis Romæ cuius potissimũ conseruandæ necessitas facit vrbicas militias fauorabiliores,aut vt loquitur Paulus, vrbanicianas in *l.qui muttuntur 35.§.sed & in vrbanicianis D.ex quib.caus.maior.* Nam & simili

l.2.C.de his qui non implet.stipend.

l.vlt.eod.ti.

d. l. sed & milites 8. §. quandoque & seq.

§ qui autẽ d. l. sed & milites.

§. veteranus eod.leg. §. scribis autem vers. planè si quis l.qui muttuntur 35.§. sed & in vrbanicianis D. ex quibus caus.maior.

ratione dicimus prætorias militias, quibus custodia corporis ipsius Imperatoris committitur, esse omnium fauorabilissimas, non vt prætorij milites plus priuilegij & immunitatis hac parte habeant, quàm cæteri, sed hactenus tamen vt Tribunus qui in cohortibus prætoriis permilitauit id est assiduè non per interualla militauit excusetur à tutela etiam filiorum eius quem habuit in Tribunatu collegam *l. si Tribunus 9. D. hoc tit.* quod in cæteris omnibus diuersum est: Nam & primipilarij hoc est qui primum pilum exercent & primi ordinis centuriones sunt, licèt reliquarum tutelarum excusationem habeant, filiorum tamen alterius primipilarij tutores esse coguntur *d. l. sed & milites §. vlt.* non etiam filiorum eius qui mortis suæ tempore nō fuerit primipilarius, id est qui primumpilum ante mortem suam exercere desierit. Cùm autem dicimus non posse quē ob militiam solā excusari à tutela filiorū cōmilitonis sui non distinguimus qua de causa filii illi impuberes vel adulti indigeant tutore, vel curatore, An quia sint emancipati, An quia pater eorum decesserit. Omni enim casu cessat excusatio si alia, quàm militiæ causa nulla sit excusationis *d. l. sed & milites §. pen.* Planè si habeant constitutum numerū liberorū, poterunt haud dubiè excusari. Nam & pater posset ex ea causa excusari adeóque cōputato in liberis eo cui tutor peteretur, etsi videretur pater in ea re facere cōtra stimulos naturales vt iam suprà diximus ex *l. amicissimos 36. §. vlt. eo.* Ponendum autē necessariò est patrem aliquam habere excusationem quoties tractatur de tutela filij emancipati, cùm alioqui patrem ipsum necesse sit legitimum esse filij sui emācipati tutorē *tot. tit. supr. De legit. parent. tutel.* aut, quod frequentius est, patrē esse adhuc militē, qui proinde nec volens tutor esse possit, adeò vt neque vlla egeat excusatione, ne quidē tāquam tutor legitimus. *l. militia 4. C. qui dar. tut. vel cur. poss.* Quid si dandus sit curator puberi minori annis vigintiquinque qui iā sit ipse miles? Diximus enim primā militiā incipere anno decimoseptimo. Non ideò tamen poterit quisquā dari curator qui sit miles, nec si sit pater, qui filiū hunc emancipauerit, necdum sit defunctus: Sed dari debebit alius, etiā qui miles olim fuerit, cū priuilegiū nullum sit eorum qui milites fuerunt quominùs tutelā vel curam filiorū sui cōmilitonis suscipere cogātur, *d. l. sed & milites §. sanè verò militi*, vbi manifesto errore scriptum est *impuberi* pro *puberi* cùm impubes miles esse non possit, nec de curatore impuberi dādo tractari oporteat sed de tutore, vt neque tutor puberi datur, sed curator *l. impuberi 40. D. de adm. tut. l. si filio puberi 6. D. de confirm. tutor.* Non tamen vsque adeò tenetur is qui primipilum expleuit tutelam suscipere filiorum vnius ex suis cōmilitonibus primipilariis, quin possit & debeat solicitudinem tutelæ deponere si rursus in militares necessitates assumptus erit *l. non solùm 10. §. qui primipilum eo. tit.* Nēpe quia semper causa reipublicæ potior est causa pupillorū, quibus facilius est alium tutorem idoneum quærerē, quàm nouum reipublicæ primipilarium in locum huius de cuius virtute post expletum feliciter primipilum dubitari amplius non possit.

l. si tribunus 9. D. hoc tit.

d. l. sed & milites §. vl.

d. l sed & milites §. pen.

l. amicissimos 36. §. vlt. eod.

d. l. militia 4. C. qui dar. tut. vel cur. poss.

d. l. sed an milites §. ita verò militi. l. impuberi 40 de adm. tut. l. si filio puberi 6. D. de confirm. tut. l. non solùm 10. §. qui primipilum eo. tit.

De illis qui in castris merent.

Militibus proximè similes sunt illi qui in castris merent. Nec enim isti milites sunt, quamuis iā fortè lecti tirones adeóque licet publicis expensis iter faciant donec in numeros relati sint *l. ex eo tempore 42. D. de test. milit.* præterquàm in casu *l. vnic. in fin. D. de bonor. possess. ex testam. milit.* Et tamen habent excusationem si fortè eo tempore tutores dati sint ab alio quàm ab eo qui & ipse in

l. ex eo tempore 42. D. de test. milit. l. vnic. in fin. de bonor. poss. ex test. milit.

ipſe in caſtris merebat *l.propter magiſtratum* 23.§.1.D.*hoc tit.* Nimirum quia licèt non ſit miles, nauat tamen operam reipublicæ. In hoc ſanè minùs iuris habet quàm miles. quòd indiget excuſatione nec prohibetur tutor eſſe ſi velit, nec denique excuſationem vllam habet ſi ab eo qui in caſtris ſimiliter merebat tutor datus ſit. Quæ omnia in milite ſunt diuerſa *l.militiæ* 4. *C. qui tutor. dar. poſſ.* Omnes milites ſunt in caſtris merentes aut ſaltem pro talibus habentur etiam qui Romæ militant *l.milites* 7. D.*ex quib. cauſ.maior.* At non omnes in caſtris merentes ſunt milites. Debet igitur Vlp. in *d.l.*23.§.1.de iis ſolis intelligi qui ſic merent in caſtris vt tamen milites non ſint.

l.propter magiſtratum 23.§.1.D.*hoc tit.*

l. milites 7. D. *ex quib. cauſ.maior.*

De *excuſatione ob magiſtratum*.

EST etiam hæc vna ex iis excuſationum ſpeciebus quæ cauſam ſuam habent à fauore reipubl. Vt qui poteſtatem aliquam in republica habent, id eſt, qui ſunt magiſtratus poſſint ſe excuſare, Sic enim Diuus Marcus reſcripſit, Quamuis ante ſuſceptam tutelam deferere non ideò poſſint: §. *& qui poteſtatem hoc tit.* vbi Poteſtatis appellatione haud dubiè Iuſtinianus eos magiſtratus intelligit qui habent imperium *l. poteſtatis* 215. *de verb. ſignific.* id eſt maiores magiſtratus de quibus in *l.2. D.de in ius vocand.* ad excluſionem minorum magiſtratum qui imperium non habent puta ædilium, quos ideò conſtat neque à tutelis neque à cæteris oneribus publicis vllam immunitatem habere ſed tantùm à priuatis muneribus *l.non tantùm* 17.§.*Is qui ædilitate* D.*hoc tit.* Nec enim Aediles poteſtatem vllam & imperium habuerunt niſi in ſeruos, aut alias perſonas viles quæ propemodum haberi poterant pro nullis *arg.l.eos qui* 12. D.*de decur. & filijs eor.* Et tamen fuerunt magiſtratus, & conſequenter cum iuriſdictione *l.item quæritur* 13.§.*ſi quis menſuras* D.*locat. l. lectos* 12. D. *de peric. & commod. rei vendit. l.1. & tot. tit.* De *ædilitæ edict.*

§. *& qui poteſtatem hoc tit.*

l. poteſtatis 215. *de verb. ſignif.*

l.2. D. de in ius vocand.

l. non tantùm 17. §. *Is qui ædilitate D. hoc tit.*

l.eos qui 12. D. *de decur. & filijs eor.*

De *immunitate tributa Præſidibus prouinciarum*.

HINC eſt quod ſcribit Modeſtinus in *l.ſi duas* 6. *aliàs l.athletæ* §.*gentium D. hoc tit.* Præſidatus gentium tribuere immunitatem quoad in Præſidatu ſunt, ne ſcilicet Præſides prouinciarum toto eo tempore cogãtur eſſe tutores. Sunt enim Præſides prouinciarum ex maioribus magiſtratibus, cùm omnium magiſtratuum qui in vrbe ſunt vicæ ac partibus fungantur, & pleniſſimam autoritatem habeant in prouincia poſt Principem *l.ex omnibus* 10. *& ſeqq.* D.*de offic. præſid. l.ſi in aliam* 7. §.*vlt. & legib. ſeqq.* D.*de offic. Proconſ.*

l. ſi duas 6. *aliàs l. athletæ* §. *gentiũ D. hoc tit.*

De *magiſtratibus ciuitatum*.

SED & ciuitatum magiſtratus eandem remiſſionem habent à tutela & cura §.*remittuntur ead. leg.* ad exemplum ſcilicet magiſtratuum reipublicæ, quãuis illi non rẽ publicã ſed rẽ ciuitatis tractent *l.legatis* 8. *l.ſed etſi* 26.§.*vlt.* D.*ex quib. cauſ. maior. l.1. C. eod.* Non ergo tutores dari prohibentur, Poſſunt enim dari decreto decurionum *l.pen.* D.*qui pet. tutor.* vel à collega *l.vbi abſunt* 19.§.1. D.*de tut. & cur. dat.* ſed dati poſſunt ſe excuſare *d.* §. *remittuntur.* Sed hoc ita ſi magiſtratus quis inueniatur eo tẽpore quo tutela ei defertur. Nã propter magiſtratũ quẽ quis adminiſtraturus ſit in municipio certũ eſt non habere illũ tutelæ excuſationẽ *l.propter magiſtratũ* 23.*in pr.* D.*hoc tit.* Non magis quã propter magiſtratũ, quẽ iã adminiſtrauerit, nec ſi ex cauſa creationis alicui facien illo-

§. *remittuntur ead. leg.*

l.pen. D. *qui pet. tutor.*

*l.*19. §. 1. *de tut. & cur. dat.*

magistratu cœperit esse obnoxius periculo tutelæ *l. spadonem 15. §. si ciuitatis eo. tit.* Quod & Cuiacius sentit ad *l. 2. in fi. D. hoc tit.* Scio esse qui putẽt magistratus municipales non excusari à tutela ex *d. l. propter.* Sed errant meo iudicio qui non distinguunt magistratum quem quis administraturus sit de quo ibi Vlp. à magistratu quem quis iam administret. Cur ergo Vlpianus ita locutus esset *quem in municipio quis erat administraturus*, si neque is excusationem haberet, qui iam administraret? Quòd si verum est id quod Callistratus notum esse scribit in *l. non tantùm 17. §. sanè notum est eod. tit.* gerentibus honorem magistratibus, concedi vacationem tutelarum, quæ tùm primùm deferantur, quis neget magistratus municipales honorem gerere adcóque habere potestatem aliquã, tametsi sanè permodicam *l. magistratibus 2. D. de iurisdict.* An ergo non minùs priuilegij & immunitatis habebunt magistratus ciuitatum & municipiorum, quàm magistratus vrbis Romæ? Imò habent minùs in hoc ipso de quo tractamus. Nam cùm nemo excusetur propter magistratum quem in municipio administraturus est, Excusatur tamen qui magistratum reipublicæ administraturus sit, non minùs quàm is qui reipublicæ causa abfuturus est licèt nondum abfit *l. 1. C. si tut. vel curat. reipub. caus. aber.* Atqui, inquies, dignitas nulli tribuit excusationem, Adeò vt si quis Senator sit nihilominùs tutor creari possit etiam eorum qui inferioris ordinis sunt, quàm Senatorum *l. spadonem 15. §. scire oportet D. hoc tit.* Quis ergo ferat magistratus municipales habere immunitatem quam Senatores non habeant? Sed facilis responsio est Senatores singulos dignitatem tantùm habere, non etiam potestatem, nec posse dici magistratus. At magistratus municipales sunt magistratus & quamuis tantam dignitatem non habeant quantam Senatores, habent tamen cum dignitate potestatem aliquam quæ iis hanc tribuit immunitatem, A tutelis scilicet vt iam diximus deferendis, non tamen à delatis. Nam qui iam se miscuerunt administrationi tutelari nẽ tempore quidem magistratus vacant, vt scriptum est in *d. §. sanè notũ est.* Ex quibus verbis apparet priorem illius §. partem, non generaliter de omnibus honorem gerentibus intelligi debere, sed tantùm de magistratibus. Magistratus enim omnes honorem habent, At non item omnes qui honorem gerunt, sunt magistratus.

l. spadonem 15. §. si ciuitatis eo. tit.
d. l. propter 23 in pr. eod.
d. l. non tantùm 17. § sanè notum est eod. tit.
l. 1 C. si tut. vel curat. reipub. caus. aber.
d. l. spadonẽ 15. §. scire oportet D. hoc tit.

De excusatione ob professionem literarum aut aliam.

AD reipublicæ dignitatem & vtilitatem hæc quoque pertinet excusatio & immunitas quam tribuit fauor & honor literarum, vt hoc etiam proposito præmio inuitentur homines ad bonas literas capessendas & ad philosophãdum. Ergo Grammatici, Sophistæ, Rethores, Medici, non omnes tamen, sed qui περιοδονται, id est circulatores, circuitores, at non circumforanei sunt, immunitas à tutela & à cura datur, vt à reliquis muneribus *l. si duas 6. §. grammatici D. hoc tit.* licut & illis solis ius extra ordinem dicitur *l. 1. §. 1. D. de extraord. cognit.* Hoc verò Iustinianus noster melius sic exprimit vt dicat Romæ grammaticos, rethores, & medicos, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura vacationem habere *§. item Romæ 15. hoc tit.* Est enim numerus Rhetorum in vnaquaque ciuitate qui vacationem munerum habent, & hæreses quædam id est condiciones propositæ ea ipsa lege, quæ immunitatem concessit. Inter quas illa est vt tam professores quàm medicos probari oporteat decreto ordinis *d. l. si duas §. est autem*, vbi refert Modestinus epi-

l. si duas 6. §. grammatici D. hoc tit.
§. item Romæ 15. hoc tit.
d. l. si duas §. est autem.

stolam

ſtolam quandam Antonini Pij quæ licèt ad communitatem Aſiæ miſſa generalis tamen eſt ad omnia loca quæ imperij Romani ambitu & legibus continentur. Verba epiſtolæ hæc ſunt, Minores quidem ciuitates poſſunt quinque medicos immunes habere, & tres Sophiſtas, & Grammaticos totidem: Maiores autem ciuitates ſeptem qui curent, quatuor qui doceant vtramque doctrinam. Maximæ autem ciuitates decem medicos, & Rhetores quinque & Grammaticos totidem. Supra hunc autem numerum ne maxima quidem ciuitas immunitatem præſtat. Decet autem maximo quidem numero vti metropoles gentium, Secundò autem eas quæ habent vel forum cauſarũ, vel loca iudiciorũ. Tertiò autẽ reliquas. Hæc Epiſtolæ verba ſunt, in cuius interpretationẽ ſubiungit Modeſtinus non licere hunc numerũ excedere neque ſententia Senatus, neque alia quauis adinuentione, Minuere autem vtique licere, Non quia non interſit reipublicæ quã plurimos eſſe, qui has profeſſiones exerceant, ſed quia nec publica vtilitas ferre poteſt vt tam multis immunitas concedatur, quæ in aliorum ceſſura ſit incõmodum. Et hoc eſt quod ait Modeſtinus *quoniam pro ciuilibus muneribus apparet hoc tale factum*. Subiungit etiam, non aliter vtique huius immunitatis fructum conſtare poſſe, quàm ſi decreto Senatus inſcripti ſint numero conceſſo quotquot immunes eſſe volent, & præterea ſe negligenter non habeant circa operationem, id eſt verſentur diligenter in tractanda ea profeſſione quæ tribuit immunitatem, quam ſcilicet non ſolius ſcientiæ fauor extorſit, ſed operatio potiſſimùm & actio, cùm interſit parum reipublicæ doctum quem eſſe niſi & alios doceat. Vnde eſt quod quemadmodum non datur immunitas medicis quibuſlibet, ſed tantùm circuitoribus, ita neque Rhetoribus quibuſlibet, ſed tantum Rhetoribus Sophiſtis id eſt præceptoribus & magiſtris, qui docent præcepta dicendi vt benè Cuiacius interpretatur ad *d. l. 6. §. grammatici hoc tit.* Porrò quod diximus, non licere excedere numerũ immunitati præſtitutum, non vſque adeò generaliter verum eſt vt non pati debeat aliquam exceptionem. Si quis enim valde ſit diſciplinis inſtructus, id eſt tam excellenter vt cæteris omnibus qui intra numerum ſunt, præcellat, etſi ſupra numerum ſit, & in aliena patria moram faciat, placet immunem cum eſſe oportere. Et ita ipſe quoque Antoninus Pius iuſſit, vt idem Modeſtinus noſter refert in *d. l. ſi duas §. valde tamen*. Sed & quod diximus, Non alios numero cõceſſo inſcribi oportere, quàm qui à Senatu probati ſint, non ita accipiendum eſt quaſi non liceat reprobare illos qui ſemel fuerint probati. Poſſunt enim reprobari quandocumque præſertim medici *§. ſed & reprobari d. l. ſi duas*, Cùm in republica ſicut nihil eſt ſalutarius bono medico ita nihil ſit periculoſius malo vtpote ad quos ſalutis hominum cura pertineat *l. 1. in pr. D. de extr. cogn.* Atque ita Imperator Seuerus cum Antonino patre Lælio Baſſo reſcripſit. Itémque Gordianus & generaliùs in *l. 2. C. de profeſſ. & medic. lib. 10. tit. 52.*

d. l. ſi duas §. valde tamen.

§ ſed & reprobari d. l. ſi duas.

l. 2. C. de profeſſ. & medic. lib. 10. tit. 52.

De *philoſophis.*

PHiloſophorum alia ratio eſt. Nullus enim certus eorum numerus conſtitutus eſt, Non quia videantur fauorabiliores cæteris qui bonas literas aut medicinam docent, ſed quia rari ſunt qui verè philoſophantur, vt conſtitutio ait. Proinde verendũ non eſt ne ex eiuſmodi immunitate quaſi nimis amplâ nullíſque finibus circumſcripta lædatur reſpublica, quæ proculdubio ex immunitate aliis profeſſoribus conceſſa ſi nullo numero coarctata eſſet, læderetur. Ex-

cipit autem constitutio munera patrimonialia, Sic enim subiicit *Existimo autem quoniam qui diuitijs superabundant voluntariè tribuent pecuniam in vtilitates patriæ.si autem propriè loquantur de substantia*, id est quasi propriam aliquam habeant substantiam, propriúmque ius aliquod immunitatis propter quod non debeant contribuere,*inde iam manifesti fient non philosophãtes.* Cui conuenit etiam rescriptum elegans Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l.professio* 6.*C.de muner patrim.lib.*10. *tit.* 41. *l. reddatur* 8. *C. de profess. & medic.eod.lib.tit.*52.*l.*1.*§.an & philosophi D.de var.& extraordin. cognit. l. in honoribus* 8.*§.philosophi* D.*de vacat.& excusat.muner.*

l.professio 6. C.de muner. patrim. lib. 10 tit.41 l.8. C.de profess. & medic. l. 1.§. an philosophi de var. & extr. cognit l in honoribus 8. §. philosophi de vacat.& excusat.muner. l.1. C.de decret.decur l. 3.4.C.de profess.& med. l.10.§. angariorum de vacat.& excusat.numer. l.4.C.eod. d.§ est autẽ l.si duas D. hoc tit.

De professoribus liberalium artium, Musicis & Poetis.

ADde dari immunitatem etiam professoribus liberalium artium ex *l.* 1.*C. de decret.decur.l.*4.*C de profes.& medic. l.ab his* 10. *§. angariorum. D. de vacat.muner.* Non tamen Musicis *l.*4. *C.de excus. muner.* vt nec Poetis, *l.* 3. *C. de profess.& medic.* Non quòd non mereantur,sed quia lex deficit,inquit Cuiacius,& recte *ad d.§.grammatici.*

De immunitate philosophorum Medicorum, legum Doctorum, Geometrarum.

SEquitur apud Modestinum in *§.est autem*, aliud caput epistolæ eiusdẽ Antonini insertum constitutionibus Imperatoris Commodi,ex quo idipsum apparet quod proximè diximus.Etiam philosophos immunitatem habere tutelarũ.Verba ipsa transcribemus quia profunt ad interpretationẽ superadictorũ támque aperta sunt vt nõ indigeãt ipsa explicatione.Cõsimiliter autẽ his omnibus,inquit Cõmodus,Diuus pater meus mox ingrediens Principatũ cõstitutione exiltentes honores & immunitates firmauit,scribẽs Philosophos,Rhetores,Grãmaticos,Medicos immunes esse,itémque gymnasijs Sacerdotij stantes,& neque ad frumenti & vini & olei emptiones & præpolitiones,& neque iudicare neque legatos esse,neque in militia numerari nolentes,neque ad alitũ famulatũ eos cogi,Porrò ita demũ habent isti immunitatem si vel Romæ vel in patria sua aut doceant aut medicentur.Romæ quidem siue cũ salario,siue sine salario non minùs quàm si in propria patria doceret,quia in regia vrbe quę & habetur & est cõmunis patria *l.Roma* 33.*ad municip.* magnum est & publicè vtilissimũ se vtilẽ præbere. *§.Rome d.l.si duas,& l.eos qui Rome* 9.D.*de vacat. & excus.muner.* In patria verò quoniam hoc suæ patriæ quisque debet vt vtilem ei se præbeat,tanquam cui potissimùm natus sit *l.*1. *§. & generaliter* D.*de ventr.in poss.mitt.* Cæterùm si quis existens Comaneus in Cæsarea doceat, aut medicetur,apud Comanenses immunitatem non habebit *d. l. si duas* §. *amplius & illud.* Quid verò de legum Doctoribus?Nihil enim de iis hucusque diximus.Certum est eos si Romæ doceant remissionem habere à tutela & cura sed non similiter si doceant in aliquo Præsidatu quomodo loquitur Modestinus in *§.legum verò Doctores eiusd.leg.* Quod ego sic accipiendũ puto, vt quãuis nõ Romæ sed tamẽ in patria sua doceant eandẽ immunitatẽ habeant quã habent cæteri. Cur enim deterioris cõdicionis sint qui nobiliore professione gloriãtur?Præsertim cũ verã illi nec fucatã philosophiã profiteantur *l.*1.§.1.*De iustit.& iur.* réspque planè sacra & sancta sit ciuilis sapiẽtia *l.*1.*§.proinde* iunct.*§. præced.* De *varijs & extr.cogn.* Sanè de hoc nõ est qui dubitare hodie possit post nouã Cõstantini legẽ quæ extat in *l.medices* 6.*C.de profes.& med.libr.*10.*tit.*52.

l.romæ 33.ad municip. d. l. si duas §. Romæ l. eos qui romæ 9. de vacat.& excus.mun. d. l. si duas §. amplius & illud.

§. legum verò Doctores ead.leg.

l.medicos 6. C.de profes. & medic. lib.10.tit.52.

Quidni

Quidni autem etiam legum Doctoribus faueamus, cùm nec Athletis hæc immunitas denegata sit. Quamquam non athletæ omnes habent excusationem à tutela, sed ij tãtũ qui in sacris certaminibus coronati sunt, quas coronas sacras vocat Papinianus in *l. commodis* 40. *D. de re iudicat.* Ideo autem de certaminibus loquimur in plurali numero, quia non pauciora quàm tria certamina sacra esse oportet extra vrbem vt ciuilium munerum tribuenda sit athletæ vacatio. Romæ sanè semel vicisse ac coronatum esse sufficit *l.1. C. de athlet. lib. 10. tit. 53.* Soli Geometræ deterioris condicionis sunt quàm athletæ. Nec enim vacant à tutelis *l. Geometræ* 22. *D. hoc tit.* quamuis hodie pleniſſimam habeant immunitatem ex Imperatorum Constantij & Constantis constitutione quæ extat in *l. 2. C. de excusat. artific. lib. 10. tit. 64.* Siue quòd immunitas licet plenissima non solcat tribuere immunitatem à tutela vel cura, nisi id expressè dictum sit vt putat Cuiacius, siue potiùs quod Geometræ non minùs quàm architecti inter mechanicos numerentur, quibus proinde nullum competebat priuilegium ante *d. l. 2.* quæ tamen non tam de iis loqui videtur qui theoricã Geometriæ docent quæ cùm sit pars Mathematicæ disciplinæ & consequenter philosophiæ, nobilissima sanè scientia est, cadémque digna priuilegio immunitatis, quàm de Geometria practica, quæ planè mechanica est: quod & ipsa legis verba ostendunt, si modò legas initio legis *mechanicos* non vt antea *mathematicos*. Mathematicorum enim nomen tanquam sonans in malam partem legibus nostris exosum & odiosum erat *toto tit. C. de malefic. Mathemat. & simil.* De quibus eleganter Tacit. in Histor. *Hoc genus hominum in ciuitate nostra & semper damnabitur & semper retinebitur.*

l. commodò 40. D. de re iudic.
l. 1. C. de athlet. lib. 10. tit. 53.
l Geometræ 22 hoc tit.
l. 2. C. de excus. artific. lib. 10. tit. 64

De *excusatione ob immunitatem collegijs concessam.*

ETsi neque societas, neque collegium, neque corpus vllum haberi regulariter concedatur nisi vel ex Cæsaris vel ex Senatus autoritate id factũ sit *l. 1. 3. & pass. D. de colleg. illicit.* In quibusdam tamen causis concessa sunt huiusmodi corpora, idque non alia de causa quàm ob publicam vtilitatem, quòd sine his corporibus non satis commodè respublica consistere posse videatur. Vt ecce, Vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, item aurifodinarum, & argentifodinarum, & salinarum conductoribus. Sed Romæ potissimum certa collegia sunt, veluti pistorum, & quorundam aliorum & nauiculariorum, qui & in prouinciis sunt, inquit Caius in *l. 1. D. quod cuiusque uniuersit.* Porrò quæ ratio publicæ vtilitatis fecit vt huiusmodi collegia induci & adprobari oportuerit, Eadem causam præbuit concedendarum huiusmodi corporibus immunitatum *l. penultim. §. penultim. & l. vltim. D. de iur. immunit.* his scilicet corporibus & collegiis in quibus artificij sui causa vnusquisque adsumitur, vt fabrorum corpus est, & si qua eandem rationem originis habent, id est quæ idcirco instituta sunt, vt necessariam operam publicis vtilitatibus exhiberent *dict. §. penultim.* vbi tamen addit Callistratus quod notatu dignum est, non omnibus promiscuè qui assumpti sunt in his collegijs, immunitatem dari, sed artificibus duntaxat. Nec rursus aliis quàm tenuioribus per collegia distributis, Eos namque qui suas facultates augeant & munera ciuitatum sustinere possunt priuilegiis istis vti non posse. Et hoc est quod ex eodem Callistrato traditur in *l. non tantum 17. §. eos qui D. hoc tit.* Eos qui in corporibus sunt, veluti Fabrorum immunitatem habere etiam circa

l. 1. 3. & 3. de colleg. illicit.
l. 1. D. quod cuiusque uniuers.
l. pen. §. pen. & l. vlt. D. iur. immun.
d. l. non tantum 17. §. eos qui D. hoc tit.

adminiſtrationem tutelarum exterorum hominum, id eſt aliorum quàm qui ſint filij fabrorum in iiſdem collegiis defunctorum, niſi, inquit, ſi facultates eorum adauctæ fuerint vt ad cætera quoque munera publica ſuſcipienda compellantur. Idque principalibus conſtitutionibus cauetur. Quò etiam pertinet quod Paulus ſcribit in *l. vlt. in princip. eo. tit.* Eos qui in collegio piſtorum ſunt à tutelis excuſari, ſed ita demum ſi per ſemetipſos non per alios piſtrinum exerceant. Requirit enim conſtitutio propriam actionem & operationem eius qui immunitate gaudere velit *l. ſi duas 6. §. 1. & §. & vtique eo. tit.* Sed nec alios excuſandos eſſe quàm qui intra numerum ſint, ne alioqui plenior ſit immunitas piſtorum quàm philoſophorum, de quibus diximus in præcedentibus. Quod autem de adminiſtratione tutelarum exterorum hominum ſic interpretati ſumus, vt tamen qui has immunitates habent à collegarum filiorúmque eorum tutela vel cura non excuſentur, omnino conuenit cum eo quod Hermogenianus ſcribit in *l. adminiſtrantes 41. §. vlt. eod. tit.* vbi tamen additur *exceptis his quibus hoc ſpecialiter tributum eſt.* Sunt enim qui hoc priuilegium habeant, vt à collegarum quoque filiorum tutelis excuſentur *d. l. vlt. §. 1. eo.* Fauore ſcilicet vrbicarum immunitatum quæ ſolent vt plurimùm eſſe pleniores. Denique ſunt iſta omnia iuris conſtituti, pendéntque ex conſtitutionibus, & quamuis non ſine rationis colore aliquo conſtituta ſint, magis tamen nituntur voluntate ipſa conſtituentium, quàm ratione aliqua iuris. Nam & inde eſt, quod addit Calliſtratus in *d. l. non tantùm 17. §. non omnia eod. tit.* Non omnia corpora vel collegia vacationem tutelarum habere. Ne quidem ea, quæ muneribus municipalibus obſtricta non ſint, niſi nominatim id priuilegium eis indultum ſit. Neque enim quiſquis accepit vel habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum, hic ſtatim à tutela vel cura excuſatur *l. ſpadonem 15. §. qui accepit* D. *hoc tit.* Sanè domini nauium non habent priuilegium vt à tutelis vacent *d. l. non tantùm §. penult.*

L. vlt. in pr. eod.

d. l. ſi duas 6. §. 1. & §. & vtique eod.

l. adminiſtrantes 41. §. vlt. eo. tit. d. l. vlt. §. 1. eod.

d. l. non tantùm 17. §. nõ omnia eod.

d. l. ſpadonẽ 15. §. qui accepit eod. d. l. non tantùm §. pen.

De excuſatione ob aſſumptionem in Collegam aut aliam curam pro republ. ſuſceptam.

TAntus eſt fauor publicæ vtilitatis, & eius operæ quæ pro republica impẽditur, vt non tantùm magiſtratibus honorem gerentibus immunitas cõceſſa ſit, quemadmodum in præcedentibus diximus, ſed etiam collegis eorum, ita vt quemadmodum præſides prouinciarum habent immunitatem, non quidem perpetuam ſed tẽporalem quandiu prouinciam regunt, *l. ſi duas 6. alias l. athleta §. gentium* D. *hoc tit.* ita & ſi quem collegam ſecum duxerint etiam, qui iam antea tutor erat, debeat ille excuſari & in eius locum alius curator dari *d. l. non tantùm 10. §. ſimiliter eo. tit.* vbi refert Modeſtinus ſic à Diuo Seuero conſtitutum eſſe. Ex eáque conſtitutione ſi quis eam benè adaptet, ſimilibus capitulis, non malè induci poſſe vt in locum eorum omnium qui temporalem vacationem recipiunt curatorem dari oporteat. Eſt enim licita huiuſmodi conſtitutionum quæ fauorabiles ſunt extenſio ad caſus ſimiles. Huc etiam referendum eſt, quod Papinianus noſter ſcribit in *l. iuriſperitos 30.* D. *hoc eod. tit.* Iuriſperitos qui tutelam gerere cœperunt in Conſilium Principis aſſumptos, omnimodo nec ad tempus, ſed in perpetuum excuſandos eſſe ex Imperatorum cõſtitutionibus, Propterea quòd, inquit, circa latus Principis agunt, & honor ijs delatus neque loci neque temporis certi finem habet. Quæ ratio etiam eſt

d. l. non tantùm §. ſimiliter eod. tit.

l. iuriſperitos 30. eod.

l.vltim.C.hoc tit. vbi datur idem priuilegium silentiariis qui circa Principis latus militant, vt à tutelis & curis excusentur. Item quod Hermogenianus in *l.administrantes* 41.§.*penult.* Eorum qui reipublicæ causa absunt comites qui sunt intra statutũ numerum à tutela quæ absentibus, vel profecturis delata est excusari, sed ita tamen vt antea susceptam non deponant. Nam nec illi ipsi quorum sunt comites & qui reipub. causa abfuturi sunt, susceptas tutelas depo nunt, sed ad tempus tantùm excusantur, vt diximus in superioribus ex *l.*1.C.*si tut.vel curat.reipub.caus.aber.*

*l.vlt.C. hoc tit.d l administrantes*41.§.*pen. D. eod. l.*1. C. *tut. vel curat reip. caus. aber.*

De immunitate illorum, quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit.

SImilis causa est eorum quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit, Nam & hi excusantur à tutela ad tempus, id est donec eius rei curã gerunt *l. Geometræ* 22.§.1.D.*hoc tit.* Multò magis si rem ipsam Principis administrent, siue ex codicillis, siue ex nuda Principis indulgentia, id est etiam citra codicillos *d.l.administrantes* 41.*in princip.eod.* vbi addit Hermogenianus, Idem custodiri in iis quæ præfecturam annonæ, vel vigilum gerunt. Sunt enim isti etiam magistratus, & habent potestatem aliquam *l.*1.*& pas.de offic.præf.vigil.l.penult.* D.*de condict.caus.dat.* certè habent honorem quod sufficit vt immunitatem à tutela & cura sibi vindicare possint *l.non tantùm* 10.*§ sanè notum est D.hoc tit.* Parũ verò interest an quis rem Principis administret, an rem fisci. Nã & Diuus Marcus in Semestribus rescripsit, eũ qui res fisci administrat à tutela, vel cura quãdiù administrat excusari posse.*§.itẽ Diuus Marcus hoc tit.* quod & de tribu torũ exactoribus scriptũ est in *l.exactores* 10.C.*eod.* Itémq; de mensoribus frumentariis in *l.mensores* 26. *D.eo.* Illud magis mirũ est, quod libertinus qui senatori patrono procurat, excusationem habet ab aliorũ tutelis, dummodò nõ transierit in ordinem ingenuorum iure fortassis aureorum annulorũ impetrato, vt Tryphoninus scribit in *l.cùm ex oratione* 44.*§.vlt.eo.tit.* Sed obseruandũ est solis masculorum Senatorum non etiã vxorum ipsorum libertis hoc priuilegium concessum esse *l.spadonem* 15.*§.liberti eod.* Nec pluribus libertis si fortè plures sint, sed vni tantùm *l.ne Senatorum* 13.C.*eo.* Nec enim tam facilè concedi potuit, aut debuit tanta immunitas.

l.Geometra 22.§.1. *D. hoc tit. d.l.administrantes* 41. *in princip.*

d.l.nõtatum 10. §. *sanè notum est hoc tit. §.item Diuus Marcus hoc tit. l. exactores* 10.*C.eod l. mensores* 26.*D. eod. l.cùm. ex oratione* 44. §.*vlt.eo.tit. d.l. spadonẽ* 15.§. *liberti.*

ILLATIO IV.

De excusatione quæ tutori creato competit ob vtilitatem pupilli.

QVartò ex eodem Principio nostro fit, vt tutor creatus plerumque iustã habeat excusationem, non solùm ob personæ suæ cõditionem, sed etiam ob commodum & vtilitatem pupilli, Quia cùm tutela sit onus publicum & ciuile non alia de causa inductum quàm vt pupillorum saluti & vtilitati plenissimè consulatur, fieret omnino contra mentem ciuilis legislatoris, si is tutor daretur, aut curator qui neque tutelam, neque curam administrare posset, nisi cum incommodo & dispendio pupilli, vel adulti. Et hæc sanè omnium iustissima excusatio est, vt suprà iam attigi, Ne alioqui quod fauore pupillorum & adultorum constitutum esset in ipsorum odium retorqueretur contra *l. quod fauore* 6.*de legib.l.nulla* 25.D.*eod.l.pennlt.*C.*ad SC. Trebell.* Multa verò sunt excusationum capita quæ ad hanc vnam causam referuntur: sed ista potissimùm, si quis ob ætatem excusari velit, si ob paupertatem, si ob valetudinẽ, si ob litem, si ob inimicitias, si denique ob imperitiam & rusticitatẽ. De fin-

gulis verò dicendum est ex ordine ea ipsa methodo, quam in præcedentibus tenuimus.

De excusatione ob ætatem.

§. *item maior* 11. *hoc ti. l.* 2. *in princ. D. eo l. uni. C. qui ætat. se excus. l. qui fil. ff.* 74. *D. ad SC. Treb. l.* 3 *C. qui æta. vel profess. l.* 1. §. *quãuis maior & §. cura frumenti de muner. & honor. l.* 3. *D. de iur. immunit. l. semper* §. *in prin. eod. tit. l. pen. §. vlt. D. hoc tit. & l.* 2. *eod.*

EXcusantur à tutela & curatoria, qui septuaginta annos compleverunt §. *item maior* 13. *hoc tit. l.* 2. *in princip. D. eod. l. vnic. C. qui ætat. se excus. l. qui filium* 7 :. §. 1. D. *ad SC. Trebell. l.* 3. *C. qui ætat. vel profess. lib.* 10. *tit.* 49. *l. & qui originem* 3 §. *quamuis maior* 6. *& §. cura frumenti* 12. D. *de muner. & honor. l. maiores* 3. D. *de iur. immunit.* ybi dicitur debere quem esse maiorem annis septuaginta, nec sufficere, vt iam quis ingressus sit annum septuagesimum si nondum egressus sit, quia non potest dici maior septuagenario qui annum adhuc agit septuagesimum. Nec tantùm à tutela & cura excusatur septuagenario maior, sed & multò magis à reliquis muneribus ciuilibus, Idque non tam veneratione senectutis quæ semper in ciuitate romana venerabilis fuit, & eundem penè honorem meruit qui magistratibus tribuebatur vt ait *l. semper* 5. *in princip. D. de iur. immunit.* (Senectus enim est etiam priusquàm septuagesimus annus completus sit *l. non aliter* 99. §. 1. *de leg.* 3. sed quia difficile sit, vt in ea tam graui & prolixa ætate possit quisquam alienis negotiis superesse, qui nec suis superesse potest, vt proinde dubitandum non esset, quin & pupillus damnum passurus esset & respublica si vel tutela, vel quoduis aliud munus publicum ei qui septuaginta annis maior esset committeretur. *l. penultim. §. vltim. D. hoc tit.* Quod cùm ita sit mirum sanè videtur quod Modestinus scribit in *dicta lege* 2. *in princip. eod.* Excessisse oportere septuaginta annos tempore illo, quo quis creatur, aut quo hereditatem scriptus heres adiit si de testamentaria tutela loquamur, aut denique quo condicio quæ testamento inserta est completa sit, non autem intra tempora excusationis. An non enim absurdum & inconueniens futurum èst, vt malè administretur res siue pupilli, siue publica si ei credatur administratio qui tùm impleuerit annum septuagesimum, tametsi neque creationis, neque aditionis, neque impletæ condicionis tempore annum illum excessisset? Quid verò potest impedire excusationem quandiu res integra est intra tempora proponendæ excusationis? Sed dicendum est in huiusmodi causis quæ ad ius publicum pertinent necessariò debuisse ius ita constitui, vt certum esset. Nihil enim est quod ad iuris nostri dignitate tantopere abhorreat, quàm vt incertum existimetur *l.* 2. *de iur. & fact. ignor.* D. *de iur. & fact. ignor.* Non aliter autem certum ius esse potest cùm de ætate quæritur quàm si tempora de momento in momentum computentur *l.* 3. §. *minorem* D. *de minor. l.* 1. *D. de manumiss.* Momentum igitur aliquod cõstitui necesse fuit quo inspici oporteret, an tutor creatus qui se excusare vellet, septuagesimum annum impleuisset. Illud verò instans non potuit constitui tempore ipso excusationis inspecto. Quisquis enim ob ætatẽ excusari vult, eum necesse est iam ætatem illam impleuisse priusquàm de excusatione quæri oporteat. Prius enim est, vt excusatio nata sit, quàm vt de proponenda excusatione tractari possit. Non ergo potest nasci excusatio ætatis iam completæ ob id solùm quòd intra tempora proponendæ excusationis complementum ætatis superuenerit. Rectè igitur constitutum est, vt oporteat impletos esse annos septuaginta, vel ipso creationis tempore quod maximè inspici soles cùm de excusatione quacumque agitur *dict. l.* 2. §. *oportet, & §. numerum.*

l. 2. de iur. & fact. ign. *l. 3. §. minorem D. de minor. l. 1. D. de manum.* *d. l. 2. §. oportet & §. numerum.*

Vel

Vel saltem eo tempore quo aditur hereditas, scilicet si de testamentaria tantùm tutela non de alia loquamur, quia nec dies tutelæ testamentariæ cedit ante aditam hereditatem *l.pen.§.1.eod tit.* Vel denique eo tempore quo testamẽtariæ tutelæ condicio extiterit si data sit sub condicione quo etiam modo dari testamento potest, quia condicionalis tutelæ testamẽtarię dies nec priùs cedere potest quàm condicio extiterit, licèt iam adita hereditas sit, nec rursus ex die condicionis existentis ante aditam hereditatem vt iam alio loco à nobis dictum est in præcedentibus, cùm egimus De excusatione ob tutelas. *l pen.§.1.eo. tit.*

De *excusatione ob imbecillam nimis ætatem.*

QVemadmodum autem tam lõga & prolixa ætas excusationem præbet à tutela, Sic & ea quæ nimis imbecilla est, vt loquitur Callistratus in *l.5.§. penult.*D.*de iur.immunit.* qualis ea est quę minor est annis vigintiquinque. Imbecilla scilicet consilio, vt è contrario ætas excedẽs annũ septuagesimum debilis est & imbecilla corpore *l.2.§.quẽ ita senio D.de vacat.& excus.mun.* iũct. *l.1.D.de minor.* Egebant igitur olim minores excusatione *d.§.item maior.hoc ti.* vt non molestarentur quomodo loquitur Modestinus in *l. non solùm* 10. *§.si libertus* D.*eod.* Addens interim alterum in locum eius creari curatorem oportere, Siue testemento datus sit tutor impubes aut minor, fortassis libertus à patrono, siue etiam legitimus tutor sit quem impuberem esse cõtingat. Etsi enim legitimi tutores excusari nõ solent, necessitas tamen facit, vt in eius locũ dari curatorem oporteat. Sed cùm ita ius vetus se haberet, Iustinianus noster id non malè correxit in *l.vlt.*C.*de legit.tutel.* vbi constituit, vt nec pupillus, nec adultus possit vocari ad tutelam, nequidem ad legitimam quòd absurdum sit & inciuile illos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscũtur, & ab aliis regũtur, aliorum tutelam, vel curam subire. Nec enim id fieri potest quin fœda & nominum & rerum confusio inducatur vt scriptum est in *d. l. vlt.* Ab honoribus sanè ætas non excusat, vt neque numerus liberorum *l.in honoribus* 8.D.*de vacat.& excus.muner.* Nisi quod Cuiac.ad *l.2.hoc tit.notat.* Ab honoribus annos sexaginta excusare in vrbe, Ab honore autem Dęcurionatus excusare annos quinquaginta quinque, de quo iam aliquid in præcedentibus diximus. De variis ætatum distinctionibus, & Definitionibus vide Cuiacium ibidem. *l.5.§. penult. de iur. immunit.* *l.2.§. quem ita senio D. de vacat. & excus.mun. d.§. item maior hoc tit.* *l.non solùm 10. §. si libertus eod.* *l.vlt. C.de legit. tutel.* *l.in honoribus 8.de vacat. & excus. muner.*

De probatione ætatis.

AEtatem porrò probari necesse est hoc casu vt & in cæteris omnibus ab eo qui allegat, quique suã intentionẽ in ea allegatione fundat *l.2.l.cùm de ætate* 13.D.*de probat.l.cùm te minorem* 9.C.*eod.l.de ætate* 43.D.*ex quib.caus.maior.* Probatur autẽ vel ex scriptura natiuitatis quas natales professiones vocãt de quibus in *l.etiam matris* 16.*D.de proba.* iunct.*l.non epistolis* 13.*C.eod.* vel per testes qui nasci & educari viderint *l.2.C.de iis qui ven.ætat.impetr.* Vel ex aspectu *l.minor* 32.D.*de min.l.3.C.si min.se maior.dixer.l.1.C.Greg.si maior fuer.probat.* vel aliis denique legitimis demonstrationibus vt loquitur Modestinus in *d.l.2.§.ætas autem* D.*hoc tit.* de quibus nunc plura dicendi non est locus.

De excusatione ob pauperatem.

HAbet etiam paupertas sua priuilegia, sed quæ captet, & ambiat nemo. Nam & propter paupertatem tribui debere excusationem à tutela Imperatores voluerunt *§.sed & propter paupertatem hoc tit. l.paupertas 7. D.eod.* At non quælibet paupertas habet hoc priuilegium, sed illa solùm quæ tanta sit vt tutor datus possit se probare imparem oneri iniuncto, vt lex ait. Quod Paulus in *l.post susceptam 40.§.1.eod.* sic exprimit vt dicat paupertatem quæ operi & oneri tutelæ impar est soleat tribuere vacationem. Etsi enim tutela non videtur ex eorum munerum personalium numero, quæ sumptibus patrimonij dammísque administrantis expediuntur, qualia sunt ea quæ patrimonialia vocamus *l.vl.§.patrimonium D.de muner.hon.* Tamen neque pupillo vtile, neque honestum esset ad tutelam vocari cum qui tam tenuis & exhaustus esset, vt vix de suo victum sustinere posset, Præsertim si alij sint qui conuenientiùs creari possint *arg.l.scripto 6.eod.* Quomodo enim fieri queat, vt pupilli rebus administrandis operam aliquam & diligentiam impendat tutor, qui victum ipse sibi quæritare compellatur? Sanè excusatio & immunitas quæ ob paupertatem tribuitur, numquam perpetua, semper temporalis est. Nam si ex voto cuiusque honestis rationibus patrimonium acceperit incrementum, æstimabitur suo tempore an aliquis idoneus sit, siue ad tutelam, siue ad alia publica munera ad quæ fuerit creatus *l.cura 4.§.deficientium eod.tit.l.ab his oneribus 10.§.auctis D.de vacat.& excus.muner.*

§ *sed & propter paupertatem hoc tit.l. paupertas 7. D.eod.*

l. post susceptam 40. §. 1.eod.

l.vlt.§.patrimonium de muner. & honor.

l. rescripto 6.eod.

l. cura 4. §. deficientium l.ab his 10. §. auctis D. de vacat. & excu.muner.

De excusatione ob valetudinem.

ADuersa quoque valudo excusat, & quidem non tantùm à suscipienda tutela, sed etiam à suscepta, vt etiam cœptam administrationẽ deserere quis impunè possit, At non quælibet valetudo, sed ea tantùm quæ impedimento sit quominùs suis rebus supersse tutor possit *l.non solum 10.§.vlt. & l.seq.D.hoc tit.* vnde sumptus est *§.item propter nostr.tit.* Nam cùm tutores non ad aliud obligentur, quàm vt circa rerum pupillarium administationem adhibeant eandem diligentiam quam rebus suis diligens paterfamilias ex bona fide præbere debet *l.à tutoribus 33 in princip.D. de admin.tutor.* quis ferat vt tutor creetur, vel maneat is, qui rebus propriis supersse nullomodo possit? An non ea res pupilli vtilitates omnino læderet, tametsi tam locuples tutor esset, vt ab eo eiusve fideiussoribus indemnitatẽ consequi posset? *arg.l. suspectus 5. & seq.D.de suspect.tutor.* Sed & an non esset longè iniquius ex ea causa morari in damno tutorem, cui nihil posset imputari? Nec distinguemus an corporis valetudo fuerit an mentis & animi: sed illud tantùm inspiciemus, An sine corporis, siue mentis valetudo tanta sit, quæ ab agendis rebus tutorem, aut creatum, aut creandum prohibeat, vt ne suis quidèm negotiis sufficiat: Necessitati enim succumbendum necessariò est, etiamsi libertus sit is cui tutela defertur, quique alioqui vix iustam vilam potest habere excusationem *l.liberos 5.C.hoc tit.* Ne impossibile munus tutelæ iniungatur quod obiri ab eo non possit, idque cum incommodo pupilli & aduersus ipsius vtilitatem, vt Tryphoninus ait in *l.penult.§.vlt. D.hoc tit.* Idque est quod Paulus ait in *l.post susceptam 40.in princip.eod.* Post susceptam tutelam cœcum, aut surdum factum, aut mutum, aut furiosum, aut veletudinarium deponere tutelam posse *l.vnic. C. qui morbo. l. 3. C. qui dar. tutor. poss.*

l.non solum 10.§. vl. & l.seq. D.hoc tit. §. item propter eod.

l. liberos 5. C.eod.tit. l.pen.§.fvlt. D.eod. d.l. post. susceptam 40. in princ. l.vni.C.qui morbo l. 3. C. qui dar. tutor poss.

Distin-

Distinguendum tamen est an perpetuus morbus sit an temporalis, vt perpetuus perpetuam excusationem pariat, temporalis verò non nisi temporalem *l. idem Vlpianus 12. in princip. eod. l. pen. in princip. D. de vacat. & excus. muner.* vbi addit Vlpianus generaliter perpetuam excusationem habere illos, qui aliqua de causa in perpetuum impediuntur ne operam illam dare possint ad quam vocantur, puta si quis etiam sacerdotium nactus sit, vt ab eo discedere sine religione non possit. Ergo si quis ita ægrotus fuerit, vt oporteat eum non omnino dimitti à tutela, sufficiet in locum eius dari curatorem interim vt posteaquàm sanatus erit, recipiat tutelam, siue in corporis egritudinẽ inciderit, siue in insaniam *d. l. non solum 10. §. si quis ita*, Vt fieri solet & debet quoties eius qui iam tutor aut curator datus fuit, temporalis tantùm excusatio & vacatio est *§. similiter eod. leg.* In quo curatorum genere, id est eorum qui dantur in locum excusatorum, obseruandum illud est non durare illos vl. t ..bertatem non magis quàm si tutores essent *l. 2. C. in quib. caus. tutor. habent.*

l. idem Vlpianus 12. in princ. eod. l. penult. in prin. de vacat. & excus. muner.

d. l. nõ solum 10. § si quis ita.

§. similiter eiusd. leg. l. 2. C. in quib. caus. tut. hab.

De excusatione ob litem.

EXcusatur etiam quis à tutela propter litem quam cum pupillo habeat si forte, vel de omnibus bonis, vel de maiore illorum parte controuersia sit, vel de aliqua hereditate *§. item propter litem hoc tit. l. propter litem 21. eod.* Nam cùm amicissimos & fidelissimos quosque eligi oporteat, siue à parentibus, siue à magistratu vt tutores pupillis dentur, vt tutelę onera & incommoda subeant alacriùs *l. amicissimos 36. eod.* Difficile sanè est, vt qui litem cum pupillo habet, vel de bonis omnibus, vel de maiore parte bonorũ, vel de hereditate aliqua tam amicus sit pupillo, vt pro eius commodis laborem suscipere nullum velit. Veritum enim est, nimiúmque quotidiana rerum experientia compertũ, Litibus cõcordiam quæ anteà fuerat etiam inter amicissimos non modò diminui, sed penitus etiã dissolui, Odia verò & inimicitias generari, Propter quam causam ciuilis legislator tanto odio lites execratur, vtpote qui sciat non nisi concordiæ vinculo rempublicã teneri & conseruari posse. Planè pro liticula, id est pro ea lite, quæ sit de re parui momenti non est æquum tribui excusationem ne per rem minimam rei maiori præiudicium fiat *l. rei maiori 21. D. de except.* Magna autem res est tutela quæ & publicum & ciuile munus est, à qua proinde non sine magna causa excusari quis debet, Adeóque nec si plura excusationũ iura velit cõiungere, vt simul iũcta possint apparere iusta quæ singula auxilium non præberent *l. Spadonem 15. §. qui iura D. hoc tit.* Atqui, inquies, non potest tutor pupillo suo autor fieri in rem suam *l. 1. l. quod dicimus 7. D. de tutor. autor.* neque rursum pupillus stare in iudicio sine autoritate tutoris, vt neque adultus sine autoritate curatoris *l. 1. §. in causis l. 2. de admin. tutor.* Qui ergo fieri potest, vt inter pupillum & tutorem, aut inter adultum & curatorẽ lis aliqua, vel de minima re agitetur? Responsio facilis est dandum esse hoc casu siue pupillo, siue adulto curatorem si non alius sit contutor qui autoritatem præstare possit *l. 1. & vlt. C. de in lit. dand. tutor. vel curat.* Sanè nec quantucunque magna lis excusationem præbere potest si fortè per calumniam euidentem instituta sit, & ob hoc ipsum vt tutori vel curatori nullam excusationem aliam habenti immunitatem præbere posset *l. si duas 6. aliàs l. athleta §. amplius autem D. hoc tit.* Nec enim lis per calumniam instituta prodesse vnquam debet calumniatori *l. in summa 65. §. D.*

§. item propter litem hoc tit. l. amicissimos 36. eod.

l. Spadonem 15. §. qui iura eod. l. 1. & vlt. C. de in lit. dand. tutor. vel curat. d. l. si duas §. amplius autem. l. in summa 65. §. 1. de condict. indeb.

de condic.indeb. Ergo si pupillum patruus in legitimum tutorem petitus contendat exheredatum esse & se heredem scriptum, Æquissimum est imò necessarium dari pupillo alium tutorem recepta patrui excusatione, quamuis legitimi tutores non soleant excusari. Quinimò si nolit patruus excusationem petere cùm iam sit tutor ipso iure, remouendus est à tutela, vt alio tutore dato lis inter eum & pupillum expediatur *l. si pupillum* 20. D. *hoc tit.* Sed etsi pupillo litem esse necesse sit non cum tutore ipso, sed cum sorore, aut liberis sororis pupilli, alius tutor æquè vel curator in locum tutoris dandus est, quia nec humanitatis, nec religionis ratio permittit vt aduersus sororem, vel filios sororis actionum necessitates tutelæ causa |quis suscipiat, cùm & ipsius quoque pupilli aliud exigere videatur vtilitas, scilicet vt eum tutorem potiùs habeat qui ad eius defensionē non inhibeatur adfectu vt eleganter ait *l. humanitatis* 23. C. *hoc tit.* id est qui nulla maiore erga alium adfectione prohibeatur ne pupilli sui defensionem suscipiat.

l. si pupillum 20. D. hoc ti.

l. humanitatis 23. C. eod.

De excusatione ob inimicitias.

IVstior est ea excusatio quæ ob inimicitias competit, quàm quæ ob litem, quia ex lite etiam de re graui, præsertim si de bonis tantùm sit, aut de maiore bonorũ parte non de capite, vel existimatione, præsumptio tantũ nascitur odij & inimicitiarũ, Nos verò nunc agimus de inimicitiis quæ sint non modò veræ, sed etiam probatæ: cùm è contrario amicissimos esse oporteat eos, qui in tutores eliguntur, vt proximè dicebamus ex *l. amicissimos* 36. *D. hoc tit.* Sicuti tamen de lite diximus non sufficere qualemcumque litem, vt excusationem tribuat, & immunitatẽ, sed oportere vt sit vel de bonis omnibus vel de maiori bonorũ parte, Ita neque sufficit qualisqualis inimicitia, sed ea demũ quæ sit capitalis, *l. si duas 6. aliàs l. athleta §. dat remissionem* D. *hoc tit.* siue capitalem intelligas quæ ex capitali accusatione orta sit inter eum qui tutor petitur, & defunctum pupilli patrem, siue illam quam sola mors alterutrius diremptura videatur. Sed hoc ad eos tantùm tutores pertinet, qui à magistratu dati sunt, non ad testamentarios. Magnum enim ac propemodũ irrefragabile argumentum est remissæ ac dissolutæ inimicitiæ, si quis eum quem ante habuit inimicum postea liberis suis testamento det tutorem: cùm tutor ferè alter pater sit, & tutoria potestas quodammodo vicaria patriæ potestatis, vt diximus initio *Tit. de tutel.* Nam si post factum testamentum tutelámque datam ei qui tunc amicus credebatur superuenerint capitales inimicitiæ non potest dici maiorem testamenti anterioris, quàm posteriorum inimicitiarum rationem habendam esse. Credendus enim potiùs est pater à priore voluntate recessisse ob eam causam quæ posteà superuenit, & quæ testamenti tempore ignorabatur *l. in confirmando 8. cum duab. seqq. D. de confirm. tutor. l. 3. §. si tutor* D. *de suspect. tutor.* Leuis planè offensa quæ superuenerit non nocet ne quidem fideicommisso *l. 3. §. vlt. D. de admin. legat.* Multò minùs ergo nocebit tutelæ, quæ non ad honorem & commodum tutoris pertinet, vt fideicommissum, sed ad onus ipsius, commodum verò pupilli. Potest tamẽ interdum fieri vt inimicitia testamento antiquior sit, nec per testamentum remissa & purgata intelligatur. Quid enim si inimicus inimicum mala mente & inimico animo tutorem dederit, id est ob hoc ipsum vt obligaret eum & supponeret debito ac negotiis? Non erit vsque adeo indulgendum malitiæ homi-

l. amicissimos 36. D. hoc tit.

l. si duas 6. aliàs l. athleta §. dat remissionẽ D. hoc tit.

l. in confirmando 8. cũ seqq. D. de confir. tutor. l. 3. §. si tutor D. de suspect. tut.

Digi oogle

hominis vt inimicitiarum oblitus videatur qui de vindicta eo tempore cogitauit *d. §. dat remissionem l.* 1. C. *si propt. inimicit. §. item si propter & §. inimicitia hoc titul.* Illa verò semper iustissima excusationis causa esse creditur si quis status sui controuersiam passus sit à patre pupilli, id est si pater pupilli eum in seruitutem petierit *d. §. inimicitiæ.* Nec enim grauior lis, aut inimicitia esse potest, quàm quæ est de statu & de capite *§. item is qui status* 12. *hoc tit.* Sunt enim ista paria Capitis accusare & in seruitutem petere ita vt ex vtraque causa etiam ius patronatus amittatur *l. qui cum maior* 4. *D. de bon. libert.* Nisi in casu *l. si inimicitiæ* 9. *D. de his quæ vt indig.* Quare nec aliud erit si tutor datus controuersiam status faciat pupillo, dummodò non per calumniam ea lis moueatur, sed bona fide *d. l. si duas* 6. *alias l. athletæ §. amplius autem.*

d. §. dat remissionem l. 1. C. *si propt. inimicit. §. item & §. inimicitia hoc tit.*

l. 4. *D. de bon. libert.*

l. 9. *D. de his quæ vt indig.*

De excusatione ob imperitiam & rusticitatem.

EAdem ratio vtilitatis pupilli facit, vt mediocritas quoque & rusticitas interdum iustam præbeat excusationem secundum epistolas Diuorum Hadriani & Antonini, vt ex Paulo refert Modestinus in *l. si duas* 6. *& alias l. athletæ §. vltim. D. hoc titu.* vbi tamen additur, Eius qui se neget literas scire non admitti excusationem si modò non sit expers negotiorum. Tutela enim nomen rei & negotiationis est non scripturæ & literarum: Videmúsque quotidie multos literarum penitus imperitos nihilominus negotia & sua & aliena benè prudentérque administrare. Ex quo apparet quod Iustinianus noster in *§. similiter eos hoc tit.* scribit, Eos qui literas nesciunt excusandos esse, quamuis, inquit, & imperiti literarum possint ad negotiorum administrationem sufficere, de iis omnino accipiendum esse qui non minùs negotiorum quàm literarum sint imperiti, Nisi dicas cũ Cuiac. ad *d. l.* 6. *§. Grammatici in fine hoc tit.* ius vetus fuisse hac parte à Diuo Pio immutatum: quod tamen parum probabile est. Quamquam ea ratio suadere maximè videbatur, vt sola literarum imperitia posset tribuere excusationem, quòd actus sui rationem tutores & curatores omnes conficere necesse est, vt possint eam postea siue pupillo, siue contutori reddere *l.* 1. *§. officio D. de tutel. & ration. distrahend.* quod tamen sine scriptura fieri nec commodè, nec vllomodo potest. Sed cùm non sit necesse vt ipsius tutoris manu exaratæ sint, & conscriptæ, quid vetat conscribi eas ab alio, dictari verò ab ipso tutore qui gesserit, vt proinde nec ab alio quàm ab ipso confectæ dici possint? eam planè scripturam si à tutore ipso fieri nequeat certum est, pupilli sumptibus fieri debere. Omnes enim sumptus bona fide in tutelam facti dum ne in tutorem ipsum, omnimodo præstandi sunt à pupillo, nisi cùm ab eo qui tutorem dedit certum, siue solatium siue salariũ constitutũ est, ex quo potuerit tutor & debuerit sumptus illos prorogare *l. à tutoribus* 33. *§. vltim. D. de administra. tutor.* Apparet etiam ex supradictis, quod de mediocritate scribit Modestinus ex Paulo in *dict. l.* 6. *§. vlt.* non ad mediocritatem & tenuitatem patrimonij referendum esse, vt quidam volunt, sed potius ad mediocritatem & tenuitatem industriæ quæ non valde distet ab imperitia negotiorum, & rusticitate. Sumpsit enim Paulus & post eum Modestinus ista pro synonimis, vt probant præcedentia illa & prima verba §. De *rusticis autem & humilibus & illiteratis scribit Paulus ita*, Itẽ quod in *l. seq.* scribitur de paupertate tanquam omnino diuersum quid, Pau-

l. si duas 6. *aliàs l. athletæ §. vlt. D. hoc tit.*

§. similiter eos hoc tit.

l. à tutoribus 33 *§. vlt. D. de adm. tut. d. l.* 6 *§. vlt.*

l. 1. *§. officio de tutel. & rat. distr.*

pertatem dare excusationem. Nec enim tenuitas & mediocritas patrimonij excusat à tutela cùm nec paupertas ipsa excuset nisi quæ tanta est, vt tutorem faciat imparem oneri iniuncto.

ILLATIO V.

De excusatione ob diuersitatem condicionum.

QVintò ex supradicto eodem Principio nostro fit, vt aliquando competat excusatio à tutela, vel cura ob diuersitatem condicionum, Puta si ingenuus libertino tutor detur *l.1.§.libertinis D.hoc tit.* vbi scriptum est, Libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores à Præsidibus dari non debere nisi omnimodo libertinorum penuria sit in illo loco. Libertinis enim libertinos solos dandos esse & quidem qui ex eodem loco sint, Diuus Marcus rescripsit, Nempe quia cùm tutelæ munus sit publicum & ciuile vt Principium nostrum habet, Nemo nescit quàm maximè interesse publicè, vt condicionum distinctio seruetur, suáque cuilibet ciuium condicioni dignitas & prærogatiua, Maximè verò vt ingenui dignoscantur à libertinis *l.1.§.sed etsi seruus D.de inspic.ventr.l.1.& tot.tit.* D.*si ingen.esse dicet.l.diffamari 5.& tot.tit.* C.*de ingen.manumiss.* Etsi libertinos ingenuis tutores dari nihil prohibet, Ne si aliter obseruetur, inducamus æqualitatē inter eos inter quos condicionum diuersitas inducit potiùs inæqualitatem. Non tamen vsque adeò prohibitum est, vt libertino pupillo ingenuus tutor detur, vt nō sit ei necessaria excusatio, Debet enim excusari *l.cùm ex oratione* 44.D.*hoc tit.* Alioqui tutor manebit & perseuerabit, siue nullomodo se excusauerit, vt in *l.pupillo* 27.*§.*1.D.*de tutor. & curat.dat.* siue excusationem fortasse tardiùs & extra tempora propositam iudex admittere noluerit & nihilominùs tutor iudicato acquieuerit. Hoc enim facit autoritas rei iudicatæ *l.3.C.eod.* Itémque fauor pupilli ne incertum sit an tutorem habeat, an non *l.hoc tit.*D. Excipimus tamen casum illum *Nisi libertinorum penuria sit in illo loco.* Nimirum ex generali regula *l. vt gradatim* 11.*§.quoties penuria est D.de muner.& honor.l.2.C.qui etat.* vbi dicitur etiam minores viginti quinque annis adstringi muneribus ciuilibus cùm penuria est ciuium. Requirimus autem, vt libertinus qui tutor datur, sit & ex eodem loco etiamsi detur à præside prouinciæ contra quàm putet Cuiac.ad *l.1.huius tit.* Ne si ex alio loco euocetur incommodo aliquo patronus afficiatur. Quod non perinde potest dici de ingenuis de quibus accipe *l.*10. D,*de tutel.l.diui.*24.*de tut.cur.dat.*

l.1.§.libertinus D. hoc tit.

l.1.§.sed etsi seruus D. de ventr.inspi. l.1.si ingen. esse dict. l.5. C.de ingen. manum. l. 44. D. hoc tit.

De illo qui ius annulorum impetrauit si datus sit tutor libertino.

AT quid si non ingenuus tutor libertino datus sit, sed is qui ius annulorum impetrauerit? Eandem habebit excusationem, quia licèt ingenuus non sit, ingenuitatis tamen iura omnia nactus est *l.1.& tot. tit. D.de iur. aureor. annul.* Et ita ab Imperatoribus rescriptum esse testatur Tryphoninus in *dict.l.cùm ex oratione* 44.*in princip.*D.*hoc tit.* Ergo, inquit, si pupillo libertino habenti ius annulorum datus sit ingenuus tutor, vel curator, consequens est, vt excusatio eius ob hanc cōdicionū diuersitatem accipi nō debeat. Nulla.n.c ōdicionum diuersitas esse intelligitur inter cū qui ingenuus natus, & eum

l. cùm ex oratione 44. in prin. hoc tit.

Digitized by Google

eum qui ingenuitatis iura nactus est,quamuis hic reuera non tam sit ingenuus quàm habeat iura,& honorem ingenuitatis.At si antequàm pupillus vel pubes minor annis vigintiquinque ius annulorum acciperet,Lucius Titius ei datus tutor vt ingenuus excusatus fuerit,maior dubitatio est,an post impetratũ à pupillo vel minore beneficium denuò eidem tutor curatórve dari possit,videtur enim prior excusatio debuisse perpetua esse non temporalis.Sed non ita est,Nam imò verò tutor dari postea poterit suo loco & tempore, Exemplo eius quod placuit & rescriptum est in eo qui tempore quod intra annum erat ex quo reipublicæ causa abesse desierat,excusatus fuit, scilicet præterito anno ipsum suo loco dari posse.Cessante enim causa excusationis ipsa quoque cessare debet excusatio vt in superioribus diximus ex *l.si duas 6.alias l.athletæ §.gentium l.idem Vlpianus* 12.*D.eod.*Rursum pone libertinum hominem qui Senatori patrono procurat impetrare ius annulorum,atque ita transire in ordinẽ ingenuorum,An habebit excusationem ab aliorum tutelis, quomodo habent liberti cæteri qui Senatoris rem & patrimonium administrant in *l. spadonem* 15.*§.liberti* 8.*eod.tit.l.ne Senatorum* 13.*C.eod.l.libertus* 17.*§.*1.*D.ad municip.*Minimè quia nec libertus aut libertinus dici amplius potest qui transiit in ordinem ingenuorum.*d.l.cùm ex oratione §.vlt.*Si tamen libertus hic qui annulorum ius impetrauit datus sit tutor liberis patroni sui non habebit excusationẽ quasi ingenuus sed pro libertino hac parte habebitur *l.libertum* 14. *§. sed etsi eod.*Ne scilicet excusatione vtatur cõtra eum qui dedit ei vt excusare se posset *arg.l.*4.*C.de obseq.patron.præst.l.filio* 7.D.*vt legat.seu fideicom.seruand.caus.caueat.*Sic apud Senecam *lib.*3.*De benef.*Quicquid est quod dat patri filius, vtique minus est quia hanc ipsam dandi facultatem patri debet.Et hæc vera ratio est non quam adfert Cuiac.ad *l.*1.*huius tit.* Vt datio teneat,ita enim sequeretur libertum qui impetrato iure annulorum datus esset tutor pupillo libertino non posse se excusare,quod etsi ita esse defendit idem Cuiacius,contra Accursium,pugnat tamen ex diametro cum *d.l.cùm ex oratione* 44.*in princip.*

l. spadonem 15. §. liberti. eod.tit. l.ne Senatorum 13.C.eod. l.libertus 17 §. 1. D. ad municip. d. l.cùm ex oratione §.vlt. l. libertum 14.§.sed etsi eod.

ILLATIO VI.

De *excusatione ob pœnam.*

SExtò ex eodem Principio nostro fit,vt possit & debeat tutor interdum ob pœnam quoque excusari puta si in perpetuum exilium datus sit *l.planè* 29. *D.hoc tit.*Nam cùm tutela sit munus publicum & ciuile,Publicè autem interest præcipuè vt & delicta vindicentur & culpam, vt ille dicebat pœna premat comes *l.ita vulneratus* 51.*§.vlt.*D.*ad leg.Aquil.l.si à reo* 70.*§.vlt.*D.*de fideiuss.* Itémque vt rerum iudicatarum executio sequatur tùm quoque cùm malè ac perperam iudicatum est *l seruo* 65.*§.cùm prætor* D.*ad SC.Trebell.* consequens est vt si quis pro crimine ad pœnam aliquam condemnatus sit,non debeat illi prodesse ad eam euitandam quòd tutor datus sit, Præsertim cùm in locum excusati tutoris,alij plerique idonei dari possint, Pœnas verò publico exemplo dare non alij quàm qui deliquerunt *l.sancimus* 22.*C.de pœn.* Est igitur hæc quidem excusatio,sed non tam immunitas dicenda,quàm non impunitas, ne scilicet impunè ferat qui delictum admisit quamuis tutor fiat, Nec in honorem tribuitur vt neque illa de qua in *l.*5.*§. conductores* D.*de iur.immunit.*sed in pœnam & ob pœnam. Proinde si pœna possit cum tutela subsistere, neque

l. planè 29. huius tit. §. vlt. l. præced. eo.

Digitized by Google

pœna tribuet immunitatem,neque tutela impunitatem,vt puta si qui ad tempus exulare sit iussus.Non enim excusari hunc oportebit sed per tempus exilij alium in locum ipsius curatorem dari *l.tutor petitus* 28.*§.vlt.D.hoc tit.*

De temporibus excusationum.

HActenus de causis excusationum diximus, superest iam vt de excusationum temporibus dicamus.

ILLATIO VII.

De necessitate proponendæ excusationis intra legitimum tempus.

SEptimò igitur ex eodem Principio nostro fit, vt illi etiam qui iustam habét à tutela vel cura excusationem ob aliquam ex iis causis de quibus hucusque egimus, non aliter tamen audiendi sint quàm si intra constituta tempora iudicem adeant vt se excusent. Nam cùm tutela sit munus publicum & ciuile,ad quod obeundum proinde tenentur omnes nisi qui habent excusationem,non est cuiquam credendum prætendenti excusationem sine iudice, Ne alioquin si passim & sine vllius temporis præfinitione prout cuique libuerit permissum sit se excusare non reperiantur qui tutelas aliáque munera publica necessaria in rebus publicis obeant *l.1.D. de vacat. & excusat muner.* qui locus etsi non specialiter est de tutelis sed generaliter de publicis omnibus muneribus,aptissimè tamen conuenit tutelis & curis, vel hoc ipso quòd munerum publicorum appellatione continentur: Et hoc est quod Modestinus ait in *l.scire oportet* 13.*§.1.D.hoc tit.* Multa obseruari oportere vt concedatur tutores vel curatores causas remissionis tribuere. Oportere enim eos constituto legibus tempore ad iudicem accedere. Est autem hoc tempus regulariter quinquaginta dierum *l.quinquaginta dies* 6.*Cod.eod.* Sed tamen alia atque alia tempora pro locorum varietate sunt constituta: quæ omnia supradicto loco prosequitur Modestinus. Primùm autem ait eum, qui in ipsa ciuitate est vbi creatur,vel intra centesimum lapidem à ciuitate, debere intra quinquaginta dies excusari,Postea verò non admitti,sed teneri ad sollicitudinem. Nocet enim illi quandocumque postea se excusare volenti præscriptio temporis. Vt sit in eadem causa in qua esset si apparuisset proprio periculo ipsum negligere,id est si agnitâ tutelâ cessasset nihilominus in administratione,quod non nisi proprio suo periculo facere posset *l. pro officio* 20. *C. de admin.tutor.l.tutor vel curator* 20.*D.eod.* Nec proinde vlla ei via relicta erit ad excusationem.Qui autem supra centum miliaria à ciuitate abest, viginti miliaria habebit numerata in vnamquamque diem à quo tempore cognouerit se datum tutorem siue à testatore siue à præsidibus,& extra hoc tempus alios triginta dies habebit ad excusationem. Oportet autem manifestari tutori à præsidibus quod tutor datus,idque vel in faciem vel ad domum. Et quidem intra diem trigesimum vt Diuus Marcus rescripsit, scilicèt si peregrè agant qui tutores vel curatores dati sunt *l. vltim. D. de tutor.& curat.dat.* Hoc autem non ad eos tantùm tutores & curatores pertinet qui dati sunt à magistratu,sed etiam ad testamentarios siue tutores,siue curatores, Non quia testamento curatores dari possint, sed quia inutiliter quoque datos confirmari à magistratibus consuetum est *l.1.& tot.titul.D.de confirm.tutor.* Et hic Modesti-

l.1.D.de vacat & excus. muner.

l scire oportet 13.§.1.D. hoc tit.

l. quinquaginta dies 6. C.eod.

l. tutor vel curator 20. D. de adm. tutor.

l. vlt. D. de tutor. & curat.dat.

d. l. scire oportet 13.§.1.

ni

ni sensus est in *versicul. hoc autem conuenit*, non quem illi putant qui ex eo inferunt etiam testamentarios tutores ritè datos confirmari. Quod nos in Erroribus pragmaticorum refutauimus. Sed an & legitimis tutoribus idem conuenit? Nec enim posse videntur illi se excusare, Nisi eo casu quo etiamsi non se excusarent tamen inuitis iis alius vel curator in eorum locum dandus esset si excusationis causa esset temporalis, vt in *l. non solum* 10. §. *si libertus* D. *hoc tit.* vel tutor perpetuus, remoto in perpetuum legitimo, vt in *l. si pupillum* 20. *eod.* Nimirum ita ferente ac suadente vtilitate non ipsius tutoris legitimi, sed pupilli. Verius tamen est legitimos quoque excusari posse *d. l. si pupillum*, *l. si sororis* 9. *C. qui dar. tutor.*

l. non solum 10. §. *si libertus l. si pupillum* 20. *eo. l. si sororis* 9. *C. qui dar. tut. poss. d. l. scireoportet* §. 1.

De computandis diebus datis ad proponendam excusationem.

SEquitur apud Modestinum, id quod proximè dictum est ex Diui Marci constitutione, ei qui vltra centum miliaria habitat in vnamquamque diem numeranda esse viginti miliaria, & extra hos adiici oportere triginta dies alios ad excusationem, non ita simpliciter & absolutè verum esse, sed cum temperamento, iustáque interpretatione, ne alioqui absurdum sequatur. Quid enim si cuius habitatio abiit centum & sexaginta miliaribus. An octo tantùm & triginta dierum spatium habebit? Octo quidem, centum sexaginta miliariorum nomine in vnamquamque diem viginti miliariis numeratis, Triginta verò ad faciendam excusationem? Atquin ita fiet, vt deterioris condicionis sit qui longius habitat, quàm si intra c̄tum miliaria habitaret aut in ipsa ciuitate. Huic enim semper quinquaginta spatij dies sunt. Illi verò essent pauciores. Hoc verò absurdum esset, & contra propositum mentémque constitutionis quæ melioris condicionis esse voluit illum, qui longiùs habitaret. Ergo ne absurdum hoc eueniat dicendum est ita interpretandam constitutionem vt numquam alicui detur tempus minus spatio quinquaginta dierum, Tunc autem longius tempus dandum sit cùm annumeratio dierum, qui in viam computantur adiectis triginta diebus quos dat constitutio ad excusationē excedit quinquaginta dies, vt puta si ponas aliquem in eo loco habitare qui distet à ciuitate quadringentis quadraginta miliarijs: Hic enim viæ quidem habebit dies viginti duos, Ad excusationem verò alios triginta: qui numerus quinquaginta dies excedet. Nec sanè pugnat hæc interpretatio cum verbis constitutionis, sed quod verbis deest supplet commodissimè ex mente constituentis, quod fieri etiam à prudentibus potest, quomodo in proposita specie factum esse à Scæuola Paulo & Vlpiano testatur Modestinus: Alioqui manca prudentum autoritate vel seruanda esset constitutio quantumuis dura vt in *l. prospexit* 12. *D. qui & à quib. manum.* vel noua Imperatoris lege aliqua & constitutione esset corrigenda vt in *l.* 1. *C. de legib.* Simile quiddam est, sed audentioris interpretationis apud Papinianum in *l.* 3. *in princ. De vsur.* de cuius sententia scripsimus *lib.* 7. *Coniect. cap.* 1.

l. 3. *in princ. D. de vsur.*

De illo qui intra constitutum tempus vnica tantùm specie excusationis vsus est.

CVm verò hoc temporis spatium obseruare omnes debeant qui qualitercūque excusātur à tutela, vel cura, nec solū si in totū excusentur sed si pro parte, nō quidē tutelæ quæ indiuidua est, sed administrationis quæ diuidi

commodè poteſt *l.inter tutores* 36.D.*de adminiſtr.tutor.*vt in *l.illud* 19.*& l.propter litem* 21.*§.licèt D.hoc tit.*Conſequens eſt vt ſi quis ſpecie aliqua excuſationis fuerit vſus intra conſtitutum tempus,non aliter audiendus ſit aliam proponere volens quã ſi idẽ tẽpus obſeruet *d.l.ſcire oportet §.obſeruabunt & ſeq.* Hoc enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *d.l.propter litem*, §. 1. Eum qui ſe vult excuſare ſi plures habeat excuſationes & de quibuſdam non probauerit, aliis quidem vti non prohiberi ſed intra tempora,Ne quis forte putet ſingulis excuſationibus ſingula temporis ſpatia data eſſe. Addenda tamen eſt exceptio quam addit Modeſtinus,*niſi forte alterius alienius ciuitatis eſt ciuis.*Nam qui neque ciuis neque incola eſt,cùm non ſit ſuppoſitus iuriſdictioni magiſtratus apud quem proponenda eſſet excuſatio,ſicut non habet neceſſitatem ſe excuſandi cùm ipſo iure non teneatur *l.1.§.vlt.D.de tutor.& curat.dat.*ita neque cõſtituta excuſationum tempora obſeruare cogitur, vt idem Modeſtinus explicat pluribus in *d.l.ſcire oportet §.vlt.*

l.illud 19.*& l.propter litem* 21 *§.licet D. hoc tit.*

d.l. ſcire oportet §. obſeruabunt & ſeq. eod. d.l.propterlitem §.1.

l.1.§.vlt.de tutor. & curat dat.

d. l. ſcire oportet §.vl.

De illo qui per imperitiam magiſtratus fuit abſolutus ob excuſationem propoſitam poſt legitimum tempus.

ADeò autem neceſſe eſt cuſtodiri conſtitutum tempus vt etſi dimiſſus atque abſolutus fuerit per magiſtratus inſcitiam ille qui poſt tempus ſe excuſauit non ideò liberetur,nec eo minùs tutor maneat,qui ſemel ita tutor fuit vt deſierit poſſe & debere excuſari *d.l.ſcire oportet §.ita verò.* Quamuis è contrario ſi is qui iuſtam habuit excuſationem cámque intra tempora allegauit, per iniuriam iudicis retentus ſit in tutela cogendus eſt iniunctum munus implere ſi acquieuerit iudicato *l.3.C.eod.* Nempe quia tutor cui à iudice facta eſt iniuria,poteſt prouocare ſi velit,debétque ſibi imputare ſi non prouocauerit, At iniuria quæ fit pupillo per admiſſam à iudice poſt tempora excuſationem,quam admittere nullomodo debuit,non ita facilè corrigi,neque pupillo ipſo appellante neque alio volente pro eo appellare, Et ideò intactam & illibatam ipſo iure pupilli cauſam à lege ſeruari æquum fuit,ſi quid aduerſus eius vtilitatem factum eſſet à magiſtratu contra leges in admittenda poſt tempora excuſatione.*arg.l.vlt.C.in quib.cauſ.reſtit.in integr. non eſt neceſſ.* Proinde ſi quis alius ab eodem magiſtratu creatus tutor ſit in locum huius malè excuſati,reſcriptum meritò eſt ab Imperatoribus non debere hunc in tutela detineri quamuis nec à creatione ſua appellauerit, quaſi qui nec volens tutor eſſe poſſit eius pupilli qui iam alium tutorem habeat *d.§.ita verò*, Scilicet propter repugnantiam quæ eſt ex parte rei vt loquuntur philoſophi, quæ repugnantia impedit ne res iudicata pro veritate haberi poſſit, cùm nequeat res iudicata facere poſſibile id quod eſt impoſſibile,Quale eſſe cenſetur quicquid eſt contra leges *l.filius* 15.*D.de condic.inſtit.*iunct.*l.ſi ſororis* 9.C.*qui tutor. dar. poſſ.l.cùm iure* 9.C.*qui pet.tutor.l.licèt* 4.C.*in quib.caſib.tutor.habent.*

d. l. ſcire oportet §. ita verò.

l.3.C.eod.

l.ſi filius 15. *D. de cõdic. inſt.iunct. l. ſi ſororis 9. C. qui tutor dar. poſſ. l. cũ iure 9.C. qui pet. tut. l. 4.C.in quib. caſib. tut.hab.*

De neceſſitate quam tutor habet allegandi ſpecialiter cauſam excuſationis & remiſſionis.

POrrò non ſufficit,vt quis accedat ad iudicem ad ſe excuſandum ſed oportet vt ſe excuſet,cauſámque excuſationis & remiſſionis ſpecialiter alleget, ita vt ſi multa iura habeat,id eſt varias excuſationis cauſas,omnia iura omnéſque cauſas nominare debeat.Alioqui ſimilis fiet ei qui nequaquam accefferit

ad

ad iudicem,vel qui accesserit quidem ,sed iustam remissionis & excusationis causam nullam attulerit §. *scire autem oportet d. l. scire*. Quid enim refert an quid nullomodo fiat,an verò malè fiat & perfunctoriè ac dicis vel puritatis causa,quomodo loquitur Vlp.in *l.2.§.1.D.qui pet.tutor.l.4.D. commod. l. quoties 6.D.qui satisd.cogant.l.2.D.de autor.tutor.* Sufficit sanè vt intra constitutum tempus tutor se excusauerit solùm : Nec requiritur vt intra illud tempus admissa sit excusatio,ita vt si tutor nolens postea desierit, id est si inuitus destiterit à persequenda excusatione,ad alia fortasse negotia vocatus,non quòd ab excusatione vellet discedere,non ei nocebit quandocumque postea eandem excusationem repetenti etiam post tempora,nec præscriptione temporis repelletur §.*sufficit autem ead.leg.* Planè si volens & vltrò desierit prosequi excusationem,ei nocebit quasi qui in ea perseuerare noluerit,fortè quod improbam & illegitimam illam esse sciret aut suspicaretur *arg.l.destitisse 10.D. de iudic.l. mora 32.D.de vsur.* Multò magis ei nocebit si se tantùm repræsentauerit intra constitutum tempus apud iudicem,nec tamen permanserit postea vt se excusaret,Perinde enim post constitutum tempus repelletur præscriptione ac si nũ quam se repræsentasset,*dict.§.sufficit in fin.* quia scilicet minùs hic fecit quàm si se excusasset in genere,nulla allata in specie causa excusationis:Quo tamen casu iam diximus nihil ei profuturum *d.§.scire.*

d. l. scire §. scire autem oportet.

l.2. §. 1. D. qui pet. tut.

§ sufficit autem ead.leg.

De illo qui ob aliquam iustam causam non potuit intra constitutum tempus se excusare.

QVid ergo si quis propter ægritudinem vel aliam necessitatem puta maris vel hyemis,vel incursus latronum,aut quam aliam similem , non potuerit intra constitutum tempus venire? Ignoscendum ei est quia nemo casum fortuitum præstare cogitur,nec vim illam maiorem cui resisti non potest *l.2. §.si quis iudicio & seq.§.vis fluminis D.si quis caution. l. contractus 25. De regul. iur.* Ac quamquam non alia huius rei probatio quærēda est quàm quæ ex ipsa naturali iustitia proficiscitur,quia scilicet naturalem intellectum habet vt loquitur Papinianus in *l.cui pacto 5. D.de serv. export.* addit tamen Modestinus extare constitutionem Imperatorum Veri & Antonini quæ hoc ipsum dicit.

De qualitate temporis intra quod proponenda est excusatio, An continuum sit an vtile.

AN verò continui erunt isti quinquaginta dies,an vtiles ? Et ait Modestinus in *§.quinquaginta ead.leg.* continuos esse non vtiles: numerandos tamen ex die tantùm cognitionis,id est quo quis cognouit se tutorem datum esse siue manifestatum ei sit à præsidibus vel in faciem vel ad domum,vt suprà diximus,siue aliunde id cognouerit,Nec enim refert vnde dummodò sciuerit. Erit ergo hoc tempus ex postfacto quidem continuum sed ab initio tamen vtile,cùm non incipiat currere nisi à die scientiæ: vt & de quadriennio illo dici solet quod Iustinianus induxit & substituit in locum anni vtilis qui dabatur olim ad petendam restitutionem de quo in *l.vlt.C.de temper. in integr. restit.* Nec enim sanè æquum esset currere tempus ignoranti cui nihil potest imputari *l.cùm sex 55.D.de edilit.edict.*

§ quinquaginta eiusd. leg. scire oportet.

l.cùm sex 55. de edil. edi.

De forma proponendæ excusationis.

AT quænam forma erit & proponendæ & admittendæ excusationis? Proponenda est ante tribunal vel aliter in submemorationibus, quod Gallicè sic efferri meo iudicio potest, *en audience ou au parquet*, Nec potest quis se excusare per libellos *l. excusare* 25. D. *hoc tit.* quia cùm omnis excusatio causæ cognitionem decretúmque magistratus desideret *l.* 1. D. *de vacat. & excus. munner.* Constat nihil eorum quæ causæ cognitionem desiderant per libellum expediri posse, vt nec quoties decretum est necessarium *l. nec quicquam* 9. §. 1. D. *de offic. proconſ. l.* 1. §. *abolitio D. ad SC. Turpill. l. omnia quæcunque* 71. *l. vbicunque* 105 *de regul. iur.* Potest tamen libellos dare ad contestandam excusationem summouendæ præscriptionis gratia quamuis non nisi pro tribunali discepte-
tur, excutiatur, & recipiatur excusatio. Sic enim accipiendum est quod Modestinus scribit in *dict. l. scire §. oportet*, ne pugnet ille cum Vlpiano in *dict. l. excusare.* Ego tamen addo, Etiam ad fines contestationis & summouendæ præscriptionis, requiri vt tutor libellos offerens accedat ipse ad iudicem, & se repræsentet, vt ipse det libellum nec sufficere vt id faciat per procuratorem *dict. §. ita verò & dict. §. scire.* Est enim excusatio tutelæ sicut & ipsa datio actus legitimus qui non potest fieri per procuratorem non magis quàm in diem aut sub conditione *l. nemo alieno* 123. iunct. *l. actus legitimi* 77. *de regul. iur.* licèt Cuiac. contra Accursium aliter putet ad *l.* 13. *D. hoc tit.* Alioqui non esset quærendum an valetudine, aut vi tempestatis, aut qua alia de causa impeditus quis esset ne veniret ad iudicem se excusatum intra constituta tempora, cùm posset ei semper imputari cur saltem non misisset procuratorem: quemadmodum imputamus ei qui exulare cogitur, cur non reliquerit in prouincia procuratorem ad expedienda ea quæ procurator expedire potuisset *l. Papinianus* 20. D. *de minor.* Decretum verò iudicis tale esse debet vt purè vel admittatur vel reiiciatur excusatio. Alioqui vicium pronunciationis est si condicio inseratur, adeò vt ita excusatus tutor non magis possit haberi pro excusato quàm si decretum nullum interuenisset, vt in specie *l. qui testamento* 37. D. *hoc titul.* Neque enim sententia sub condicione ferri potest aut debet *l.* 1. §. *biduum D. quand. appell. sit & intr. quæ tempor.* Quanquam in eo casu quẽ tractat Scæuola in *dict. l. qui testamento*, non illã iustam excusationem habebat tutor quæ expressa fuerat per sententiam iis verbis conceptam *si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio*, cùm apparuisset nullum patruum ei impuberi tutorem esse, sed illam potiùs quòd tres liberos habebat, qui numerus sufficit in vrbe, vt suprà diximus. De vrbe enim loquitur Scæuola, cùm loquatur de prætore non de præside qui solus in prouincia partes prætoris gerebat *dict. l. Papinianus.* Et hoc est quod ait, *quamuis iustas excusationis causas haberet.* Vitium ergo pronunciationis propter quod negat Scæuola tutorem hunc excusatum esse, non tam illud est, quod decretum sub condicione sit conceptum vt vulgò creditur, quàm quia falsam causam habuit. Nam etsi prætor ita pronunciasset *quoniam legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio*, nemo diceret insertam decreto condicionem quæ pronunciationem vitiosam faceret, & tamen non eo minùs vitiosa esset quia expressam haberet falsam causam ac proin-

l. excusare 25. D. hoc tit. l. 1. de vacat. & excus. mun.

d. l. scire §. oportet.

d. §. ita verò & §. scire.

l. actus 77. l. nemo 123. de reg. iur.

l qui testamento 37. D. hoc tit. l. 1. §. biduũ D quand. appell sit & intr. quæ temp.

proinde nullam. Sed & substantia ipsa pronunciationis vicioſa eſt quæ poſtremis illis verbis continetur *non eſt tibi neceſſaria excuſatio*, Ei namque qui tres liberos Romæ habet excuſatio certè neceſſaria eſt, quamuis non ſit neceſſaria ei qui tutor datus eſt pupillo iam tutorem habenti, vt diximus in præcedentibus ex *l. cùm iure 9. C. qui pet. tutor. l. ſi ſororis 9. Cod. qui dar. tutor. poſſ. l. penult. Cod. in quib. caſib. tutor. habent.* Debuerat ergo Prætor ita pronunciare *Excuſatus es*, quomodo ſi pronunciaſſet, vtique fuiſſet tutor excuſatus, quia licèt falſa eſſet illa cauſa excuſationis, quaſi legitimum tutorem habenti vicioſè datus eſſet, Tamen ea ſublata ſupererat prior excuſatio quæ vera erat, quòd liberos tres haberet, ſufficit autem vel vnam adeſſe iuſtam excuſationis cauſam *d. l. ſcire oportet §. conſequens l. propter litem* 21. §. 1. D. *eod. l. appellanti* 13. §. 1. *D. de appellat.* Et ob id nimium adoit Scævola, ſi tutor hic acquieuerit ſententiæ, non eſſe dandam in eum tutelæ actionem vtilem ob id quod tutelam non geſſerit ſi modò non tam per malitiam & dolo malo ceſſauerit ab adminiſtratione quàm errore ductus quia ſe pro iure trium liberorum quod allegabat, crederet excuſatum: Non quaſi ſolum decretum quamuis vicioſum poſſit inducere bonam fidem ſi aliud nihil eſſet, at quia re vera bonam habebat excuſationem ob priuilegium trium liberorum, nec æquum eſt vſque adeò nocere illi culpam prætoris, à quo potuerat & debuerat excuſari ſi benè ille ſciniſſet pronunciare: Quamquam nec ei prodeſſet ſola illa ratio & allegatio iuſtæ excuſationis ſi non etiam decretum pro eo aliquod ſaltem vicioſum ſecutum eſſet. At ſi è contrario cùm ſe tres liberos habere, & impuberi patruum tutorem legitimum eſſe dixiſſet, apparuiſſet patruum quidem eſſe tutorem legitimum ſed non niſi duos ei adeſſe liberos, & prætor ita pronunciaſſet *ſi tres liberos habes, excuſatus es*, idémne dicendum eſſet, vt ob vicium pronunciationis (nam æquè vicioſa eſt illa pronunciatio) non deberet ille haberi pro excuſato? Imò verò eſſet plus quàm excuſatus cùm non eſſet ei neceſſaria excuſatio, tanquam qui ipſo iure prohiberetur ne tutorem habenti tutor dari poſſet: ideóque nec verendum eſſet, ne ob non geſtam tutelam vtili tutelæ actione teneretur. *dict. l. ſi ſororis.* Certè non minùs iuris haberet quàm habet in eo caſu qui tractatur à Scævola, quia ſicut malitiæ numquam indulgendum, ita errori ſemper ſuccurrendum eſt *l. quamuis 32. in fin. D. de condic. & demonſtr. l. vlt. D. de rit. nupt.*

d. l. ſcire opor tet §. conſequens l. propter litem 21. §. 1. D. hoc tit. l. appellanti 13. §. 1. D. de appell.

d. l. ſi ſororis 9. C. qui dar. tutor. poſſ.

l. quamuis 32. in fin. de condic. & demonſtr. l. vl. D. de rit. nupt.

De tempore dato ad peragendum negotium propoſitæ excuſationis.

QVinquaginta porrò dierum ſpatium quod tutoribus omnibus & curatoribus datum eſſe diximus ad ſe excuſandum ad conteſtandas tantùm excuſationum cauſas pertinet, non autem ad negotium ipſum excuſationis peragendum. Nam peragendo negotio continui quatuor menſes conſtituti ſunt ex die nominationis numerandi *l. quinquaginta* 38. *D. hoc titul.* Si tamen cùm ipſe iuſtitueret, inſtaretque vt proferret excuſationem mora contradictoris impeditus eſt, quominùs decreto liberaretur, poterit & debebit etiam poſt elapſum quadrimeſtre admitti excuſatio *l. ſi cùm ipſe ſi cium ipſe* 39. *eod.* Nec enim aduerſarij contradictio nocere illi debet per quem non ſtetit, quique nec in culpa nec in mora eſſe

l. quinquaginta 38 D. hoc tit.

l. ſi cùm ipſe 39. eod.

dici poteſt *l.ſciendum* 21.D.*de vſur.* At quomodo fieri poteſt vt quatuor illi menſes incipiant currere ex die nominationis,ſi quinquaginta dies intra quos proponenda eſt excuſatio & quos ideò præcedere neceſſe eſt,non à die nominationis currunt,ſed à die cognitionis,vt ſuprà diximus ? Puto ita eſſe hoc accipiendum vt quatuor illi menſes continui numerentur ex die nominationis, Eo nimirum caſu,quo idem ſit dies nominationis & cognitionis , Ad excludendum ſcilicet tempus illud duntaxat quo allegata excuſatio ſit : Quaſi dicat Paulus,non incipere quatuor illos menſes datos finiendo excuſationis negotio currere à die allegatæ excuſationis,quod tamen ita eſſe videbatur,ſed à die nominationis,cognitæ ſcilicet non factæ,Ne alioqui facilè poſſit contingere vt priùs finitum quàm cœptum eſſet tempus excuſationis , quod certè perabſurdum eſſet *l.ſi.in diem* 45.*l.Titio vſusfructus* 96.*de condic.& demonſtr.* Nam & eadem ratio facit vt ſi quis teſtamento tutor datus ſit ex die vel ſub condicione non priùs quinquaginta illi dies cedere incipiant quàm tutelæ dies vel condicio venerit,adeóque nec priùs quàm ſit adita hereditas,vt Tryphoninus ſcribit in *l.penult.§.1.D.hoc tit.* de cuius interpretatione iam diximus in ſuperioribus.Quod haud dubiè procedit etiamſi tutor teſtamento datus ſciuerit ſe datum vt termini habiles ſupponantur.

l.pen.§.1.D. hoc tit.

OCtauò ex eodem ſupradicto Principio noſtro fit , vt qui iuſtam habent excuſationem non poſſint cogi ad tutelam ſuſcipiendam, quia ſicuti tutela eſt iuris publici,Ita & excuſatio tutelæ , cùm non alius excuſare ſe poſſit quàm cui ius ciuile tribuit excuſationem,vnde eſt quod iure publico vti dicitur,qui ſe excuſat,vt Papinianus loquitur in *l.iuriſperitus* 30.*§.vlt.D.hoc tit.*

l. iuriſperitus 30.§.vl. D.hoc tit.

De illo cui fideicommiſſaria libertas præſtita & ſoluta fuit à defuncto cuius liberis tutor quæritur.

IN hoc numero ille eſt cui fideicommiſſaria libertas præſtita & ſoluta fuit à defuncto cuius liberis tutor quæritur.Nam etſi ius ita eſt vt nullum excuſationis priuilegium habere poſſit libertus,quominùs liberorum patroni ſui tutelam ſuſcipere cogatur , ſi modò liberi illi patronatus iura ſperare quandoque poſſint *l. libertus* 14. *D. de tutor. & curat. dat.* ſiue patris pupilli libertum proponas,ſiuè matris *l.libertum* 14.D.*hoc tit.*& ſiue primi gradus liberi ſint ſiue vlterioris,*§.1.ead.leg.*Adeóque licet ius aureorum annulorum impetrauerit,atque ita in cæteris omnibus pro ingenuo habeatur *l. cùm ex oratione* 44. *eod.*quia quod ad hoc vt non poſſit ſe excuſare(niſi aduerſæ valetudinis cauſa *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.*aut minoris ætatis *l.non ſolùm* 10.*§.ſi libertus eod.*)ordinem retinet libertorum quaſi non mutata condicione *d.l.libertum §.ſed etſi.*Hic tamen de quo agimus qui fideicommiſſariam à defuncto accepit libertatem, vix pro liberto habendus eſt,vt neque is qui eum ex cauſa fideicommiſſi manumiſit,pro patrono,niſi hactenus quòd eum iniuſſu prætoris & ſine venia in ius vocare manumiſſus non debet *l.is quoque* 9. *D. de in ius vocand.* Nempe quia non tam donaſſe quàm ſoluiſſe libertatem intelligitur quam ex fideicõmiſſo præſtare omnimodo debuit *l.nequaquam* 24.*D.hoc tit.* Non enim poteſt videri magnum beneficium à defuncto conſecutus,imò nihil penitus cõmodi ab eo ſenſiſſe,ſed magis debitam ſibi accepiſſe libertatem. *l. ſi ſeruo* 84. D.*de hered.inſtit.* Vnde eſt quod in toto fere iure manumiſſor eiuſmodi nihil

iuris

iuris vt patronus aduersus liberti personam consequitur, Excepto eo quod diximus, Ne in ius vocari possit sine venia *d.l.nequaquam*, vbi tamen Papinianus cautè addit *ferè*, quia hoc etiam iuris habet amplius is qui etiam ex causa fideicommissi manumisit quod tam contra tabulas quàm ab intestato venire potest ad bona liberti quasi patronus *l.qui ex causa* 29.D.*de bon.liberi.* Multò magis dicendum est eum qui propria pecunia emptus & manumissus fuit, nequaquam inter libertos cõnumerãdum esse, cùm nihil acceperit à patrono, qui nec pauperior vllomodo factus videri possit *d.l.libertum* 14.§. *qui proprio D.hoc tit.* iunct. *l.1.C.de bon.libert.l.5.§.si quis à liberti* D.*de liber. agnosc.l. sed si hac* D.*de in ius vocand.* Si tamen plures liberti fuerint, non omnes dandi tutores erunt liberis patroni, sed vnum omnibus liberis dari sufficiet, qui etiamsi tres tutelas iam habeat, non ideò tamen absoluetur nec excusabitur, qui à patrono tantùm beneficium acceperit, quod si non accepisset, nec ipsam voluntatem habere nunc posset proponendæ excusationis, multò minùs facultatem *arg.l.filio* 7.D.*vt legat.seu fideic.seruand.caus.caueat. l. si manumissori* 4.*C.de obseq.patro.præst.* Et hoc est quod ait Modestinus in *d. l.libertum* 14.*§.vlt.* vbi manifestum est in illis verbis *omnibus libertis* erratum esse legendúmque *liberis*, Nec enim ibi agitur de tutore dando libertis, sed de dando tutore patroni liberis, vno ex pluribus libertis. Neq; verò priuilegium vllum est patroni in libertos ad aufferendam iis excusationem nisi cùm agitur de tutela liberorum patroni. Nam si patronus impuberi liberto quosdam ex libertis ipsis, siue tutores, siue curatores testamento dederit, non eo minùs poterunt illi se excusare si quam habeant iure publico excusationem, Ne scilicet decreto cõfirmentur, quamuis cõstet eos esse alioquin idoneos *l.iurisperitos* 30.*§.vlt. D.hoc tit.* Nec immeritò, Cùm vt diximus, nec liberorum aliorum gratia priuilegium hoc patronus habeat, præterquàm eorum qui patronatus iura sperare aliquando possunt *d.l.libertus* 14.*De tutor. & curat. dat.* quæ tamen sperare libertus numquam potest qui neque ex liberis est.

l. libertum 14 § qui propria D. hoc tit.

d.l. libertũ §.vlt.

l. iurisperitos 30.§.vlt. eod.

l. libertus 14.D.de tutor.& cur. dat.

De fratre habente iustam excusationem.

IN eodem numero illorum qui non prohibentur se excusare si modò iustã habeant excusationem frater quoque computatur. Etsi enim contra naturales stimulos facere videtur si aliqua excusatione sibi vtendũ arbitretur, cùm sit ferè alter, quomodo de patre scribit Paulus in *l.amicissimos* 36.*§.vlt.*D. *hoc tit.* non tamen vsque adeo premendus est, vt si priuilegio aliquo subnixus sit, fratris curatorem suscipere cogatur *d.l.iurisperitos* 30.*§.qui priuilegio eo.* Saluũ enim ius publicum omnibus esse oportet, nisi qui sint quos ab eo beneficio arceat maior aliqua ratio quæ sit ipsa etiam iuris publici, Qualis illa est ob quam diximus factum esse ne libertus vocatus ad tutelam liberorum patroni excusationem vllam adferre possit.

d.l. amicissimos §. vlt. hoc tit.

d.l.iurisperitos §. qui priuilegio eod.

ILLATIO IX.

De non admittenda excusatione nisi quæ sit ex iure.

NOnò ex eodem Principio fit, vt non facilè admittenda sit excusatio licèt colorem aliquem habere videatur, sed ea tantùm quæ ex legibus, vel

by Google

constitutionibus,vel edictis Principum pro iusta habeatur,Nimirum quia offendit ea res vtilitatem pupillorum quorum sanè interest tantò plures esse qui tutores iis dari possint,quàtò facilius est,siue patri,siue magistratui ex pluribus eum eligere qui sit non modò idoneus,sed etiam idoneior cæteris *l. si cùm adoptio* 14. *D. de opt. lega.*

l. si cùm adoptio 14. D. de opt. lega.

De spadone creato tutore & volente se excusare.

INde est quod dicimus,Etiam spadonem posse creari tutorem,cùm nullam excusationem habeat *l. spadonem* 15. *D. hoc ti.* Quidni verò cùm possit etiam adoptare,quamuis filium generare non possit *l.* 2. *§. 1. l. adrogato* 40. *§. vlt. D. de adopt.* Eadem tamen dubitandi ratio erat ad vtrumque locum, Quòd spado qui verus pater esse non posset propter vitium, & impedimentum corporis, nec patris vicem gerere posse videatur,quomodo gerit quisquis tutor est. Sed nihil habet commune facultas generandi cum facultate administrandi res pupillares. Multóque difficilius est,vt quis ob impedimentum generandi admittatur ad excusationem, quàm vt adoptare prohibeatur, Cùm adoptio ad hoc ipsum fiat,vt quis liberos sibi quærat,patérque fiat *l. 1. eod. tit.* Vnde est quod castrati adoptare non possunt vt diximus ad *tit. De adopt. ex §. sed & illud eod. tit.* tanquam qui non temporali aliquo vicio vt spadones, sed naturali perpetuóque habitu corporis omnino impediantur ne generare vnquam possint, Et tamen non est dubitãdum meo iudicio quin ad tutelam suscipiendam perinde ac spadones cogi queant, Licèt Modestinus in *d. l. spadonem* de spadonibus tantùm loquatur, quorum scilicet nomen generale est,vt etiam castratos comprehendat *l. Spadonum* 128. *D. de verb. signific.* Quod & Cuiacius noster sentit ex *l.* 3. *§. idem ad leg. Cornel. de sicar.*

l. spadonem 1. D. hoc ti. l. 2. §. 1. l. adrogato 40. §. vlt. D. de adopt.

l. Spadonum 128. de ver. signific. l. 3. §. idem ad leg. Cornel. de sicar.

De eo qui patri promisit se fore tutorem.

SEd nec is qui patri promisit se fore tutorem liberorum, excusare se ab ea tutela potest,licet alioqui iustam habeat excusationem, nec si non vnam tantùm, sed etiam plures *d. l. spadonem §. 1.* quia licèt amicitia & officiis prouocandi sint ad suscipiẽdum officium tutelæ ij quos testator eligere vult, non pactionibus adstringendi *d. l. amicissimos* 36. *D. hoc tit.* Iunct. *l. si quando* 35. *§. 1. C. de inoffic. testam.* ne alioqui ius publicum ex quo manare excusationes suprà diximus per priuatorum conuentiones infringi videatur contra *l. quod bonis* 15. *§. 1. D. ad leg. falcid. l. ius publicum* 38. *D. de pact. l. vlt. D. de suis & legit.* Nõ est tamen huic tutori permittendum, vt patri iam defuncto cui fidem dederat suscipiendæ tutelæ illudat impunè,cùm si non promisisset se tutorem fore, vtique pater vt verisimile est alium tutorem, nec minùs idoneum liberis suis dedisset rebus integris quæ per mortem ipsius integræ esse desierunt. Numquam enim permittendum est, vt quis in damnum alterius mutet consilium re amplius non integra *l. nemo potest* 75. *de reg. iur.* Sed & tacita promissio sufficit *l. ex sententia* 29. *D. de testam. tutel.*

d. l. spadonẽ §. 1.

d. l. amicissimos.

l. nemo potest 75. de reg. iur. l. ex sententia 29. D. de testa. tutel.

d. l. spadonẽ §. scire. l. nõ

De excusatione ob dignitatem.

NEc dignitas rursum vlla tribuit excusationem *d. l. spadonem §. scire oportet*, Scilicet nisi habeat coniunctum onus administrationis *l. non tantùm* 17. *§. vlt.*

§.vl.l.administrantes 41.*in pr.&* 5.1.D.*hoc ti.* Nempe quia dignitas quâ quis in re publica&à rupublica nanciscitur,tantò magis eũ obligat,non tantò minùs,vt rei publicæ seruiat, non detrectando munus quod licèt reipublicæ non sit, publicum tamen est,vt diximus in huius Principij interpretatione, Ergo etiamsi quis Senator fuerit, hic tutor erit & eorum qui inferioris sunt ordinis, vt Modestinus scribit in *d.§.scire oportet.* Multò minùs poterunt excusari qui inferioris sunt ordinis & dignitatis, quominùs tutelam vel curam maiorum suscipere compellantur vt subiungit Modestinus in *versi.similiter.* Si quis tamen cùm tutor,vel curator esset eius qui non Senatoris filius erat, nec alteriùs in dignitate constituti,postea fiat Senator, dicimus continuò absolui eũ à solicitudine:*§.si quis autem ibid.* Vt proinde superueniens Senatoria dignitas faciliùs præbeat excusationem ad tutelam deponendam, quæ iam suscepta sit, quàm ab initio ad tutelam non suscipiendam, Cùm tamen è contrario regulare sit, vt tutela nonduni suscepta faciliùs depellatur, quàm vt suscepta deponatur *d.l.non tantum §.vlt.& d.l.administrantes §.penult.eod.ti.* Nimirum quia senatoriæ dignitatis splendor susceptæ iam tutelæ obligationem extinguere facilè potest,at suscipiendæ non potest, Excipe tamen si iam tutor erat filij Senatoris,Ex iis quæ iam suprà diximus.

tantùm 17. §.vlt.l. administrantes 41 in pr. & §.1. D. hoc tit.

d.§. scire oportet • l. ipadonem.

§.si quis autem.

d.l.non tantum §.vlt. & d.l.administrantes §. pen.eod. tit.

De librariis calculatoribus,& rationariis.

RVrsus neque librarij,neque calculatores quos vulgo rationarios dicimus, habent immunitatem à tutela *d.l.spadonem §.neque librarios*, quia licèt eorum opera publicè non modò vtilis, sed etiam necessaria esse videatur, ita vt ob hanc causam extraordinariæ quoque cognitionis priuilegium meruerint,quod nequaquam datum est cæterarum artium opificibus,huic artificibus quæ sunt extra literas,vel notas positæ *l.1.§.ludi quoque literarij & seq.* D. *de extraor.cognit.* non tamen ea sunt,vel dignitate, vel autoritate præditi, vt immunitatis etiam priuilegium mereantur qui nec liberalium studiorum professores dici possunt,quamuis artem numerandi profiteantur *l.oratione* 4.C.*de profess.& medic.lib.*11.*tit.*52. Idq; adeò verum est,vt nec ratiocinatio ciuitatis in numerũ vnius tutelę cedat,vt scilicet duabus tutelis iũcta præbeat excusationẽ, quam tres tutelæ præberent, *d.l.spadonem §.ratiocinatio.* licèt negari non possit,quin rempublicam magis tractet is qui ratiocinationem ciuitatis habet, quàm qui extra eam causam rationarius & calculator est.

d.l. spadonẽ §. neque librarios.

l.1.§.ludique literarij & seq D.*de extraor. cognit.*

l. oratione 4 C. de profess & medic.lib.11.ti. 52.

d.l. spadonẽ §. ratiocinatio.

De Iudæis.

DE Iudæis addit Modestinus in *d.l.spadonem §.iam autem*, Etiam Iudæos posse tutores esse non Iudæorum (de Iudęis enim dubitari nullomodo potest) sicut inquit & reliqua munera & onera publica administrare coguntur. Constitutiones enim quæ iis fauent, non in aliis eos sine molestia esse iubent,quàm per quæ cultus, aut potiùs superstitio ipsorum inquinari videatur.Nihil autem cum cultu commune habet administratio tutelæ.Sed hoc vetus ius romanorum paganorum fuit non Christianorum. Nec enim apud nos Iudæi vlli sunt, & quibus locis tolerantur, adeò inuisi sunt & à Christianorum consortio alieni, vt nec si velint millies ad Christiani pupilli tutelam admitti possint,Tantùm abest,vt disputari vnquam oporteat,an tutelam non Iudæi hominis suscipere cogantur.

d.l. spadonẽ §. iam autem.

De libertis earum quæ sunt vxores Senatorum.

SEd neque liberti carum quæ sint vxores Senatorum tametsi res earum disponant & procurent, vllam tamen à tutelis immunitatem habent, quam habent liberti Senatorum *l. cùm ex oratione* 44. *§. vlt.* D. *hoc tit.* Id enim solis masculorum Senatorũ libertis concessum est, vt Modestinus ait in *d. l. spadonem §. liberti.* Quamuis certum sit Senatoris masculi dignitatem quæ hoc priuilegium meruit, & ad vxorem & ad liberos Senatoris transire *l. mulieres* 13. C. *de dignit. lib.* 12. *l. filiam* 9. D. *de Senator.* Et sanè mirum videri non debet fauorabiliorem in aliquo esse illum qui dignitatem & dignitatis priuilegium ex propria persona meruit, quàm qui ex persona alterius. Masculus autẽ Senator dignitatẽ habet Senatoriã propter se, Vxor verò non nisi propter maritum. Sic neq; priuilegiũ habet immunitatis libertus Senatoris quominus alias tutelas suscipere cogatur etiãsi filiorũ patroni sui tutelã administret *l. libertus* 43. D. *hoc tit.* Nẽpe quia & aliud & minus est liberorũ Senatoris quàm ipsius Senatoris rẽ & patrimonium administrare. Quãquam non tam exactæ iuris rationes quærendæ sunt in his quæ pendent ex Principum constitutionibus, & ex iure constituto non ex recepto, Nec melior alia ratio adferri potest propter quam non idem ius habeãt liberti mulierum Senatoriarum, quàm quia iis concessum non est, vt Modestinus ait in *d. §. vlt.* Est enim hoc ius ex genere, vt loquimur concessorum, cùm excusationem à tutela ii demùm habeant, non qui prohibiti nõ sunt ne se excusent, sed quibus è contrario cõcessum est, vt se excusare possint: Cui consequens est, vt quibus concessum nõ est, ii nullã habeant excusationem, nec si æquum esset aliquam eos habere: Sicut è diuerso in iis quæ sunt de genere prohibitorum si quæratur an alicui facere quid liceat, non inspiciendum est an sit ei permissum, sed sufficit vt non sit prohibitum *l. mutus* 43. *§. 3. D. de procurat.* vbi scripsi in Rationalibus.

l. cùm ex oratione 44. *d. vlt. eod. §. l. spadonẽ l. liberti.*

l. mulieres 13. *C. de dig. lib* 12. *l filiã* 9. D. *de Senator. l. libertus* 43. D. *hoc tit.*

l. mutus 43. *§.* 1. *De procurat.*

De ille qui à ciuitatibus vectigalia conduxit, item de illo qui à fisco, aut à Cesare.

MVltò minùs à tutela, vel cura is excusabitur, qui vectigalia conduxit à ciuitatibus *d. l. spadonem §. qui vectigalia.* Etsi enim publicè interest tales esse quàm plures vectigalium publicorum conductores, Nil tamen necesse est tanto hoc priuilegio inuitari eos ad huiusmodi conductiones quas etiã vltrò ambire tam multi solent proprij lucri & compendij causa potiùs quàm vt publicè prosint. Secus est in conductoribus vectigalium fisci, vt benè sentit & distinguit Cuiac. ex *l. in honoribus* 8. *§. nõ alios D. de vacat. & excus. mun.* 1. C. *de conduct. vectig. fisc.* Nam nec hi compelluntur ad munera municipalia. Quod tamen non honori eorum datum est, at potiùs ob fisci vtilitatem ne extenuentur eorũ facultates quæ iam subsignatæ sint fisco. Vnde est quod etiãsi vltro se offerant municipalibus oneribus, & muneribus, prohibendi tamen sunt, nisi si paria fisco feciſſe dicantur *l. semper* 5. *§. cõductores D. de iur. immuni.* Cur ergo, inquies, permittitur iis vt sint tutores, si velint quãuis inuiti tutelã suscipere non cogantur? An non enim ita fit, vt periculum incurrant minuendi æquè ac eneruandi patrimonij? Nempe quia fauor tutelarum & pupillorum non potest nocere fisco qui habet anterius priuilegium taciti pignoris *l. auffertur* 46. *§. fiscus* D. *de iur. fisc.* Ex quo apparet non eadem ratione cõductorẽ vectigaliũ fisci excusari à tutelis qua excusatur à muneribus municipalibus, Nec rursus differẽtiã illã quę est inter cõductores vectigaliũ fisci & vectigaliũ ciuitatis ex-

d. l. spadonẽ §. qui vectigalia l. in honoribus 8. §. non alios D. de vac. & excus. mun. l. 1. C. de conduct. vectig. fisc.

l. semper 5. §. conductores D. de iu. immun. l. simile priuilegium D. ad municip. l. vlt. C. de vectig.

eo petendam esse quod ciuitas non habeat tacitam hypothecam quam fiscus habet *l.2.C.de iur.reip.* vt malè putat Cuiaci'. Faceret enim potius illa ratio, vt succurrendum esset ciuitatibus magis quàm fisco. Sed petenda est ratio diuersitatis ex fauore fisci ad cuius vtilitates pertinet vt hoc priuilegio innitẽtur plurimi ad conducenda fisci vectigalia & ad rem fisci diligentiùs tractandam: vnde est quod nec alij priuilegium hoc habent quàm qui præsentes per se negotium exercent *d.§.non alios.* Illud ergo magis mirum est cur non compellantur ad munera municipalia cùm fiscus beneficio taciti sui pignoris semper sit securus. Sed hoc ideò quia munera municipalia non sine sumptu aliquo expediuntur, ex quo pauperior necessariò fiat qui sumptum facit, nec in eam rem quicquam profit remedium tacitæ hypothecæ. Quod non similiter euenit in tutela. Illud sanè constat maiorem esse fauorem fisci quàm vllius ciuitatis, nisi cui iura fiscalia ex speciali priuilegio concessa sint *l. simile priuilegium* 10. D. *ad municip. leg. vltima Cod. de vectigal. & commis.* quamuis fieri etiam interdum possit vt ciuitas fisco præferatur, Eo scilicet casu quo etiam priuatus præferretur, puta si prior conuenerit de pignore *l.si pignus* 8. *D.qui potior.in pignor.hab.* Conductores prædiorum Cæsaris priuilegium habent *l.pẽn.§.colon. de iur.imm.* non item coloni prædiorum fisci *l. coloni.*8.C.*hoc tit.* dummodo sine damno fisci munera subire possint. *l. vlt.* §.1. D.*ad municip.*

De *illo qui habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum.*

ILlud magis mirum videri potest quod ait Modestinus *in d. l. spadonem* §. *qui accepit* D.*hoc tit.* Eum qui accepit vel habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum, à tutela tamen vel cura non excusari. Quidni enim excusandus est cùm tutela ipsa sit munus publicum? Nempe quia fauorabilior est tutela quàm aliud vllum onus publicum, propter fauorem pupillorum. Ex quo fit quod iam alio loco suprà diximus, Generaliter concessa immunitate, tutelas tamen semper exceptas intelligi, quarum quippé fauor tantus est vt speciali expressione ac nota dignæ videri possint, si quis eas in generali sermone velit comprehendere.

l. spadonẽ nem §. qui absolutus est.

De *eo qui absolutus est à tutela vel cura quasi iustam habens excusationem.*

SEd & qui à tutela vel cura aliqua absolutus est quasi habens iustam excusationem, quam tamen reuera nullam habet, non omnimodo poterit se iuuare sententia illa etiam quæ transierit in rem iudicatam, neque actis in ea lite productis, aut vt loquimur productionibus in illa instantia factis, quas depositiones vocat versio *Modestini in d.l.spadonem §.qui absolutus est*, Sed perinde acsi nihil vnquam pro eo iudicatum esset poterit cogi ad aliam tutelam vel curam suscipiendam, si non doceat se aliqua excusatione iusta munitum vt ibidem scriptum est, quia licèt dici soleat rem iudicatam haberi pro veritate quod ad omnes in iis quæ ad statum & conditionem personæ pertinent, cuiusmodi plerumque sunt causæ excusationum, *l. ex ea causa* 9. *vbi Bart.* D. *de postul. l. de etate* 43. D. *de minor.* Iniquum tamen esset sententiam malè latam contra alium nocere alij pupillo vel minori cuius fauor admixtum habeat fa-

l. ex ea causa 9. D. de postul. l. de atate 43. D. de minor.

Digitized by Google

uorem publicæ vtilitatis: Maiórque habenda ratio est iuris publici, ex quo & tutelæ deferuntur, & excusationes admittuntur, quàm rei inter priuatos aliquos iudicatæ. De magistris nauium dubitatio minor est quin non debeant excusari *l. non tantùm* 17. §. *pen.* D. *hoc tit.* Etsi enim nauicularijs quoque immunitas concessa est, id tamen ad eos tantùm pertinet qui nauem ipsam exercent & qui annonæ vrbis seruiunt, non iis qui tantùm domini nauium sunt, si fortè alij eas exercendas locauerint *l. semper* 5. §. *immunitati & seqq.* D. *de iur. immunit.*

Demagistris nauium.

De petito tutore illo qui nec patri, nec matri pupilli cognitus fuerit, aut qui sit absens.

AT quid si is qui tutor petitur dicat se nec patri, nec matri pupilli cognitũ fuisse? Ne quidem ex hac causa liberandus & excusandus erit, quia ignotũ quoque tutorem dari nihil prohibet *d. l. spadonem* §. *qui dixerit*, sicut & instituti heres posset *l. extraneum* 12. C. *de hered. instit.* §. *vlt. infr. eod. tit.* & accipere donationem *l. in extraneos* 29. C. *de don.* Multò magis absens tutor dari potest nisi qui sit trans mare *l. absentem* 129. *de verb. signific.*

De tribus tutelis affectatis.

QVid quod neque tres tutelæ semper excusant, sed ita demum si non fuerint affectatæ. Nam qui affectauit, vt acquireret sibi priuilegium excusationis, hoc ipso indignus est priuilegio: Non quòd tutela affectata, æquè onus non sit, sed quia nullum videtur onus sentire qui vltro illud sibi imposuit, ideóque nec fauore, aut beneficio vllo adiuuãdus est *arg. l. si fideiussor* 7. §. *si necessaria* D. *qui satisd. cogant.* Et hoc nominatim tractat Modestinus in *d. l. spadonem* §. *est autem*, vbi addit videri tutelam affectasse illum qui tutor factus sit modici patrimonij, hoc est vt bene Cuiacius explicat ad *l. 2. hoc tit.* non qui ipse mediocris patrimonij & pauper est, sed qui pauperis tutor fieri voluit, vt tam leui tutela addita non nisi dicis causa expleretur numerus trium tutelarũ. Non tam enim tres tutelæ quàm tria onera difficilima excusant, Imò vnum onus difficilimum, vt diximus in superioribus ex *l. si is qui tres* 31. §. *vlt.* D. *eod.* Sed & tutelam affectasse videtur is qui se tutorem scripsit *uxori* 18. §. 1. D. *de leg. Cornel. de falsis.* vbi dicitur non eo magis, tamen remoueri eum debere, sed tanto minùs à tutela excusari.

l. spadonem §. *est autem l. 1. si is qui tres* 31 §. *vl. eod. l. vxori* 18. §. 1. *ad leg. Cornel. de falsis.*

De filiofamilias tutore creato pro quo nec pater, nec alius velit satisdare.

ADeò autem cogitur tutor esse quisquis nullam habet satis iustã excusationem, vt si quis existens in patris potestate creatus sit tutor iuncto quod plerumque sit onere satisdationis, vt cautum sit pupillo, ac ne magistratus ipse in subsidium loco fideiussoris conueniatur, Pater verò nolit pro eo cauere, atque ita tutela impediatur nemine alio volente pro filiofamilias fideiubere, Potius dicendum sit creari debere patrem tutorem cum filio, quàm illud admittendum, aut ferendum, vt prætextu cautionis tutela impediatur *d. l. spadonem aliàs l. si quis inter* §. *vlt. D. hoc ti.* vbi refertur hac de re constitutio quædã Hadriani, quæ tamen ostendit non de quolibet patre qui pro filiofamilias cauere nolit, accipiendum hoc esse, sed de illo demùm qui cauere ideò nolit, vt hoc artificio filium suũ tutela eximat, quo sanè casu æquum est occurri fraudi quod vtique vix alio remedio fieri posse videtur quàm si pater & filius ad tutelã simul cõpellãtur. Cæterùm si nihil dolo malo factũ sit à patre, nemo certè æquũ putauerit, vt vel pro filio suo cauere, vel cum filio tutelam ad quã alio

qui

qui non fuit vocatus,ſuſcipere compellatur *l.Lucius* 21.D. *de adminiſtr.tutor.* *l.ſi filiusfamilias* 7.D.*de tutel.*

De tutore cuius datio non tenet.

QVod tamen dicimus cogi tutorem eſſe omnem qui creatus eſt niſi ſe excuſet , omnino ſic accipiendum eſt ſi datio teneat. Nam ſi is datus ſit qui iure dari non potuit , abſoluetur puta ſi ſponſus ſponſæ curator datus fuerit *l.1.§.vlt.D.hoc tit.* Id eſt liberabitur , quamuis non ſe excuſet , quia neque vlla excuſatione indiget.Sic enim interpretor cõtra Cuiaciũ qui & fateri cogitur curatorẽ hunc etiamſi nõ ſe excuſet,remouendũ tamẽ eſſe,Ne ſcilicet ratio reddendę tutelę cohibeatur.Qua ratione nec licet cuiquã ſponſalia vel nuptias cũ ea contrahere cuius tutelã,vel curam geſſerit,Idque ex eo ipſo SC.de quo in *d.§.vlt.l.5.C.de inter.matr.l.libertum* 64.*D.de rit.nupt.*Et ſanè nõ poteſt locus eſſe excuſationi cùm datio ipſo iure non tenet,creato tutore illo qui creari non potuit,vt in *l.ſcire* 21.*de tut.dat.l.ſcire* 13.*§.qui non inſtè hoc titu.* quod & fatetur Cuiac. ad *d.l.*1.Dationẽ autẽ hanc ipſo iure nõ tenere apparet ex eo quod lex ait ſponſum ſpõſæ curatorẽ dari non poſſe.Idẽ de marito & vxore multò magis dictũ videri debet *l.2.C.qui dar. tut.l. virum* 14. *D.de cur. fur.*Et ideò locutus eſt Modeſt.de ſponſo & ſponſa , vt ex rationis maioritate, vt loquũtur etiã cõiuges iiſdem verbis includeret.Nec aſſentior eidem Cuiacio exiſtimanti Modeſtinum non tam de ſponſo & ſponſa quàm de marito & vxore ſenſiſſe. Coniectura illa quod loquatur tantùm de curatore non etiam de tutore , qui tamen poſſet dari etiam ſponſæ cùm impubes ſponſa eſſe poſſit non vxor. Nam cùm neque tutor , neque curator eſſe cogatur, vel poſſit niſi qui annum 25.excedat *§.item maior hoc tit.* non erat cur Modeſtinus tractaret de ſponſa impubere,aut de ſponſo tutore,ne de iis ſpõſalibus tractare videretur quæ contracta eſſent inter perſonas ætate nimis inæquales: Non quia non poſſint contrahi,ſed quia id quodãmodo inconueniens eſt.

De pluribus excuſationum cauſis minùs idoneis ſingulis non ſimul iungendis.

AT finge tutorem creatum habere multa iura , id eſt multas cauſas excuſationis, ſed quæ tamen cauſæ ſingulæ per ſe ac ſeparatim ſumptæ non ſint ſatis validæ,An poterit excuſari iungẽdo eas,vt quę nõ proſunt ſingula, multa iuuent? quomodo fert vulgare noſtrorũ brocardicũ. Finge nõdum eſſe quem ſeptuaginta annorũ,ſed octo & ſexaginta,neque tres tutelas habere , ſed duas tantùm,neque liberos quinque in prouincia,ſed duntaxat quatuor.Prima quidem facie videtur ex iſtis omnibus imperfectis iuribus poſſe cõflari ius vnum & auxilium perfectum plenæ iuſtæq; excuſationis ſi quis ea omnia coniungat. Sed tamen verius eſt non ideò debere hũc excuſari,neque ex multis imperfectis cauſis poſſe vnam perfici quæ iuſtam præbeat excuſationem *d.l. ſpadonem §. qui intra multa hoc tit.* Ex quo vel maximè apparet quàm falſum ſit,quod vulgo noſtri pro vero iactitãt illo brocardico,*Et quæ nõ proſũt ſingula multa iuuãt.*

d.l. ſpadonem §. qui intra multa hoc ti.

De eo qui iuſtam excuſationem quam habuit,amiſit.

SEd & qui iuſtam habet excuſationem facilè poteſt eam amittere , Nimirũ ſi ea non vtatur ſuo tempore & intra tẽpora cõſtituta,vel ſi ea vtendi facultatem ſibi præripuerit,putą ſi cùm inutiliter quoque datus eſſet paſſus ſit ſe cõfirmari decreto prætoris vel præſidis. Nam ſiue confirmationi expreſſè conſenſerit, ſiue tacitè ob non propoſitã intra tẽpora excuſationẽ , audiẽdus poſtea nõ eſt ſi poſtea excuſationẽ quãtũuis iuſtã adferre velit *l.Caius* 16.D.*hoc.* *l. Caius* 16. *D.hoc tit.*

vbi tractans Modestinus de eo,qui testamento tutor datus, idem vsque ad vicesimumquintum annum curator constitutus fuit,ac proinde cui ius est excusandi se à cura illius cuius tutelam iam administrauerit, Idque etiam citra appellationem,Quærit à quo die computanda ei sint tempora intra quæ debuit se excusare,Vtrum ex die aperti testamenti cùm exinde sciuerit se & tutorem & curatorem simul eidem personæ datum esse, An verò ex quo ad negotia gerenda tanquã curator vocatur,id est post decimũquartũ annum impletum quo demũ tempore finitur tutela & curatio incipit.Respondet autem neutrius temporis habendam esse rationem, sed eius demum quo hic confirmatus fuerit curator decreto prætoris seu præsidis: quia ex eo demum tempore scit iunctam sibi administrationis necessitatem, Nec potest salua decreti autoritate fieri vt non exinde pro iusto curatore haberi debeat,Nisi vel appellet à decreto, vel si malit proponat excusationem, quod vtique etiam post decretum & salua eius autoritate facere potest, nec cogitur appellare, Quandoquidem confirmatio non admit excusationem,non magis quàm iusta tutoris datio,siue testamentaria sit,siue legitima,Cùm nihil aliud faciat confirmatio nisi vt tutor ritè datus habeatur,vel curator,qui tamen re vera datus malè fuit. Quomodo in proposita specie confirmatio curatoris necessaria est,nõ quia idẽ curator eidẽ pupillo tutor iã datus fuerat, sed quia datus erat curator testamẽto quod fieri nõ potuit:Sola enim tutela nõ cura testamẽto rectè mãdatur. Confirmata ergo curatoris datione per decretum præsidis,salua superest illa quæstio,An qui curator confirmatus fuit,excusandus sit necne. Quod tamen ita intelligendum est,Nisi ante confirmationem & ad eam impediendam curator excusationis fuæ causas allegauerit, ne postea excusandum se haberet. Tunc enim si non obstante tali allegatione nihilominùs confirmatus sit,Nõ puto audiendum eũ postea,si rursum quãuis statim velit eandem proponere excusationẽ, nisi à decreto appellationẽ interponat, quia de eo quod semel iudicatum & pronunciatum est,quæri amplius non potest, nisi per appellationem,ne rerum iudicatarum autoritas labefactetur,cuius præcipua ratio semper habenda est *l.2.C.de re iudic.l.seruo* 65.§.*cùm prator* D.*ad* SC.*Treb.*

ILLATIO X.

De pœna illius qui etiam iustè à tutela se excusauit.

DEcimò ex eodem nostro Princ. fit,vt si quis à tutela, vel cura se excusauerit,quantũuis iustè id fecerit,pœna tamen illa dignus existimetur,vt si quid ei datum fuerat testamento illius à quo tutor,vel curator fuerat constitutus, id amittere debeat quasi non possit ad legatum admitti, qui legati onus repudiat, *arg.l* 5 §.1.*de legat.2.* Cùm tutela sit onus vt Principium nostrum habet. Nec enim audiendus est qui lucrum quidem amplectitur, onus autem recusat *l.vnic.§. prosecundo C.de caduc.tollend.* Nam cùm amicissimum, & fidelissimum quemque soleant parentes liberis tutorem eligere,& idcò eũ legati honore prosequi,quò magis ad suscipiendum onus tutelæ inuitetur *l.amicissimos* 36.D.*hoc tit.* Non est dubitandum quin testatoris legatum, vel quid aliud relinquentis voluntas ea fuerit, vt ita demum tutori, vel curatori dato deberetur si is tutelam suscipere non recusaret *l.qui tutelam* 28.D. *de testam.tutel.* vbi addit Papinianus,Non solùm ab iis legatis quæ ei relicta sint

l. amicissimos 36.eod. l. qui tutelã 28.D.de testam. tutel.

sum-

fumnouerideberе illum,qui tutelam teſtamento mandatam excuſationis iure ſuſcipere noluit,ſed ab iis etiam quæ liberis eius relicta ſunt , ſi modò legata filij non adfectione propria,ſed in honorem patris meruerunt, Quaſi patri ipſi relictum ſit,quod eius contemplatione liberis relinquitur. *l. filiofamilias* 42.*de condic.& demonſtr.l.ſed ſi plures* 10.*§.in adrogato D. de vulg. & pupill. ſubſt.*Non idem eſt ſi quis legatum ex alicuius teſtamento meruerit,& poſtea tutor petitus à matre pupilli,cùm à patre datus ei tutor non fuiſſet , excuſare ſe maluit;Nihil enim hic contra iudicium patris fecit,quia nec dici poteſt,patrem cùm ei legauit,ea mente legaſſe vt cum legato tutelam quoque ſuſciperet quam ei non mandabat.*l.poſt legatum* 5. *§. amittere* D. *de his quæ vt indign.* Proinde non poteſt videri indignus legato quomodo indignus ille eſt quem pater & tutorem & legatarium fecit , ſi poſt repudiatum onus tutelæ conſequi legatum velit , atque ita diuidere voluntatem quod numquam licet *l. eum qui* 18. *§.vltim.eod.tit.l.*4.*&* 5. *de legat.* 2. Quod cùm ita ſit quæri elegan-ter poteſt , Cur non ergo acquiratur fiſco huiuſmodi legatum eo ipſo iure & modo quo acquiruntur cætera quæ tanquam ab indignis aufferuntur.Conſtat enim remanere apud pupillum cuius vtilitates deſertæ ſunt , vt ſcriptum eſt in *dict.§.amittere.* Reſpondeo id fieri non tantùm fauore pupilli ex cuius iactura fiſcum locupletari planè iniquum eſſet (nam & penes extraneum heredem hoc legatum maneret ſi filio exheredato tutor datus eſſet *l.tutor petitus* 28. *§.* 1. D.*hoc titul.* ſed ex ipſa etiam iuris ratione , quia legatarius amittit hoc legatum priuſquàm illud conſecutus ſit , Cùm ſi iam id conſecutus eſſet , nullam poſtea excuſationem adferre poſſet, quaſi qui legatum percipiendo , adeóque petendo renunciaſſe excuſationi videretur *dict.§.amittere.* Non alia verò poſſunt per fiſcum aufferri indigno, quàm quæ iam fuerunt indigno ipſi acquiſita , Ne alioqui eueniat vt plus iuris habeat fiſcus ex perſona indigni , quàm indignus ipſe habuerit, quod abſurdum eſſet. Et idcirco non ſic loquuntur prudentes noſtri vt dicant aufferri huic tutori ſe excuſanti quod ei legatum fuerat , ſed ipſum amittere legatum,Quod ita accipiendum eſt vt amittat non tam quaſi indignus , quàm quaſi defectus condicione ſub qua tacitè relictum ei fuerat, ſi tutelam ſuſcipere vellet. Quam ſi è contrario recuſet , facit duo aduerſus iudicium defuncti. Primum illud quod recuſat implere tacitam illam legati condicionem quæ tamen in ipſius eſt poteſtate.Alterum quod etiam poſt defectam condicionem recuſatúmque onus legati, nihilominùs petit legatum. Planè ſi hic ipſe legatarius omne id legatum alij reſtituere rogatus ſit , non eo minùs admittendus erit ad petitionem legati , totúmque illud conſequetur non propter ſe ſed propter fideicommiſſarium , cuius ſolius lucro id ceſſurum eſt *l.legatarius* 27. D. *hoc titul.* Illa enim condicio quam tacitè ſubintelligendam dicimus & quæ deficit allata excuſatione , non niſi perſonam ipſius legatarij afficit & in eius ſolius odium ſubintelligitur,non etiam in odium fideicommiſſarij , ad quem teſtator voluit rem omnimodo peruenire,ac cui ex legatarij ingratitudine damnum inferri non oportet *l. Papinianus* 8.*§.meminiſſe D. de inoffic. teſtam.* vbi hanc ob cauſam dicitur eum qui de inofficioſo teſtamento egit nec obtinuit,quamuis amittat quicquid eo teſtamento ſibi relictum fuit , quaſi indignus quia iudicium defuncti impu-

l. filiofamilias 42. *de condic.& demonſtr.l.ſed ſi plures* 10. *§.in adrogato De vulg. et pup.ſubſt. l.poſt legatũ 5.§.amittere D. de his quæ vt indign.*

l.tutor petitus 28. *§.* 1. *D.hoc tit.*

l.legatarius 27.eod.

l. Papinianus 8.§. meminiſſe D. de inoff.teſt.

Digitized by Google

gnauit,nihil tamen amittere si idipsum alteri restituere fuerat rogatus, ne fideicommissario fiat iniuria, Nec aliud est in eo qui de falso testamento egit & succubuit.Nam & hic consequi nihilominùs legatum potest propter fideicommissarium quod propter se & ad suam vtilitatem petere non posset *d. l.*

d.l.post lega tum § 1. *l.cùm ei* 42. *de leg.*2.

legatarius iunct.*dict.l.post legatum* §.1.Quomodo etiam dicimus,si ei qui partem tantùm capere poterat,totum legatum sit vt alii totum restitueret, posse illum capere solidum *l. cùm ei* 42. *De legat.* 2. Nempe quia nec cepisse quisquam id videtur,quod necesse est alii restituere *l. non videtur quisquam* 51. *de reg. iur.* Neque verò nouum est, vt quis propter alium possit quòd propter seipsum nõn posset *l.cùm hereditate* 55.D.*de acquir. hered. l.si is qui duos* 29. *D.de liber.legat. leg.* 3. *in fin. D.quæres pignor. oblig. poss.* Quamquam fuisset fortasse ciuilius ita ius constitui vt remaneret legatum penes heredem quisquis ille esset siue pupillus siue extraneus,sed cum onere fideicommissi vt in

l.filius 14.*in fin.D.adleg. Cornel. de falsi.*

specie *l.filius* 14.*in fin.*D.*de leg.Cornel.de falsi.*vbi etiam is qui legatum alteri restituere iussus erat nihilominùs legato abstinere iubetur,nec ideò tamen fideicommissum intercidit,remanente scilicet legato penes heredem cum suo onere.

De *retinendis per heredem etiam extraneum ijs quæ in remunerationem tutelæ fuerant legata tutori se excusanti.*

ADeò autem verum est, Ea quæ tutoribus remunerandæ fidei causa testamento parentis relinquuntur post excusationem à legatario allatam retineri,vt non tantùm à pupillo ipso qui à patre institutus heres sit retineri possint,sed etiam ab extraneo herede si fortè ponas filium impuberem fuisse exheredatum,quomodo poterat olim exheredari etiam mala mente, & potest etiam hodie dummodo bona mente id est vt ipsius commodis & vtilitatibus meliùs prospiciatur *l.multi* 19.De *liber.& post.l.*3. §. *cùm Pollidius D. de vsur.* Nihil enim vetat & impuberem à patre exheredatum & tutorem ei etiam à patre datum esse *l.pater* 4.D.*de testam.tutel.*qui etiam pupillarem substitutum filio exheredato dare potuisset *l.*1.§.*substituere & pass.De vulg. & pupill. substit.*

l.tutor petitus 28.§.1. *D.hoc tit.*

Atque ita Papinianus noster scribit in *l.tutor petitus* 28.§.1.*D. hoc tit.* Mouens tamen non idem probandum esse in persona filij quem pater impuberi fratri coheredem dederit & tutorem,Non enim amittet quod ei pater dedit,etiam si à fratris tutela se excuset, quia credendus est promeruisse iudicium & liberalitatem patris non tanquam tutor sed tanquam filius,vt naturalis causa potentior sit accidentali vt in *l.*3.§.1.*D.de tutel.* Ea verò sola debet tutor amittere ob allatam excusationem quæ verisimile sit,non nisi tanquam tutori data esse ac remunerandæ fidei gratia,vt ibidem loquitur Papinianus. Et Paulus apertiùs in *l.Nesennius* 32.*eod.tit.Existimo* inquit,*non semper eum qui tutelæ onus recusauit repellendum à legato,sed ita demum si legatum idcirco ei adscriptum appareat quòd eidem tutelam filiorum inimixerit,non quod alioquin daturus esset etiam sine tutela.*Pone, inquit Paulus,testamento adscriptum tutorem, codicillis verò postea factis tutorem datum.Potest dici in hoc legato,non ideò ei relictum quòd & tutorem eum esse voluerit testator. Etsi enim quæcumque in codicillis testamento confirmatis scribuntur,perinde habenda sunt acsi in testamento scripta essent,siue ante siue post testamentum codicilli facti proponantur *l.*2.§.1.D.*de iur. codicill.*diuersitas tamen & scripturæ & temporis,ostẽdit

*l.*3. § 1.*de tutel.*

l.Nesennius 32.*hoc tit.*

*l.*2.§.1.*D.de iur. codicill.*

dit duas illas ſcripturas & voluntates tutoris & legati dandi non fuiſſe correſpectiuas, vt noſtri loquuntur, id eſt eiuſmodi vt altera alterius contemplatione facta dici poſſit. Sed tamē improbatur hæc ſententia ab eodē ipſo Paulo tāquā nimis ſcrupuloſa nec admittenda in *l. ſed hac 33. eo. tit.* Quāquam iis verbis quæ iudicio meo Tribonianū ſapiunt & redolent magis quàm Paulum. Sic enim lex habet *Sed hæc nimium ſcrupuloſa ſunt, nec admittenda, Niſi euidenter pater expreſſerit velle ſe dare etiamſi tutelam non adminiſtrauit.* Solet enim Tribonianus vt ſæpius à nobis monitum variiſque exemplis comprobatum eſt, ſpecialem voluntatis & expreſſam declarationem requirere tum quoque cùm neceſſaria nulla eſt. Neque verò Paulus in *l. præced.* tam multa dixerat ſcrupuloſa, & non admittenda vt de iis quicquam in plurali numero ſubiici oporteret, ſed vnum illud quod proximè retulimus poſitum in fine legis. Debuerat igitur in *l. ſeq.* ſic potiùs ſcribi *ſed hæc nimis ſcrupuloſum eſt, nec admittendum* niſi eſſet etiam Triboniano familiare vt numerum pluralem vſurpet pro ſingulari, & cōtrà. Verùm me illud magis mouet, quòd omnino inepta eſt ratio quapręcedēs Pauli ſententia impugnatur, iis verbis *ſemper enim legatum aut antecedit aut ſequitur tutelam.* Quaſi verò Paulus in *l. præced.* eam ſententiæ ſuæ rationem attulerit quod legatum poſt tutelam datum eſſet. Imò illam quod datum eſſet alio tempore & in alia ſcriptura de qua nec cogitaſſe videri poterat teſtator cùm tutelam mandabat. Nam cùm in eadem ſcriptura vtrumque relinquitur parum ſanè intereſt an præcedat an ſequatur legatum, quod vel præcedere vel ſequi omnino neceſſe eſt, & ſiue præcedat ſiue ſequatur, haud dubiè credendum eſt relictum legatum contemplatione tutelæ. At non ſemper neceſſe eſt, vt duæ ſcripturæ diuerſis temporibus fiant in quarum altera tutor filio, in altera legatum tutori detur. Inepta igitur reprehenſionis ratio eſt, & conſequenter adſcribenda Triboniano non Paulo, qui nec tam facilè ſolet variare, in eo præſertim quod non dixerit ille, vt nec ſolet quicquam dicere, ſine magna ratione.

l. ſed hæc 33. hoc tit.

Tribonianiſmus apud Paulum.

De tutore inutiliter dato ſed confirmato excuſante ſe à tutela.

QVid ergo ſi mater filium ſuum pupillum, vel quiuis alius extraneus extraneum æquè pupillum ſcripſerit heredem, & Titio legatum dederit, eundémque Titium eodem teſtamento eidem pupillo tutorē adſcripſerit, Titius verò confirmatus excuſauerit ſe à tutela, An legatum amittet? Dubitationem facit, quia nihil videtur hoc caſu facere Titius contra teſtamentum etiāſi excuſet ſe à tutela teſtamentaria, quæ ſcilicet nullo iure fuerat ei demandata, cùm neque mater, neque vllus extraneus tutorem teſtamento dare poſſit ei, quem non habeat in ſua poteſtate. Ideóque nimirum neceſſe eſt vt confirmetur. Proinde nihil videtur imputari poſſe Titio qui tutor eſſe noluerit abeo datus à quo dari iure non potuit, Sed tamen contrà reſpondet Paulus in *d. l. Neſennius*, allegata etiam autoritate Scæuolæ, Eum qui nullo iure datus ſit tutor vel curator ſiue à patre ipſo qui fortè tutorem dare noluerit filio emancipato, ſiue à matre ſiue à quouis extraneo, ſi poſteaquàm confirmatus eſt à prætore excuſationis beneficio vti maluerit perinde repellendum eſſe à legato: quia æquè verum eſt facere illum contra iudicium teſtantis, quod prætor ipſe ſecutus eſt confirmando tutelam. Nam poſt confirmationem perinde ratum eſt iudicium defuncti acſi ab initio iuſtū fuiſſet, nec quod nullo iure

d. l. Neſennius 32. hoc tit.

Digitized by Google

tutela data esset, facere potest vt de iudicio illo defuncti eo magis dubitari debeat, cùm dici soleat, quod & verum est etiam ex actu nullo declarari voluntatem *l. vlt. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Cur ergo Prætor patiatur negligi à Titio iudicium quod ipse sit secutus? Et verò secuta quandocumque confirmatio ne tam necessaria est confirmato tutori excusatio quàm si ab initio iure datus esset *l. Caius 16. D. hoc tit.* Quidni igitur eodem iure censebitur quo esset si iure datus tutor ab eo à quo præterea legatum meruisset, vellet se excusare?

l. vlt. D. de reb. eor.

l. Caius 16. D. hoc tit.

Non tamen his consequens est, vt si fortè prætor tutorem eum dederit, qui aliqua excusatione, & immunitate vti potuit, & is à prætore datus se excusauerit, legatum tamen amittere debeat, quod eiusdem pupilli pater ei dedit. Hic enim etiamsi se excuset, nihil tamen amittit, quia facit quidem contra iudicium prætoris sed non contra iudicium patris. Siquidem dici non potest quòd pater voluerit tutelam filii administrari ab eo quem non dederit ipse tutorem, *l. ex eis apparet 34. eod. tit.* Pœna verò amittendi legati non tam ob allatam excusationem infligitur quàm ob neglectum patris iudicium in allegandâ excusatione. Nec attenditur contemptus iudicij prætoris qui tutorem hunc dedit: nisi cùm vtrumque iudicium concurrit, & defuncti & prætoris, quod euenit cùm à patre datus tutor vel curator aut ab alio, non habente ius dandi tutoris, confirmandus fuit & confirmatus à prætore. Sanè nec sufficeret contemptum fuisse iudicium patris aut alterius testatoris si non etiam contemptum esset iudicium prætoris, Eo scilicet casu quo necessariâ est confirmatio, vt iudicij testamentarij ratio aliqua haberi possit. Nec enim legibus pœnam vllam mereri potest is qui negligit, defuncti iudicium iisdem ipsis legibus improbatum.

l. ex eis apparet 34. eo. tit.

De *tutore qui habens contutores non se excusauit, sed administrare noluit.*

Difficilior illa quæstio est, si tutor hic quem posuimus siue à patre siue à matre siue à quouis extraneo inutiliter datum, sed confirmatum habuerit contutores ritè vel datos vel confirmatos, nec se excusauerit, sed tamen administrare noluerit, contentus fortasse quòd cæteri essent idonei, An perdat legatum sibi eodem testamento relictum? Dubitationem facit quod ad hunc tutelæ periculum pertinet non minùs quàm si administrasset, hactenus saltem vt post eos qui gesserunt velut in subsidium conueniatur *l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser. l. tres tutores 55. §. non solum D. de administr. tutor.* cùm debuerit se excusare si nolebat periculum ad se pertinere. Proinde cùm periculo tutelæ sit obnoxius, æquum videtur vt legati quoque lucrum & commodum ad eum pertineat. Et sanè tam bona hæc ratio est vt bene ad eam responderi, meo iudicio, non possit. Est enim eiusdem nostri Pauli in *l. quid autem 35. D. hoc tit.* Attamen non placuit Triboniano, qui pergens more suo respõsa prudentum corrumpere, subiungit eleganter si Diis placet, *Sed hoc non quærendum est, sed contumacia puniendа est eius qui quodammodo se excusauit.* Quasi verò quodam modo se excuset is qui non vult tutelam administrare quam videt ac patitur ab aliis administrari. Quod vtique apertè falsum est: Non enim sicuti verum est, quisquis se excusat eum nihil administrare, ita ex contrario possis dicere, Omnem qui non administrat videri se excusare. Et dissimilitudo ratióque dissimilitudinis euidens est, quoniam ad eum qui non administrauit nihilominùs

l. quid autem 35. D. hoc tit.

Alius Triboniani smus apud Paulum.

Digitized by Google

nùs periculum tu telæ pertinet si se non excusauerit : quod non æquè pertinet ad eum qui se excusauit, Cùm inductæ sint excusationes non tam ad hoc vt tutelam gerere & administrare quis non cogatur, quàm vt nec tutelam suscipere, tutelæque periculo & rationum reddendarum necessitati se obstringere. Nam & pupillo satis cautum est si habeat quem de indemnitate conuenire possit. Ac proinde cùm non alia causa sit propter quam tutori, qui contemplatione tutelæ legatum meruit legatum auferatur quàm quia pupilli vtilitates deserit, vt ait Iurec. in *l.5.§.amittere D. de his quæ vt indign.* Dici autem non possit defertes pupilli vtilitates ab eo qui tutelæ periculum in se receperit, Omnino consequens est vt nec auferri legatum ei debeat, cuius fortasse precio receperit in se periculum illud, quod alioqui non fuerat suscepturus. Habet autem hoc minùs dubitationis in eo de quo Paulus loquitur, qui scilicet non per dolum & contumaciam abstinuit à rerum pupillarium administratione, sed quòd videret tutelam ritè ac ex bona fide administrari à confuteribus, quos præterea sciebat esse idoneos: vt non possim videre quonam colore possit cõtra eum vsurpari ratio illa qua mouetur Tribonianus, & quam petit ex eius cõtumacia. Quamquam nec aliud responderem tametsi proponeres solum esse tutorem hunc, qui nec administrare voluit nec se excusare. Sufficit enim quod tutelæ iudicio perinde possit conueniri atque si administrasset, Adeóque primo loco, cùm alius nemo fuit qui administrauerit. Non enim pupilli vtilitas tam in eo est vt habeat administratorem quàm vt habeat tutorem qui de neglecta saltem administratione conueniri possit *l.non quasi 4.§.sed enim D.rem pupill.vel adolesc.salu for.l.pro officio 20.C.de administr.tutor.* Tenetur siquidem tutor ex quo debuit accedere ad administrationem, siue noluerit se excusare siue voluerit quidem, sed non sit admissa eius excusatio vt scriptum est in *l.tutor vel curator 20.D.eod.tit.* Itaque non tam pupilli quàm suas vtilitates deserit tutor, qui nec se excusare vult, nec tamen administrare tametsi faciat id quantum voles dolo malo, quia sibi magis quàm pupillo nocet: Imò sibi soli, non etiam pupillo. Nulla igitur ratio est vt ex ea causa legatum amittere debeat. Sed quid si administrauerit, malè tamen ac perfidè, ita vt remoueri eum necesse fuerit, & quidem tanquam suspectum? Multò magis dicendum videtur inquit Tribonianus, indignum hunc esse iudicio patris. Nec malè si ponas remotum fuisse antequam legatum peteret, adeóque impudentem illum esse, vt quamuis remotus à tutela ob suam perfidiam, pergat nihilominus petere legatum quod ei non nisi remunerandæ fidei causa fuerat datum. Sed si ponas iam solutum ei legatum antequam quasi suspectus remoueretur, Nego auferendum ei quasi indigno, cùm semel tacitam illam condicionem quam huic legato inesse diximus expleuerit eo nimirum tempore quo & tutelam suscepit & administrationi se immiscuit. Quæ enim ex postfacto superuenit mala & perfida administratio non potest irritam facere solutionem quæ ritè facta fuit, nec indebitum reddere legatum quod semel fuit non modò debitum, sed etiam solutum. *arg.l.sancimus 25.C.de admin.tutor.l.verbis legati 5.in fin.D. ad leg.falcid.* Et verò si legatario qui iam legatum consecutus esset auferri illud posset tanquam indigno, faciendum esset acquisitum iri fisco, non remansurum penes pupillum, vt de cæteris omnibus solemus dicere quæ iam acquisita, postmodum tanquam ab indignis auferuntur. *l.i.& tot.tit. De his quæ vt indign.D.& C.* Nec rursus distinguendũ esset an tutor hic se excusare velit ante

l.5.§.amittere D. de his quæ vt indign.

l. non quasi 4.§.sed enim D. rem pupill salu for. l. pro officio 20.C de admin.tutor. l. tutor vel curator 20. D.eod.

acceptum legatum an post,Nam si acceptum semel legatum postea ex aliqua causa posset amittere, plerumque interesset pupilli admittere illum nihilominus ad excusationem ,vt hoc ipso legatum tutor amitteret lucro & commodo pupilli,cui subinde alius tutor dari posset fortassis melior. Certè minus suspectus.Quam enim diligentiam sperare liceat ab eo qui velit se excusare, nec nisi inuitus suscipiat tutelam? Atquia legatū semel solutum nunquam ex hac causa redire ad pupillum potest,æquissimè constitutum fuit vt tutor hic idém que legatarius si post acceptū legatum velit se excusare non sit audiendus *l.* 5. *§. amittere* D. *ill. tit.* non magis quàm si post allātā excusationem petere legatū velit. Atque ita mihi supradictæ leges omnes explicandæ videntur.

d.l. 5. §. amittere D. de his quæ vt indign.

De *substituto pupillari,qui tutor datus excusauit se à tutela.*

PEndet autem ex superioribus illa etiam quæstio quā idem Paulus noster tractat *in d.l.amicissimos* 36.*D.hoc tit.* De *excusat.tutor.* De illo qui ab amico tutor datus, idémque legato aliquo honoratus , & ipsi etiam pupillo substitutus,excusauit se à tutela. Nam etsi certum est hunc amittere legatum iuxta ea quæ proximè disputauimus, dubitari tamen eleganter potest de pupillari substitutione,An defūcto pupillo intra pupillares annos possit ei tutor succedere tanquam substitutus. Occurrit enim quod contra eum possit obiici, æquè indignum eum esse substitutione pupillari,atque legato, cùm pupilli vtilitates vltro deseruerit,Exemplo etiam eius, quod dicimus de matre quæ nō petiit tutorem filio impuberi,aut priùs cōuolauit ad secunda vota quàm tutorē ei peteret, fuæque administrationis rationes redderet, excludi eam ab omni successione filij,id est nō tātum à legitima, sed etiam à testamentaria si fortè pupillariter fuerat ei substituta. *l.omnē* 6.C.*ad Tertyll.* Nisi quod plerique volūt saluā ei nihilominus esse legitimæ portionis petitionē vt scripsim in Codice Fabriano.Contrà tamen Paulus respondet,Non esse tutorē hunc repellēdū àcōmodo substitutionis pupillaris,quia nō est verisimile quòd pupillariter substitutus fuerit sub ea tacita condicione,Si & tutelā suscepisset:Cùm substitutio pupillaris in eum nominatim casum conferatur,& in id tempus quo etiam suscepta tutela finiretur,quæ scilicet finitur morte pupilli. Vt proinde ratio amittendi legati nō habeat locū in substitutione pupillari. Simile propemodū est quod solemus dicere,Vsūfructū non posse alicui relinqui in id tēpus quo ipse morietur, cū eo ipso instāti vsusfructus etiāsi iā quæsitus esset,ab illo discedere incipiat *l.Titio cùm morietur* 51.*D.de vsufr.* Itē,& similius quod scriptū est in *l. Paula Callinico* 27.*§. Pōpeius,de leg.*3.Si soror quæ prælegatū à patre acceperat, & prætereà fideicōmissum meruerat sub ea condicione, Si frater idémque coheres sine liberis moreretur,postea codicillis aliquid acceperit quo iussa sit cōtenta esse pro omni hereditate,& his omnibus, quæ in testamento pater ei reliquerat,Mortuo postea sine liberis fratre, sororē quæ legatū codicillis relictū agnouerit,non eò minus posse fideicōmissū petere sibi post mortem fratris relictū.Quasi de eo non potuerit cogitare testator cùm clausulam illam in codicillis adscripsit *pro omni hereditate & his quæ in testamento reliquerat.* Nempe quod ea clausula non tam in odium sororis adiecta videri posset, quàm in fauorem fratris vt eius portio hereditaria tanto minùs per ea quæ sorori danda essent minueretur: Fauor autem fratris nullus vrgebat vt soror excluderetur ab eo fideicommisso quod non nisi post fratris mortem debebatur, ac proinde

l. omnem 6. C. ad SC. Tertyl.

l.Titio cùm morietur 51. *D.de vsufr.*

l. Paul. Callinico 27. *§. Pōpeius de leg.*3.

Digit 2021

inde non à fratre ipso sed à fratris herede, cuius tanquam incerti & ignoti non tantam rationem habere testator potuerat, quantum propriæ filiæ. Quanquam non deesset, quod in contrarium replicare quis posset pro Paulo cuius sententiam Imperator eo loco improbauit, si commodus hic esset de iis dicendi locus. Sed aliàs in Rationalibus si Deus volet vt ad illum vsque locum Rationalia persequamur.

AD TIT. XXV.

De suspect. tutor. vel curat.

PRINCIPIVM I.

Suspecti tutoris accusationem publicam esse & ex lege 12. tab. descendere.

SVSPECTI tutoris accusatio publica est, descenditque ex lege duodecim tabularũ, Esse publicam, aut quasi publicam Iustinianus noster *in §. consequens est hoc tit. post Vlpianum in l. 1. §. consequens D. eod.* vbi hoc sic explicat Vlpianus vt ideò publica dicatur, quòd omnibus pateat, non quòd sit ex lege aliqua publicorum iudiciorum, cuiusmodi sunt aliæ illæ accusationes quæ pro criminibus publicis vindicandis instituuntur, De quibus *in l. 1. l. infamem 7. & pass. D. de publ. iudi.* Nã neque suspecti tutoris crimen publicũ est, cùm non sit ex legibus publicorum iudiciorũ, sed ex lege duodecim tabularũ *d. l. 1. §. Sciendum D. hoc titul.* Ideò autem visum est quasi publicam esse debere hanc accusationem, & patère omnibus, quia interest non modò pupillorum, sed etiam reipublicæ, vt pupillis subueniatur, eáque res ad publicam curam pertinere dicitur in *l. 2. §. quæ autem aliàs. Diuus D. qui pet. tutor.* Adeò vt etiam sine accusatione, quod magis est, possit quis repelli quasi suspectus si fortè prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse. *l. 3. §. præterea D. hoc tit.* vbi nec dissimulat Vlpianus hoc ita receptum, & recipiendum esse fauore pupillorum: Descendit autem hæc accusatio ex lege 12. tab. quia sicuti lex illa est, quæ tutoris dandi potestatem nominatim fecit *l. verbis legis 120. De verb. signific.* ita prospici & prouideri eadem lege necesse fuit, ne quis tanta potestate quanta est tutoria quæ ad patriam potestatem proximè accedit, tutorémque veluti dominum rerum pupillarium efficit, in pupillorum perniciem abuteretur: Quod ipsum non aliter, aut meliùs fieri potuit quàm inducto eo accusationis genere per quod remoueretur tutor ab administratione si qua de causa suspectus fieret. Etsi enim ferè semper accidit, vt pupillus paratam indemnitatis actionem habiturus sit, vel contra tutorem ipsum, vel contra eius fideiussores, vel denique in subsidium contra magistratum ipsum, si vel nullo, vel minùs idoneo fideiussore accepto tutorem vel curatorem dederit, Interest tamen pupilli vt non interim bona eius dilapidare tutori liceat, vtque

§. consequens est hoc tit. l. 1. §. consequens D. eo.

d. l. 1. §. sciendum.

l. 2. §. quæ autem Alias. l. Diuus D. qui pet. tutor.

l. 3. §. præterea D. hoc tit.

Digitized by Google

cere debeat vni ex tutoribus alium ſuſpectum facere, Nec tantùm pupilli vtilitas, ſed & ipſius contutoris, qui ſi in eo faciendo eſſet negligentior hoc ipſo ſe obſtringeret periculo tutelæ ex perſona & facto contutoris quem ſuſpectũ facere ſuperſediſſet *l.2.C.de diuid.tutel.l.1.§. vſque adeò in fin. D. de tutel.& ration.diſtr.l.actus ſui 19.D.de admin.tutor.* Et hæc ſecunda ex Principio noſtro illatio ſit.

l.2.C.de diuid.tutel. l. 1. §. vſque adeò in fin. D.de tutel. & rat. diſt. l. actus ſui 19.D.de admin.tutor.

ILLATIO III.

De pupillorum libertis ad hanc excuſationem admittendis.

TErtiò ſit ex eodem Principio vt liberti quoque pupillorum ad huiuſmodi accuſationem admitti debeant, tanquam qui non tantùm honeſtè, ſed etiam gratè facturi ſint ſi tutores, vel curatores pupillorum eorundémque patronorum ſuſpectos fecerint ob malè geſtam rem ſiue patroni ipſius, ſiue liberorũ patroni *d.l.3.§.1.D.hoc ti.* Quid tamen ſi velit libertus patronum ſuum ſuſpectum facere in tutela alterius pupilli non patroni? Ratio dubitãdi ex hoc ipſo Principio naſcitur, quia cùm hæc accuſatio pateat omnibus quaſi publica, quidni etiam liberto aduerſus patronum patebit? Sed tamen non ita eſt, Imò repellendus eſt libertus ab huiuſmodi accuſatione patroni, vt ex eodem Vlp. noſtro ſcriptum eſt in *d.§.1.* Ne, inquit, in ipſa cognitione grauius aliquid emergat, id eſt, Ne grauius eſſet crimen quod ex eiuſmodi accuſatione cõtraheretur, quàm quod patrono per accuſationem obiiceretur. Præſertim cùm huiuſmodi accuſatio plerumque infamiam irroget condemnato, nempe ſi is ob dolum remotus ſit, non ſi ob culpam duntaxat *d.l.3.§.vlt.& l. ſeq. §.ſuſpectus autem remotus hoc tit.* Numquam autem ferendum ſit, vt libertus quid dicat, vel faciat, quod ſuggillet exiſtimationẽ patroni *l.parens 5.§.1.& legib.ſeqq. D.de obſeq.parent.& patron.præſt.l.4.§.aduerſus D.de doli mal.except.* Ergo patet omnibus hæc accuſatio, niſi ſi qui ſunt quos maior aliqua ratio ſummoueat ab accuſando, quod euenit in perſona liberti patronum ſuum accuſare volentis.

d.l.3.§.1.D. hoc tit.

d.l.3.§. vlt. & l.4.§.ſuſpectus autẽ remotus hoc tit. l.parens 5.§. 1. & legib. ſeq.D.de ob ſeq.parent. & patron. præſt.l.4.§. aduerſus D. de doli mal.except.

ILLATIO IV.

De curatore quoque ſuſpecto accuſando & remouendo.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non tantùm pupilli tutor tanquam ſuſpectus remoueri poſſit, ſed etiam adoleſcentis curator. Non quod de his quoque curatoribus lex duodecim tabularum locuta ſit ex qua ſuſpecti accuſationem deſcẽdere diximus (minoribus enim curator dabatur olim ex lege Lætoria, hodie verò ex edicto prætoris, Numquam autem ex lege duodecim tabularum) ſed ad exemplum tutoris, quòd eadem ferè in omnibus ratio eſſe ſoleat, tutorum & curatorum, nec minùs ad publicam vtilitatem pertineat, vt minorum, quàm vt pupillorum bona conſeruentur, Quin potiùs eo magis quod minor ætas aptior eſt & vt ita dicam præſentior ad opem reipublicę ferendam quàm pupillaris, In iis ſcilicet quæ viribus corporis, potiùs quàm conſilio & prudentia expediri debent *l.2.l.5.6.& 7.C.hoc tit.* Nec tantùm minoris & adoleſcentis curator quaſi ſuſpectus remoueri poteſt, ſed etiam cura-

l.2.§.6.& 7. C.hoc tit.

Digitized by Google

l.1.§. non tã tùm D. eod.

tor furiosi,vel prodigi *l.3.§.non tãtùm D.eod.* Sed hoc an ex lege 12.tab.potiùs ex prudẽtum ad eam legã interpretatione? Nec enim de his curatoribus illud dici potest quod de curatore minoris proximè diximus de iis locutã nõ fuisse legem duodecim tabularũ, cùm lex de iis nominatim cauerit *l.1.D.de curat. furios.* Verùm etsi de curatoribus istis lex locuta est quæ & curatoribus bonorũ suorum administratione interdixit,& furiosos in agnatorum gentiliúmque tutela esse iussit, Attamen de remouendis illis nihil constituit,quomodo de remouendis tutoribus, Itaque quod hodie curatores isti æquè remoueri possint,& quidem per suspecti accusationem,fit haud dubiè per interpretationem, & exemplo eius quod lex duodecim tabularum constituerat in pupillis & tutoribus eorum. Quorsum enim & prodigis & furiosis curator datur, nisi vt eorum bona conseruentur per curatorem quæ per eos ipsos conseruari nullomodo possunt? Ergo si quando contingat, vt curator siue prodigo, siue furioso datus malè ac perfidè administret, remouendus est tanquam suspectus eadem prorsus æquitatis & publicæ vtilitatis ratione, qua pupilli tutor remouetur. Nam & habent curatores isti maiorem adfinitatem cum tutoribus quàm habeant curatores qui minoribus,& adolescentibus dãtur,quia non tantùm bonis vt illi, sed etiam personis ipsis furiosi & prodigi quomodo tutores personæ pupilli dantur *d.l.1.D.de curat.furios.l.in negotiis 5. De regul.iur.*

l.1.D de curat. furios

d.l.1.& l.in negotiis 5. de reg. iur.

ILLATIO V.

De *crimine suspecti in persona eius qui curam ventris bonorúmve administrat.*

QVintò ex eodem Principio fit, vt etiamsi quis curam ventris bonorúmve administret æquè non careat huius criminis metu, vt loquitur Vlp. in *dicta lege 3.§.sed etsi quis hoc tit.* id est perinde poterit suspectus dici & remoueri si malè nec ex fide bona probetur administrare. Etsi enim minùs iuris habet hic curator,quàm qui vel furioso,vel prodigo datur, quod neque vlli personæ datus dici potest,neque ex lege siue duodecim tabularũ,siue qualibet alia,cùm ex edicto prætoris detur,& quidem non ad hoc vt rerum administrationem habeat quam cæteri curatores habent etiam qui adolescentibus dati sunt,sed solam custodiam & rerum quæ deteriores futuræ sunt distrahendarum facultatem *l.inter bonorum 48.D.de admin.tutor.* Cùm tamen ob hoc ipsum detur à prætore & ex eius edicto,vt bona custodiantur & conseruentur *l.1.D.de ventr.in poss.mittend.* consequens omnino est, vt non debeat pati prætor perseuerare illos in administratione si videat malè illos administrare, Ne alioqui quod ad bonorum custodiam & tuitionem ab eo factum est in eorundem iacturam & perniciem conuerti patiatur. Ita enim fieret vt propositum suum prætor non seruaret quomodo loquitur Vlp. in *l.1. §.exceptionem D.quar.rer.act.non dat.l.3.§.sed vtrum l.cum mandatu 23. D. de minor.*

d l.1. § sed & si quis hoc tit.

l.inter bonorum 48. D. de admin. tutor.

l. de ventr. in poss.mitt. l.1.§. exceptionem D. quar. rer. act.non dat. l.3.§. sed vtrum l.cum mãdatu 23. D. de min.

ILLA-

Digitized by Google

ILLATIO VI.

De infamia tutoris ſuſpecti & remoti ob dolum.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſuſpectus tutor & à tutela remotus infamis fiat, ſi modò ob dolum ſuum remotus ſit *dicto §. ſuſpectus autem remotus hoc ait.* quia licèt infamem non ex omni crimine ſententia facere ſoleat, ſed ex eo tantùm quod publici iudicij cauſam habuit, aut quod etiã in priuato iudicio infamiam irrogaret *l. infamem 7. D. de public. indic.* Hæc autem accuſatio non eſt de crimine publico, neque ex lege vlla publicorum iudiciorũ deſcendit, vt diximus in ſuperioribus, Cùm tamen ſit publica accuſatio, & proficiſcatur ex delicto eius ipſius qui conuenitur (in quo differt à querela inofficioſi teſtamenti quæ non niſi contra heredem proponitur illius qui dicitur violaſſe officia pietatis) perinde infamiam irrogat damnato atque ſi ex iudicio publico proficiſceretur. Plarè ſi extra cauſam doli & ob ſolam ſegnitiam, vel ruſticitatem, vel incuriam, vel ſimplicitatem, vel ineptiam remotus quis ſit, non fit infamis *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. D. hoc tit. l. vlt. C. eod.* quia tantam pœnam, quanta eſt infamiæ, mereri non poteſt ille qui delictum non admiſit, nec rurſus deliquiſſe videri ille qui caret dolo, cùm ferè ſine dolo delictum non committatur, Itaque faciunt hæ cauſæ, vt integra exiſtimatione quis diſcedat à tutela vel cura. Quibus addeſt quis ideò remotus ſit à tutela quòd per ſuam paupertatem ſatisdare non potuerit *l. 2. C. de tutor. vel curat. qui ſatis non dedit.* Medius quidam caſus eſt in quo tutoris fraus & dolus coercetur, nec tamen ſit ille infamis. Nimirum ſi prætor ob compertã tutoris fraudem non quidem eũ remouerit, ſed alium ei adiũxerit, ne poſſet ille pro arbitrio graſſari in re pupillari. Hic enim eſt quidem in dolo & quodammodo punitur doli ſui nomine, ſed tamen non eſt famoſus, quia non eſt abire tutela iuſſus, Tantúmque abeſt vt remotus ſi erit, vt è contrario potiùs fuerit confirmatus dato ei adiuncto *d. l. 3. in fin.* Remotio enim à tutela eſt illa quæ infamat, non ſola ſuſpecti accuſatio. Nec tamen rurſus ſola remotio, ſed quæ infamẽ cauſam habet, id eſt dolum tutoris, Adeò vt ſi prætor decreto ſuo cauſam remotionis non ſignificauerit debeat dici tutorẽ ita remotũ integræ famæ eſſe, vt ex Papiniano tractat Vlp. in *d. l. 4. §. 1. hoc tit.* Et eo eam rem nimirum debet prætor decreto ſuo cauſam remotionis ſignificare, vt appareat de exiſtimatione, id eſt, ne ſit incertum an eo facto læſa ſit exiſtimatio tutoris an non *d. §. 1.* Nã & publicè intereſt ſciri cuius quiſque ſit exiſtimationis *l. 1. C. de his qui not. infam. l. 3. l. quæſitum 13. D. de teſtib.* Si tamen prætor ſua ſententia non remouerit tutorem à tutela, ſed tantùm gerere illum prohibuerit, an eo minùs erit infamis? Imò erit. Nam & hic tutor eſſe deſinit perinde acſi remotus eſſet. Cauſa tamen inſpiciẽda ſemper erit propter quam prohibitus fuerit gerere, An ſcilicet eius aliquis dolus cauſã dederit prohibitioni, an alia cauſa ex iis quas diximus non infamare. Deniq; de remotione à tutela illud ipſum dici poteſt, quod de ictu fuſtiũ ſcribit Martellus in *l. ictus fuſtium 22. D. de his qui not. infam.* nõ iũctũ fuſtium infamare, ſed cauſam. Ille caſus dubitabilior videtur, ſi tutor nihil geſſerit & ob eam cauſam ipſam remotus ſit, an fiat infamis Conſtat enim non poſſe hunc ſuſpecti accuſatione poſtulari, cùm non poſſit dici malè ac perfidè tutelam gerere is qui nihil gerit.

§. ſuſpectus autem hoc tit.

l. infamem 7. D. de public. indic.

l. 3. §. vlt & l. 4. D. hoc tit. l. vlt. C. eod.

l. 2. C. de tutor. vel cur. qui ſatis ob. ded.

d. l. 3 in fin. hoc tit.

d. l. 4. §. 1. hoc tit.

l. ictus fuſtium 22. D. de his qui not. infam.

Digitized by Google

Sed tamen verius est infamem illum esse si dolo faciebat ne gereret, non etiam si per ignauiam, vel negligentiam tantùm: cùm aliæ atque aliæ causæ esse possint ob quas non gerat quis tutelam, quam gerere alioqui deberet. Atque ita intelligo quod idem Vlpianus noster scribit de tutore isto ex huiusmodi causis remouendo in *d.l.4.§.vlt.* licèt de infamia nihil exprimat, vt nimirum locus ille ex aliis sumat interpretationem. Præsertim cùm tutor suspectus dicatur ex moribus potiùs quàm ex administratione, vt dicemus ad Princip. 2. illa. *7. ex l. suspectum* 8. *D. hoc tit.*

d.l.4.§.vlt. hoc tit.

l. suspectum 8. eod.

ILLATIO VII.

De *suspecti accusatione non facilè permittenda.*

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quoties per aliam viam quàm per suspecti accusationē potest consultum esse pupillo, non sit permittenda suspecti accusatio tāquam quæ sit odiosa, vel hoc ipso quod accusatio est, quódque infamiam irrogat damnato, Nec pupilli fauor vllus esse potest propter quem debeat permitti hæc accusatio si alia mitiore nec minùs tuta via possit ille indemnis seruari, Cùm nō alia de causa sit inducta hæc accusatio, quàm vt pupillorum vtilitatibus consulatur: Interest autem reipublicæ non ita facilè ac passim ciuis romani dignitatem & existimationem lędi. Exempla sunt in *d.l.3. §. queri potest & seqq.* D. *hoc tit.* Puta si quis fuerit tutor pupilli, idémque sit curator confirmatus adolescenti, & probetur multa perfidè gessisse durante tutela. Nam cùm possit tutelæ conueniri à contutoribus, scilicet depositio iam officio tutelæ, & alio sumpto curationis, consequens erit dicere suspecti accusationem cessare: Non item si etiamnum curam malè administret, quia quādiu cura durat agi eo nomine non potest, & idcò necessaria est suspecti accusatio *d.§. queri potest.*

l.3.§. queri potest & seqq. eod.

De tutore qui postquàm tutor esse desiit rursum tutor esse cœpit.

ITem si proponas aliquem desiisse tutorem esse, & rursum cœpisse, vt puta si vsque ad tempus vel vsque ad condicionem fuerat datus in testamento, quod fieri posse diximus sæpius in præcedentibus ex *l. tutor* 8. *§. tutorem D. de testam. tutel.* deinde iterum datus est tutor à prætore, vel superueniente condicione testamentaria iterum tutor esse cœpit, Similiter dicendū erit suspecti eū postulari nō posse, quia cùm sint duæ tutelæ diuersæ ac separatę, potest vtique iudicio tutelæ cōueniri si modò aliquis sit qui eū conueniat, id est contutor *d.l.3.§. idem erit.* Nam si solus ille sit, cùm cesset actio tutelæ, nō tam quòd nondum competat, quàm quòd nemo sit qui eam possit exercere, suspecti accusatio necessaria est per quam remoueatur non quidem à priore tutela, quæ iam finita est, & in qua tamen sola ponimus eum fraudulenter versatum esse, sed à posteriore tutela & administratione quam nūc habet, quasi in hac quoque suspectus sit ex eo quòd in alia malè versatus est *d.l.3.§. si autem ipse tutor.* Ergo & idem dicendum est in eo qui post finitam tutelam quam perfidè gesserat solus confirmatus est curator, vt nimirum quia nō habet concuratorem à quo possit tutelæ conueniri ob malè gesta in tutela remouendus sit à cura tanquam suspectus, quoniam alio remedio succurri pupillo non potest.

l. tutor 8. §. tutorem D. de testam. tutel.

d.l.3.§. idem erit hoc tit.

d.l.3. §. si autem ipse tutor.

De tuto-

De tutore dato ad tempus & ex tempore repetente ex tempore tutelam quam priùs malè gesserat.

AT quid si tutor ita datus sit in testamento (nec enim aliter eo modo & ad tempus dari posset) *Quoad in Italia erit, tutor esto*, vel *Quoad trans mare non ierit*, & hic tutelam malè ac perfidè administrauerit dum esset in Italia nec trans mare, Posteà verò exiisse de Italia, & trans mare profectum fuisse, tùm in Italiam rediisse, rursúmque tutelam administrare; An accusari, & remoueri poterit tanquam suspectus etiamsi habeat contutorem à quo tutelæ conueniri possit ob præcedentem malam administrationem? Quæstio in eo est, An sint duæ tutelæ, an vna tantùm quæ habeat interualla, Nam si plures tutelæ sint, quarum prior iam finita sit, dubitari non oportet, quin pro reddendis primæ rationibus possit tutelæ conueniri, si modò aliquis sit à quo conueniatur, id est contutor. Nec enim à pupillo ipso conueniri posset, Ideóque tanquam suspectus nec accusari poterit, nec remoueri, cùm alia ratione minus odiosa indemnitas pupillo parari possit. At si vna tantùm tutela sit, quam proinde finitam esse dici nequeat, quandiu pupillaris ætas durat, certũ est nullo casu posse adhuc tutelæ agi, hoc est nec si contutor aliquis sit, qui actionem si qua competeret, exercere posset, cùm ante finitam tutelam agi tutelæ non possit *l. nisi finita 4. D. de tutel. & ration. distr.* Ergo vtilis & necessaria erit hoc casu suspecti accusatio, vt tutor hic tanquam suspectus ob priorem administrationem in eodem officio factam remoueri possit *d.l. 3. §. quòd si quis ita tutor* D. *hoc tit.*

d.l. 3. §. quòd si quis ita tutor.

l. nisi finita 4. D. de tutel. & rat. distr.

De illo, qui abfuturus reipub. causa desiderauit in locum suum substitui alium tutorem.

ELius qui abfuturus reipublicæ causã desiderauit in locum suum substitui alium tutorem, diuersa ratio est. Nam si antequàm reipublicæ causa proficisceretur, malè administrauerat, posteà verò reuersus sit, & administrationem repetat (nec enim absentia reipublicæ causa perpetuam excusationem attulerat, sed temporalem *l. 1 & 2. C. si tut. reipub. caus. abes.*) non est ferendum vt ex antegesto suspectus postuletur, Nec si non habeat contutorem, Nimirum, quia potest ex priore gestu actione vtili conueniri *§. si quis abfuturus d.l. 3.* Vtili, inquam, quoniam directa conueniri non potest cùm adhuc tutela duret *d.l. 4. D. de tutel. & rat. distr.* Vtilis tamen ideò datur, quoniam tutor esse quodammodo desiit, & quidem sua voluntate, qui quasi perpetuam habiturus excusationem alium tutorem in suum locum substitui desiderauit, cùm alioqui debuisset in locum eius curator tantùm dari tanquam in locum eius qui non nisi ad tempus fuerat excusatus *l. in omnem rem 13. & seq. D. de tutor. & curat. dat. l. non solùm 10. § similiter D. de excusat. tutor.* Ferè enim est vt tutor esse desierit is in cuius locum alius datus fuit, cùm habenti tutorem alius tutor dari non possit, Sicut & qui in perpetuum excusatur tutor esse desinit *§. vlt. Instit. quib. mod. tutel. finit.* ideóque potuit hic tutor etiam directa tutelæ actione conueniri *l. si tutor 9. de tutel. & ration. distr.* Ex tamen ponendum est reuersum hunc qui antequàm reipub. causa abesset tutor fuerat, repetiisse administrationem, & tutelam resumpsisse, quoniam alioqui non fieret locus quæstioni, An posset remoueri tanquam suspectus, qui neque tutor esset am-

d.l. 3. §. si quis abfuturus hoc tit. & d.l. 4. de tutel. & rat. distr.

l. in omnem rem 13. & seq. D. de tutor & curat. dat.

§. vlt. Inst. quib. mod. tutel. finit.

plius neque administraret. Potuit autem tutelam resumere alio etiã tutore dato; Alius enim ille tutor esse ipso iure desiit reuerso priore, Nõ minùs quàm curator datus in locum eius qui ad tempus duntaxat excusatus fuerat propter absentiã, ipso iure curator esse desinit reuerso tutore qui numquam tutor esse desiit. *d.l. si tutor 9. in princ. D. de tutel. & ration. distr.* Nisi cum Cuiacio dicas, Minùs propriè locutum eo loco Vlpianum, & tutorẽ dixisse pro curatore, itémque tutelæ actionẽ pro actione negotiorum gestorum, quæ solet dari aduersus curatorem, vt & in *l. quæsitum* 12. D. *de tutel.* quod tamen minùs probabile est. Nam vt idem Cuiacius obseruat & fatetur, non sunt prudentes nostri adeò faciles ad loquendum impropriè & abusiuè. Ponendum tamen est hunc tutorem quem dicimus posse conueniri post reditum actione tutelæ pro administratione facta priusquàm abesset reipub. causa, contutorem aliquem habere, vt persona sit à qua conueniri possit, Alioqui certum est pupillo non posse dari actionem hanc contra tutorem, præsertim quandiu tutela perseuerat. Quod tamen diximus posse agi tutelæ cum reuerso, qui abfuerat reipublicæ causa, contrarium videtur ei quod disertè scriptum est in *l. penult. in princip. supr. de excus. tutor.* vbi dicitur vnam duntaxat esse hoc casu tutelam, ideóque nec tutelæ agi posse ante pubertatem, Nisi distinguamus quomodo distinximus in *tit. præced. illat.* 3. An is qui abfuturus erat reipublicæ causa, excusatus fuerit à testatore ipso propter absentiam, & ad tempus tantùm, vt in *d.l. penul.* quia verbum *quoad* ibi appositum à testatore habet reuolutionẽ temporis, vt Oldrad. dicebat, an verò à magistratu & quidem in perpetuum ita vt in eius locum alius tutor datus sit eo ipso ita desiderãte vt in *d. l. si tutor, & in d. §. si quis abfuturus.* Hoc enim posteriore casu videtur finita prior tutela, factáque diuisio non tantùm administrationis, sed etiam substantiæ tutelæ, vt loquitur Bart. ad *d.l. penult.* Vt proinde actionem tutelæ si non directam saltem vtilem eo casu dari mirandum non sit, cùm aliquando competierit etiam directa quæ per tutorem substitutum in prioris locum potuit haud dubiè exerceri.

l. penult. in princip. D. de excus. tutor.

d.l. si tutor & d.l. 3. § si quis abfuturus D. hoc tit.

De *illo, qui antequàm tutor esset, dolum malum admisit in bonis pupilli.*

d.l. 3 §. nunc videamus hoc tit.

ILlud minorem habet dubitationem quod idem Vlp. noster tractat in *d.l. 3. §. nunc videamus*, Si quid per dolum malum heres admiserit in bonis pupilli, sed ante tamen quàm tutor esset, quamuis in bonis pupilli, non posse, vel in tutela suspectum postulari, quia delictum tutelam præcessit. Proinde, inquit, si pupilli substantiam expilauit, sed antequàm pupillus heres esset (legendum enim est *heres* non *tutor*, vt aliàs monui) accusari debebit tutor expilatæ hereditatis, si minùs furti, hoc est si expilauit substantiam pupilli post aditam ab eo hereditatem. Et verò absurdum fuerit dicere, nasci suspecti tutoris accusationem ante tutelam susceptam: Nec sufficit tutorem eum esse qui accusatur, vt remoueri possit, Nisi etiam illud concurrat, vt mala administratio facta sit in tutela. Denique non potest quis à tutela quasi suspectus remoueri nisi ob ea quæ in tutela admisit, si fortè grassatus sit in tutela, vel sordidè egerit, vel perniciosè pupillo, vel aliquid ex rebus pupillaribus interceperit iam tutor factus, vt scriptum est in *d. §. nunc videamus.*

Emendatus Vlpianus.

De eo,

Digitized by

De eo qui ventri bonísque curator datus & fraudulenter versatus postea tutor factus est.

SEd nec illud dubitationem vllam habet, quod addit Vlp. in §. *si curator d.l.* 3. Si curator ventri bonísque datus fraudulenter versatus sit, deinde tutor datus, postulari eum posse suspectum: Etsi enim proximè diximus non posse suspecti accusationem locum habere pro malè gestis ante tutelam susceptam, Id tamen tùm habere locum non potest, cùm administratio, quæ tutelã præcessit talis fuit, vt eius quoque nomine potuerit suspecti accusatio exerceri, Quod in proposito casu contingit, quandoquidem iam dictum est in præcedentibus, Etiam illum qui curam ventris bonorúmque administrat non carere huius criminis metu, nec immunem esse ab hac accusatione ex *d.l.* 3. §. *sed etsi quis curam.* Qui enim potuit etiam priùs quàm tutelam susciperet remoueri tanquam suspectus, quidni multò magis poterit post eam susceptam? Superueniens siquidem tutela facit quomagis non quominùs accusatio suspecti locum habere debeat. Monet tamen Vlpianus in *d.* §. *si curator*, hoc quod dixit posse tutorem hunc quasi suspectum accusari & remoueri ob curam malè administratã ita esse accipiendum si non habeat contutorẽ. Nam si habeat, cùm possit ille eo casu conueniri à contutore ob curam malè administratam, nil necesse est permittere suspecti accusationem, quæ numquam vtilis nisi cùm necessaria est, vt illatio habet nostra.

d.l. 3. § *si curator* D. *hoc tit.*

d.l. 3. §. *sed etsi quis curam.*

d. §. *si curator.*

De finienda cognitione suspecti post finitam tutelam.

DEnique ad hanc illationem pertinet, quod Papin. scribit in *l. pen.* D. *hoc ti.* post finitam tutelam solui cognitionem suspecti etiam quæ fuerat recepta priusquàm tutela finiretur; quod & Iust. scribit in §. *sed si suspecti hoc tit.* & Imper. in *l.* 1. *C. eod.* Nempe quia cùm tutela finita est, nemo dubitat quin tutelæ actio incipiat competere, cuius auxilio cùm possit pupillus indemnitatẽ cõsequi iure ordinario & via ciuili, desinit iam illa subesse necessitas quæ suspecti accusationem inducebat, & peruenit res ad eam causam à qua incipere non poterat: quod cùm accidit iudicium solui solet *l. iudicium solutur.* 58. D. *de iudic.* Etsi non videtur Papinianus eam propositionem quæ non tam iuris regula, quàm multorum opinio fuit, in cæteris probasse; vt constat ex *l. verbis* 5. *in fin.* D. *ad leg. falcid.* iunct. *l. existimo* 98. *De verb. obligat. l. in ambiguis* 85. §. 1. *De regul. iur.* De quo alibi scripsimus.

l. pen. D. *hoc tit* l. 1. *C. eo.* §. *sed si suspecti eod.*

l. iudicium solutur 58. D. *de iudic.*

PRINCIPIVM II.

De suspecto ex moribus æstimando.

SVspectus tutor ille est, qui moribus talis est, vt suspectus sit *l. suspectum* 8. D. *hoc titu.* vbi ex hoc infert Vlpianus eum qui sit pauper quidem, sed fidelis & diligens non esse remouendum quasi suspectum. Cui conuenit, quod scriptum est in *l. postulandis* 5. *C. eod.* In postulandis suspectis tutoribus seu curatoribus, non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur, perpẽdi oportere. Quibus verbis tamẽ ostenditur etiam ob segnitiem solã posse quẽ vt suspectũ, & accusari & remoueri, quãuis

l. suspectum 8. D. *hoc tit.*

l. in postulandis 5 *C. eod.*

non etiam ob paupertatem. Quod quamquam ita est, multum tamen refert an quis à tutela remotus sit ob segnitiem, aut quod hac parte idem est ob simplicitatem, vel ineptiam, an verò ob fraudem. Vtroque quidem casu remouetur tutor, vel curator à tutela, vel cura. Sed priore citra notam infamiæ & integra existimatione, Posteriore verò cum infamia & vt loquitur Modestinus in *l. si tutor 9. D. hoc tit.* cum notata fide & existimatione. Idque iam à nobis tractatum est ad Principium præcedens ex *l. 3. §. vltim. & l. 4. in princip. eod.* vt intelligamus actionis infamiam non tam in remotione, quàm in remotionis causa consistere. Frequentius tamen est, vt non nisi ob dolum in tutela admissum suspectus quis postuletur *d. l. 3. §. nunc videamus, l. impuberibus 7. §. 1. eo.* Non quasi non liceat eum quoque postulare qui dolo careat si tam segnis, aut simplex, aut ineptus sit in tutela gerenda, vt non nisi cum magno & euidenti pupillaris patrimonij periculo & incommodo retineri possit *d. §. vlt. & d. l. 5. C. hoc tit.* Sed quia non tam faciles sunt magistratus ad remouendum tutorem qui dolo careat, sed potiùs adiungunt ei curatorem, ne alioqui onerent aliquatenus existimationem viri boni, quamuis pigri & negligentis apud bonos saltem & graues viros *d. l. si tutor*, vbi Modestinus ait hoc optimum factu esse, aut vt mauult legere Cuiacius, *optimum factum esse*, siue tutor aliquo vinculo necessitudinis, vel adfinitatis pupillo coniunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerat, etiãsi causa aliqua iusta sit propter quam talis tutor remouendus videatur. Excipiendus hodie ille est, qui negligens fuit in conscribendo inuentario, & nihilominùs attigit rerum pupillarium administrationem. Hunc enim Iustinianus voluit & ab officio quasi suspectum remoueri, & legitimis pœnis subiici, & postea perpetua macula infamiæ notari, adeóq; nec ab imperiali beneficio huius notæ absolutionem mereri posse *l. vlt. C. arbitr. tutel.* Extra hunc casum, ac nullo prætereà alio adeò seuerè punitur negligentia tutoris, vt ob eam remoueri debeat cum infamia: Neque verò in specie *d. l. vlt.* tam punitur negligentia tutoris in non conscribendo inuentario, quàm dolus saltem præsumptus in eo quod ante conscriptum inuentarium attigit res pupillares, quòd ab eo fieri non debere iam olim Vlpianus scripserat in *l. tutor qui repertorium 7. D. de admin. tutor.*

d. si tutor 9. D. eod. *l. 3. §. vlt. l. 4. eod.* *d. l. 3. §. nunc videamus l. impuberibus 7. §. 1. eo.* *d. l. 3. §. vlt. D. eod. d. l. 5. C. eod.* *d. l. si tutor 9. D. eod.* *l. vlt. C. arbitr. tutel.* *l. tutor qui repertorium 7. D. de admin. tutor.*

ILLATIO I.

De tutore suspecto qui vel iam satisfecit, vel satisfacere paratus est.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt tutori de quo tanquam suspecto remouendo agitur, nihil profit quod vel iam satisfecerit pupillo, vel satisfacere, & idoneos fideiussores dare paratus sit *l. suspectus 5. & seq. D. hoc tit.* quia cùm suspectus non ex facultatibus, sed ex moribus quis dicatur, nemo non videt maleuolum tutoris propositum erga pupillum quod ex malis moribus proficiscitur, per oblatam, aut præstitam satisfactionem non immutari, Præter id quod expedit pupillo rem suam saluam fore potiùs quàm tabulas Rem saluam fore cautionis habere *d. l. suspectus*, vbi additur, Nec ferendum esse con-

l. suspectus 5. & seq. D. hoc tit.

tutorem

tutorem qui collegam suum ideò suspectum non fecerit, quòd cautum esset pupillo. Semper enim vtilius est pupillo sic ei prospici vt ab initio nullum damnum sentiat, quàm vt postea laborandum habeat de consequenda indemnitate tametsi eam alioqui facilè sit consecuturus *arg. l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit. l. 3. D. de compensat.*

l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit. l. 3. D. de compensat.

ILLATIO II.

De plebeio tutore suspecto qui etiam corporaliter sit puniendus.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt si quis de plebeiis ob facta atrociora quæ in tutela admisit fuerit apud prætorem accusatus, remittendus sit ad præfectum vrbi vt grauiter puniatur *l. 1. §. vltim. D. hoc titul.* id est pœna si opus sit etiam corporali si fortè plebeij tam vilis persona sit, vt non sufficiat suspecti infamia, puta si ob infamiam suam & egestatem possit eluere & contemnere sententiam prætoris, qui sicut nullam iurisdictionem criminalem habet quam præfectura vrbis totam sibi vindicauit *l. 1. D. de offic. præf. vrb.* ita neque corporalem condemnationem potest infligere, sed ad prætectum vrbi remittere omnes debet, quos videt dignos grauiore animaduersione *d. l. 1. §. solent de offi. præf. vrb. l. 1. §. vlt. d. D. de pœn. l. si quis iniuriã 35. D. de iniur.* vbi ob hanc causam pro *prætor* legendum esse *præfectus* docuimus in prioribus libris Coniecturarum. Ratio autem huius illationis ex eo pendet, quòd cùm suspecti accusatio inducatur ex malis moribus & fraudibus tutoris, æquissimũ sit quanto improbiores sunt, mores & quanto atrociora illa quæ tutor per dolũ commisit, tanto grauiorem irrogandam ei esse condemnationem. Ea ratio facit vt si libertus tutelam gerens filiorum patroni fraudulenter eam gessisse probetur, omnimodo remittendus sit ad præfectum vrbis grauiter puniendus *l. 2. D. hoc titul.* Nempe quia quæ in alio tutore leuior culpa esset, in liberto est grauior, propter bonam fidem & diligentiam quam patrono eiúsque liberis exuberatiorem præstare debet in memoriã tanti accepti beneficij quantũ est libertatis *d. l. 1. §. solet de offic. præf. vrb.* quod summum precium est quantumcunque liberalis seruitutis, vt loquar cum Comico in Andria,

l. 1 §. vlt. D. hoc tit. *l. 1. D. de offic. præf. vrb.* *d. l. 1. §. solent l. 1. §. vlt. D. de pœn. l. si quis iniuriã 35. C. de iniur.* *l. 2. D. hoc tit.*

Feci è seruo vt esses libertus mihi,
Propterea quòd seruiebas liberaliter,
Quod habui summum precium persolui tibi.

ILLATIO III.

De non permittenda impuberibus contra suos tutores suspecti accusatione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt impuberibus non permittatur suspectos facere tutores suos, *l. impuberibus 7. D. hoc tit.* Nam cùm tutor vt persona ita moribus pupilli potissimùm detur, *l. cùm plures 12. §. tutor D. de adminiſtr. & peric. tutor.* absurdum sanè esset pupillum præsertim qui iudicio careat inquirere in mores tutoris sui, à quo regi ipse debeat. Alia ratio est ob quam nõ potest pupillus agere ipse tutelæ cum suo tutore. Id enim ideo sic comparatum est quoniam absurdum esset à tutore rationem admini-

l. impuberibus 7. eod. *l. cùm plures 12. §. cùm tut. D. de adm. tutor.*

Digitized by Google

ſtratiónis negotiorum pupilli repoſci, in qua tutor ipſe adhuc perſeueret vt ſcribit Vlpianus in *l.ſi tutor 9.§.& generaliter D.de tutel.& ration.diſtr.* Quare nec alias quilibet tutelæ actionē pro pupillo inſtituere poteſt nō magis, quàm pupillus, niſi poſt finitā demùm tutelam *l.niſi finita 4. eod.tit.* At ſuſpecti accuſationem inſtituere poteſt quilibet alius quàm pupillus, etiam durante tutela, imò non niſi ea durante vt diximus in præcedentibus. In adoleſcēre aliud eſt. Nam ſi velit, poteſt ille ſuſpectum facere curatorem *d.l.impuberibus*, quia non ſicut pupilli moribus tutor datur, ita & adoleſcentis moribus curator, ſed bonis eius tantù n non perſonæ. Debet tamen ex conſilio neceſſariorum id facere, vt addit Vlpianus *in d.l. impuberibus*, & poſt eum Iuſtinianus in §. *impuberes hoc tit.* quia res tanti momenti quanti eſt accuſatio iſta, quę tutoris fidem & exiſtimationem ſuggillat, non facilè debuit committi arbitrio minoris, cuius & mores ſuſpecti & iudicium minùs firmum eſt.

l.ſi tutor 9. §. & generaliter D. de tutel. & rat. diſtr.

l.niſi finita 4. eod.

d. l. impuberibus§ impuberes hoc tit.

ILLATIO IIII.

De ſeruo quoque pupillari admittendo & audiendo ad detegendas fraudes tutoris.

QVartò ex eodem Principio fit vt ſiue tutor ſiue curator ſit is qui ſuſpectus dicitur, non poſſit præſcribere & impedire quominùs in ſuſpecti cognitione religio prætoris inſtruatur à pupillari ſeruo. detegente fraudes tutoris, *l.vlt.* D. *hoc tit.* Etſi enim aliud videbatur dicendum, quia non ſolet ſeruus audiri contra dominum, Tutor autem domini loco habetur. *l. interdum* 56. *§. qui tutelam D. de furt.* Tamen cùm accuſatio ſuſpecti ſit de moribus tutoris, in quos melius inquirere prætor nō poſſit quàm ſi ſeruos audiat & alios domeſticos quibus ſolis vt plurimùm nota ea ſunt, quæ fiunt domi *l. conſenſu* 8. *§. ſeruis etiam C. de repud.* nihil cauſę eſt cur non in accuſatione ſuſpecti poſſint & debeant ſerui pupillares audiri contra tutorem, ac multò magis contra curatorem, qui domini loco nunquam habetur, quia rebus tantùm non perſonæ datur, vt ſuo loco monuimus.

l.vlt. D.hoc tit.

Domeſtici ſoli ea melius ſciūtque fiunt domi.

ILLATIO V.

De tutore quiper abſentiam ſuam facit ne alimenta pupillo decernantur.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor ſui copiam non facere perſeueret, ne alimenta pupillo decernantur, maximéque ſi edictis prætoris euocatus poſteaquàm tutor datus eſt non compareat, poſſit ob hoc ipſum tanquam ſuſpectus remoueri quaſi qui abſentia ſua ſuſpectus factus ſit. *d. l. impuberibus §. pen. & vlt.* D. *hoc tit.* vbi pro *ſententia* lego *abſentia* motus tam ex præcedentibus quàm ex ſequentibus. Nam & ad tutoris mores illud pertinet, vt ſuſpecti videri debeant, ſi nolit ille comparere, & ad prætorem venire vt pupillo ſuo dānū inferat vel incōmodū, cuius è cōtrario & ſalutem & cōmoda nō minùs curare debeat quàm proprias ſuas vtilitates. Hoc verò tū maximè obtinet ſi tutor ideò abſit aut latitet ne pręſēteeo alimēta decernātur. Quid. n. aliud hic agit, niſi vt enecet pupillū? Siquidē necare is quoq. videtur qui alimēta denegat *l. necare* 4. *D. de agn. & alēd. lib.* Nō tamē in pœnam huiuſmodi abſentię etiam quæ contumaciam adnexam habeat, ſtatim eò decurrendum eſt vt tutor ſuſpe-

d.l.impuberibus §.pen. & vlt. Emendatio d.§.vlt.

l.necare 4. de agnoſc. liber. §. ſi quis tutor hoc tit.l.§. tutor.eod.

Digitized by Google

suspecti accusetur,& quasi suspectus remoueatur,Nisi perraro & diligenti habita inquisitione , siue quòd variæ possint esse causæ ex quibus tutor absit etiam citra dolum, Siue quòd tum quoque cùm dolus adest, aliis tamen modis minùs asperis coerceri possit contumacia. Inter quos vnus ille est, qui & ante cæteros tentari debet,vt iubeatur suis rebus carere qui negligit pupillates,Vt scilicet rei seruandæ causa pupillus mittatur in possessionem bonorum sui tutoris,quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris latitantis ex *tit. Quib. ex caus.in poss. eat.* Quo facto etiam res quæ moræ deteriores futuræ sunt ex bonis tutoris distrahi iubeãtur dato in id curatore. Quòd si neque hoc remedio vinci & adigi tutor possit vt veniat, & pareat, tum verò quasi non modò contumacem,sed etiam suspectum remoueri eum oportebit. Et hic Vlpiani nostri sensus est *in dict. impuberibus §.pen.& vltim. hoc titul. & Iustinianus in §.si quis tutor.* Iunct. *l.3. §. tutor. eod. titul.* At quid si tutor non quidem latitet sed præsens contendat nulla posse alimenta decerni pupillo tanquam inopi? Respondet. Vlp.*in dict. §.tutor* dandos esse hoc casu aduocatos pupillo , & si tutor in mendacio reuincatur remittendum eum esse ad præfectũ vrbis vt grauiter puniatur.Nec enim quicquã interest,inquit,an id quis agat vt corrupta fide inquisitionis tutor cõstituatur, an verò bona fide cõstitutus incipiat velut prædo bonis alienis incũbere.Ergo remouebitur quidẽ quasi suspectus, verùmtamẽ nõ modò remouebitur,sed etiã remittetur puniendus ea pœna quã solent adfici qui tutelã corruptis ministeriis redemerũt. Sic nãque intelligo quod Vlp.scribit in illis verbis *hic ergo nõ quasi suspectus remouebitur.* Alioqui perabsurdũ esset dicere nõ remoueri eũ qui etiã grauiter puniẽdus sit à præfecto vrbis.Ne qui maiorẽ pœnã meretur à minore excusetur *l. cui pacto.*5.D.*dẽ seru.expor.* Nã & subiicit idem Vlp.*in §.seq.* tractans de eo qui neque pecuniã ad prædiorũ emptionẽ conferre,neque deponere peruicaciter perstat quoad emptionis occasio inueniatur nõ solùm iuberi vinculis cõtineri sed etiã insuper pro suspecto habẽdũ esse.Mox addit sed sciendũ esse,non omnes tutores hac seueritate debere tractari,sed vtique humiliores. Nã eos qui sunt in aliqua dignitate positi nõ oportere vinculis publicis contineri. Quod haud dubie sic accipiẽdum est,vt tamẽ non eò minùs remoueri debeant quasi suspecti.Nec enim distinguimus positos in dignitate ab humilioribus in accusatione suspecti,sed eos tantùm qui aliquo necessitudinis vel adfinitatis vinculo cõiuncti sunt pupillo,vel quibus reuerentiã pupillus debet à cæteris vt *in l. si tutor 9. eod. tit.* Aut negligentes à dolosis *l.3. §. vlt. & l.4.eod.tit.*

ILLATIO VI.

De *auferenda interim administratione bonorum pupillarium ei qui dicitur suspectus.*

SExtò ex eodem Principio fit, vt si quis tutor vel curator suspectus postuletur auferenda ei sit interim ac lite pendente bonorum administratio *l. eum quem* 7.C.*hoc tit.* quod à Papiniano nostro primùm fuisse inductum innuit Iustinianus noster in *§.si quis autẽ suspectus hoc tit.* Illa vt videtur ratione, quòd is qui suspectus dicitur,licèt eo tẽpore nihildũ fecerit,propter quod reuera suspectus dici possit,hac ipso tamẽ quodammodo suspectus fieri incipit quod suspectus allegatur,Non quidẽ hactenus vt statim remoueri debeat nec auditus nec cõuictus quod esset iniquissimũ,sed hactenus saltẽ ne patiatur magistratus

gistratus salutem pupilli & administrationē bonorum eius cōmitti oportea t illi,qui dicitur suspectus. Tutorem enim non solùm crimine, sed etiam criminis suspicione vacare expedit vt sibi commissam administrationem retinere possit. Exemplo eius quod de iudice dicimus si suspectus sit remoueri eum debere licèt nihil adhuc fecerit quod à boni viri, probique iudicis officio alienum videri possit, quia malum est coram suspecto iudice litigare *l. apertissimi* 13. C. *de iudi.* Etsi longè facilius est vt recusetur iudex quasi suspectus quàm vt tutor remoueatur, quia remotio tutoris onerat existimationē saltem apud bonos & graues viros, non etiam remotio iudicis. An ergo suspicionis causas aliquas contra tutorē etiam per calumniàm fortè allegari sufficiet, vt ei administratio interim ac pendente lite aufferatur? Hoc verò sanè per quàm durum est, ne tam facilè calumniis fenestra patefiat vt optimi cuiusque existimatio periclitetur. Præsertim verò cùm dici soleat in eo statu retineri quem debere pendente lite, in quo litis inchoatæ tēpore inuenitur *l. moueor* 4. C. *si seruu. export. ven.* Itaque melius est ita rem temperari vt non ex sola suspicionis allegatione tutori aufferatur interim administratio, sed ita demùm si concurrāt indicia nonnulla super quibus auditus tutor sit & litem contestatus, Vt proinde generaliter dici possit non esse aufferendam ei administrationem ante litem contestatam, Quod & Doctores plerique tradiderunt quos retulimus & probauimus in Codice nostro Definitionum forensium & rerum in sacro Sabaudiæ Senatu tractatarum *Defin. 2. de suspect. tutor.*

l. cum quem 7. C. hoc tit. §. si quis autem eod. l. apertissimi 13. C. de iudic.

ILLAT. VII.

De *tutore interdum remouendo quasi suspecto etiam priùs quàm attigerit tutelam.*

SEptimò ex eodem Principio fit vt possit aliquando remoueri tutor quasi suspectus etiam priusquàm attigerit tutelam, & aliquid gerere cœperit §. *suspectus autem est, vers. sed & ante hoc titul.* quia scilicet suspectus tutor non tam ex administratione quàm ex moribus æstimatur, Mores autem tutoris malos & administrandæ ex pupilli commodo tutelæ impares deteget nihil prohibet antequàm attingatur administratio. Quamuis hoc vt difficilius est, ita etiam rarius sit. Suspectus enim verè ac propriè ille est, qui non ex fide tutelam gerit, quomodo Iustinianus noster diffinit in *d.* §. suspectus, Paullo aliter quàm Vlpianus in *d. l. suspectū* 8. *D. eod.* qui suspectum tutorem definit ex moribus non ex administratione. Quod quia verius & generalius est maluimus Principium nostrum ex Vlpiano quàm ex Iustiniano desumere. Planè si tutor inimicus pupillo eiúsve parentibus sit, nemo dubitat quin hoc ipso remoueri debeat, licèt nihildū administrauerit. Quid enim cōmodi ab inimico tutore sperare pupillo liceat? *l. 3.* §. *si tutor inimicus eod. tit.* vbi additur generaliter idem esse si qua iusta causa prætorem moueat cur non debeat pati vt tutor in ea tutela versetur. Iusta autem causa est quęcumque probabilem metū potest iniicere ne tutor malè rem pupilli sit administraturus.

§. suspectus autem vers. sed & ante hoc tit. l. 3. §. si tutor inimicus eod.

ILLATIO VIII.

De *tutore qui abstinuit pupillum hereditate lucrosa.*

OCtauò ex eodem Principio fit vt si tutor abstinuerit pupillum hereditate siue inconsideranter siue dolo malo, cum hereditas pupillo vtilis & lucro

sa

la esse posset hoc ipso possit suspectus postulari *l. 3. §. is tutor hoc tit.* Non enim paruum pupilli damnum est, si opulentæ hereditatis commodo priuetur. Nec malos mores tutoris hac parte alios intelligimus quàm qui sint damnosi pupillo, puta si rem vetitã distraxerit sine decreto *d. l. 3. §. Seuerus* scilicet per fraudem quamuis nihil egerit vt lex ait. Si tamen inconsideranter id tutor fecerit nõ fiet infamis, quomodo fieret si dolo malo secundum ea quę diximus in superioribus.

PRINCIPIVM III.

Tutorem qui tanquam suspectus remotus est desinere tutorem esse.

TVtor vel curator qui tanquam suspectus non modò postulatus, sed etiam remotus est, desinit esse tutor vel curator, quia hoc ipso à tutela vel cura abire iubetur *l. 3. §. vlt. & l. seq. & pass. D. hoc tit.* Etsi enim remouendi tutoris causa quæ vt proximè diximus, ex malis potissimùm & suspectis moribus proficiscitur temporalis esse videtur non perpetua, siquidem fieri facilè potest vt quod in moribus suspectum ac vitiosum esse mutetur in melius, nimis tamen periculosum esset siue personæ siue bonorum administrationem ei committere cuius siue perfidiam, siue ineptiam exploratam habeat magistratus ad quem ea res pertinet, cùm non nisi amicissimos & fidelissimos & diligentissimos viros ad id muneris obeundum eligi oporteat: vixque tanta vnquam cautio adhiberi possit, vt non periclitari meritò existimetur quisquis lubrico tutelę committitur vt loquitur Papinianus in *l. 3. §. cùm Pollidius D. de vsur.* Quid, quod remotus tutor tanquam suspectus vt plurimùm fit infamis sicuti diximus in præcedentibus, ob idque planè indignus qui ad munera publica & ciuilia obeunda, quale munus tutelæ est, admittatur? Taceo quod ex regula iuris pontificij, Semel malus semper præsumitur malus in eodem genere mali.

l. 3. §. vlt. & l. seq. D hoc tit.

l. 3. §. cùm Pollidius. D. de vsur.

ILLATIO I.

De tutore suspecto & remoto eximendo à futuri temporis periculo.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui decreto prætoris tanquam suspectus remotus est, periculum futuri temporis non timeat, *vt Papin. ait in l. decreto* 10. *hoc tit.* Nec enim alius periculum cessationis timere potest quàm qui tutor est, aut tutelã suscipere iussus fuit *l. tutor vel curator* 20. *C. de admin. tut. l.* 10. *pro offic.* 20. *C. eod.* Qui verò remot' est à tutela vel cura, is nõ solùm tutor vel curator nõ est, sed nec amplius esse potest cùm prohibitus sit gerere & administrare. Idque est quod rationis loco addit Papinianus, Iniquù esse remoueri quidem tutorem vel curatorem à tutela vel cura, In futurum autem non esse securum: Etsi videtur ita fieri vt ex eodem facto & pœnam & præmium quis consequatur.

l. decreto 10. D. hoc titul. l. tutor vel curator 20. D. de admin. tutor. l. pro officio 20. C. eod.

Digitized by Google

ILLATIO II.

De *pupillari debitore qui soluit tutori iam remoto.*

SEcundò ex eodem Principio fit vt si quis pupilli debitor soluerit tutori remoto non liberetur, quia soluit ei qui tutor esse desierit, vt scribit & ratiocinatur Vlpianus in *l. quòd si forte* 14. *§. quòd si remoto D. de solut.* Solutio enim à debitore pupillari facta ita demùm liberat eum si soluerit vero tutori *l. Lucius* 45. *§. tutela & §. vlt.* D. *de admin. tutor.* Adeò vt nec sufficiat bona fide soluisse illi qui pro tutore negotia gerebat si non probetur etiam pecunia in rem pupilli versa *l. debitores* 18. D. *de solut.* Nisi proponas ei solutum quasi tutori, qui quasi tutor stipulatus fuerat vt in *l. filiæ* 88. *eo. ti.* De quo alibi scripsimus. Atquin is qui à tutela vel cura remotus est non solùm neque tutor neque curator est, sed neque pro tutore vel curatore gerit cùm gerere prohibitus sit, vt diximus illatione præcedenti.

l. quòd si forte 14. §. quòd si remoto D. de solut. l. Lucius 46. §. tutela & §. vlt. D. de admin. tutor. l. debitores 28. D. de solut. l. filiæ 88. eod.

ILLATIO III.

De *alio tutore dando in locum suspecti & remoti.*

TErtiò ex eodem Principio fit vt remoto tutore quasi suspecto alius tutor pupillo dandus sit, non minùs quàm si tutor in perpetuum excusatus adeóque defunctus esset, qui tamen dari non posset si remotus tutor remaneret *l. penult. C. in quib. casib. tutor. habent.* Facit *l. 2. & 3. C. hoc tit.*

l. pen. C. in quib. casib. tutor. habent. l. 1. 2. & 3. C. hoc tit.

PRINCIPIVM IV.

De *magistratibus qui ius habent removendi tutoris vel curatoris.*

IVs removendi tutoris vel curatoris habent in vrbe Prætores, In provinciis verò earum Præsides quo nomine Proconsules quoque continentur. *l. 1. §. damus autem D. hoc tit.* vbi placet valde quod Vlpianus noster ita scribit *Damus autem* non quomodo Tribonianus in hoc tit. *Datum est autem* Priore namque locutione non etiam posteriore significatur appositè ius hoc removendi tutores non competere. Prætoribus aut Præsidibus quasi specialiter iis datum lege aliqua vel Senatusconsulto, vel constitutione sed propter vim sui imperij vt scriptum est de iudicis dandi licentia quã iidem magistratus habẽt, *in l. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic.* id est vi & potestate ordinaria suæ iurisdictionis, Alioqui dicendum est & potestatem hanc removendi tutores vel curatores nullomodo mandari posse, ne quidem expressim & specialiter, multò minùs verò transire mandata iurisdictione, Ex ea regula quam Papinianus noster tradit *in l. 1. in princip. D. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Quod vtrumque tamen falsum est: Nam cùm olim dubitaretur, An apud Legatum Proconsulis suspectus postulari quis posset, Imperator Antoninus cum Diuo patre rescripsit posse Ratione illa addita, quòd mandata Legato Proconsulis intisdictione totum iuris dicundi officium ad eum transeat, Vt intelligamus ex officio ipso iuris dicundi non ex speciali vlla concessione totum hoc ins pendêre. Qui consequenter subiicit ibidem Vlpianus, Ergo etsi prætor mandet suam iurisd-

l. 1. §. damus autem D. hoc tit.

l. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic. l. 1. in princ. D. de offic. eius cui mandat. est iur.

Digitized by Google

iurisdictionē simili modo dicendū esse suspectum posse apud eum postulari cui mandata erit iurisdictio. Cùm enim sit in prouincia inquit, hoc referiptū, consequens est dicere, Eum quoque cui à prætore mandata est iurisdictio posse de suspecto cognoscere, Scilicet ne quis fortè putaret speciali quodam iure ac priuilegio receptum esse in persona Legati Proconsulis vt cognitionem hanc habeat, quomodo alia pleraque ei specialiter concessa sunt ac inter cætera vt tutorem dare possit *l.penul.D.de offic. Proconf. & legat.* quod ei specialiter ex oratione Diui Marci datum fuisse constat *l.1.§.Legatus D. de tutor. & curat.dat.* quomodo nec alius quisquam tutorem dare potest, quàm cui specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione aliqua ius illud datum fuit *d.l.1.l.3.eod.tit.* Vnde illud etiam fit vt nec mandante præside alius tutorē dare possit *l.nec mãdante 8.eod.* Nēpe quia vt iã diximus, quæcunque specialiter alicui data sunt ea nec mandari expressim & specialiter possunt, nec mandata generaliter iurisdictione transeunt *d.l.1. De offic.eius cui mandat. est iurisd.* qui si videantur quodammodo negligi cùm alij mandantur *l.cùm hi 8. §. si prætor D.de transact.* Et hinc nimirum petenda est diuersitatis ratio si quis fortè quærat, Cur non sit idem ius eadémque cognitio remouendi & dandi tutoris, hoc est, Cur facilius mandari, adeóque mandata generaliter iurisdictione transire ius tutoris remouendi quàm ius dandi. Cùm sint ista contraria Tutorem dare, & Tutorem remouere, dicíque soleat eandem esse contrariorum rationem. Scilicet, quia non sicut dandi tutoris ius specialiter quibusdam magistratibus concedi necesse fuit, cùm iure sui magistratus nemo tutorē dare posset, neq; propter vim imperij, neque vi propriæ iurisdictionis, quandoquidē tutoris datio neque est imperij neque iurisdictionis *l.muto 6. §.tutor. datio D.de tutel.* Ita & remouēdi tutoris ius specialiter cuiquã concedi oportuit, cùm sit ea res iurisdictionis, & quã nec alius habere potest quàm qui iurisdictionem habeas. Quamquam videtur Macer Iurisconsultus totum hoc ius ad pupillorum vtilitatem referre in *l. cognitio 4.D.de offic.eius cui mandat. est iurisd.* Interest enim pupilli valde, vt plures sint qui eam cognitionem possint suscipere, sicut & vt plures sint qui tutorem suspectum possint accusare, Ne dum vel iudex vel accusator quæritur, aut expectatur, interea grassetur tutor pro arbitrio in re pupillari pupillúmque spoliet, Cuius periculi metu etiam illud receptum esse iam suprà diximus vt pendente accusatione remoueri tutorē oporteat, nec ei prodesse debeat, quòd vel iã satisderit, vel satisdare paratus sit. Video tamē verba rescripti à Macro relati in *d.l. cognitio* nihil de pupillorum vtilitate exprimere sed ad potestatem mandatæ iurisdictionis totum hoc referre. Sic enim verba rescripti habent, *Imperatores Seuerus & Antoninus Bradua Proconsuli Africæ. Cùm propriam iurisdictionem legatis tuis dederis, consequens est vt etiam de suspectis tutoribus possint cognoscere:* Quibus verbis apertissimè significatur ius hoc cognoscendi de suspecto non nisi ex consequentia mandatæ generaliter iurisdictionis competere Legato Proconsulis, aut alij cuilibet mandatam iurisdictionem habenti. Nec superioribus contrarium est quod Marcianus scribit in *l. 1. §. suspecti D.ad SC. Turpill.* suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantùm examinari posse, Et nullum alium de huiusmodi quæstione quàm ipsum præsidem pronunciare posse. Id enim sic accipiendum est non quasi

l pen. De offic. proconf. & legat.

l.1.§. legatus D. de tutor. & cur. dat. d.l 1.l.3.eo ti. l. nec mandante 8.eod.

Ratio diuersitatis inter ius dandi tutoris & ius remouendi.

l.muto 6.§. tutoris datio D.de tutel.

l. cognitio 4. de offic. eius cui mand. est iurisd.

l.1.§. suspecti D.ad SC. Turpill.

ſeparanda ſit pronunciatio à cognitione vt quidam malè crediderunt, nec ad exclusionem eius qui mandatã à Præſide habeat iuriſdictionẽ, qui cùm ſiue cognoſcit ſiue pronunciat, Præſes ipſe & cognoſcere & pronunciare intelligitur, cuius ſcilicet vice ac partibus fungitur qui mandata vtitur iuriſdictione *l. 1. qui mandatam l. etſi prætor 3. D. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd. l. ſolet prætor 16. D. de iuriſdict.* Sed tantùm ad exclusionem magiſtratuum municipalium, qui ſoli magiſtratus ſunt in prouincia præter Præſidem: quique quoniam iuriſdictionem aliquam habent adeóque ius etiam tutoris dandi, *d. l. 3. D. de tutor. & curat. dat.* videbantur multò magis ius quoque remouendi tutoris habere debere, ſiue propter vtilitatem pupillorum quorum intereſt, vt diximus plures eſſe qui de ſuſpecto cognoſcere & pronunciare poſſint, ſiue quod cognitio ſuſpecti magis pendeat ex iuriſdictione quàm datio tutoris. Sed tamen aliud placuit, quia cognitio hæc cùm ſit quaſi publica accuſatio & quæ vt plurimùm infamiam irrogat damnato, non cuilibet magiſtratui danda fuit, ſed maioribus tantùm magiſtratibus non tantùm iuriſdictionem, ſed etiam tribunal habentibus, quales ſunt in prouinciis ſoli Præſides, aut qui mandatam ab iis iuriſdictionem habent, quos diximus Præſidum vice fungi, Non etiam magiſtratus municipales. Hi enim iuriſdictionem quidem habent *l. 1. D. ſi quis ius dicent. non obtem.* ſed non tribunal. Idcò autem neceſſarium eſt tribunal, quia remoueri tutor non poteſt ſiue maxima cauſæ cognitione, vt oſtendimus in præcedentibus: Vnde & ſuſpecti cognitio appellatur. Quæcumque autem cauſæ cognitionem deſiderant, ea non niſi pro tribunali expediri poſſunt *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum D. de offic. Proconſ. l. vbicunque 105. De regul. iur.* Et hic finis ſit primi Tomi noſtræ Papinianeæ iuriſprudentiæ.

l. 1. §. qui mãdatã l. 3. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.

d. l. 3. D. de tutor. & curat. dat.

l. nec quicquã 9. §. vbi decretum de offic. procõſ. l. vbicũque 105. de regu. iur.

FINIS.

Gloria tota Deo, qui hæc nobis ocia fecit.

Digitized by Google

IN IVRISPRVDENTIAE PAPI-

NIANEAE SCIENTIAM ANTONII FABRI, Index locupletissimus.

A.

ABolitio accusationis nó nisi pro tribunali facienda est, tit.5,pr.2,ill.4,p.194

Abientia suspectum tutorem quando faciat, tit.25, pr.2,ill.5,p.1166

Absurda interdum admittenda, vt absurdiora vitentur, tit.1 pr 2,ill 8,p.13

Abuti potestate sibi concessa nemini licere, tit 7,pr.4,ill 5 p.287

Abuti re sua domino non licet, tit.7, pr.4, p.285

Acceptilatio est iuris ciuilis, tit.2, pr.4,ill.1,p.39,& 55

Accessiones accessionis nullo modo deberi, tit.12,pr.7,ill.59,p.887

Accusatio suspecti & necessaria & frequens, tit.25,pr.1,ill.1,p 1156

Actio protutelæ, tit 12, pr. 8,ill.31, p.967, & seqq.

Actor constitui potest periculo tutoris vel curatoris, tit.12,pr.6,ill.34,p 832.

Actio datur in substitutum, pupillo absento, tit.6,pr.5,ill.12,p.254

Actiones in factum prætoriæ, tit.2,pr.10,ill.3, p.77

Actio an sit res mobilis, tit. 12, pr.8, ill.64,p.1025

Actio nulla iure gentium comparata est, tit. 2, pr.5,ill 5,p 56

Actiones omnes iure ciuili sunt institutæ ibid.

Actus quilibet hominis incipit à voluntate, tit.4,pr.6,ill.6,p.150

Actus gentium non operari vltra eorum intentionem tit.4,pr.6,p 148

Administrationis rationem qui reddere teneãtur, tit.12,pr.7.ill.68.p.854

Adoptare qui possint, tit.10,pr.3,ill.1 2,p 519

Adoptare non licet ante 18.annum, tit,10,pr.3, ill.2,p.519

Adoptio non potest fieri ad tempus, tit.10, pr. 3,ill 4,p.520 non potest fieri sub conditione, tit.10,pr.3,ill.5,p.521

Adoptare potest, etiam qui vxorem non habet, tit.10,pr.3,ill. 6,p.521

Adoptionem legis actionem esse, tit.10, pr.4, p.521

Adoptio apud quos magistratus fieri possit, tit.10,pr.4,ill.1,p.522 non potest fieri apud legatum Proconsulis. tit.10,pr.4,ill.2,p.522

Adoptio temporalis, tit.10,pr.4,ill.5,p.525

per Adoptionem dignitas augetur, non minuitur, tit.10,pr.4.ill. 6,p.525

Adoptio vbi fieri debeat, tit.10 pr.4,ill.7,p.526 quando confirmatione Principis indigeat, tit.10,pr.4,ill.8,p.526

Adoptare in locum nepotis quando liceat, tit.10,pr.1,ill.15.p.506

Adoptatus quibus fiat cognatus, tit.10, pr.1, ill.16.p.508

Adoptatus à filio emancipato, nepos meus nõ est, tit.10,pr.1,ill.17,p.508

ex Adoptiuo natus adoptiui locum tenet, tit. 10,pr.1,ill.18,p.509

Adoptatus nepotis loco, tit.10, pr.1,ill.5,p.478

Adoptio ius agnationis tribuit, non ius sanguinis, tit.10,pr.2,p.517 filiosfam.facit, tit. 10,pr.1,p.476

Adoptionis commentum, tit. 10, pr.4, ill.11, p.527

Adoptio commentum est iuris ciuilis, tit.8,pr. 2,ill.1,p.295

Adoptionis simplicis solennitas, tit.10, pr.4, ill 3,p.523

Adoptio qui fit naturæ imago, tit.10, pr.3, p.519

per Adoptionem ius sui heredis acquiritur, tit.10,pr.1,ill.22,p.511

in Adoptionibus non requiritur voluntas eorum inter quos iura agnationis consequuntur, tit 10,pr 1,ill.21 p.510

Adoptionis dissolutionem quæ consequãtur, tit.10,pr.1,ill.24,p.512

Adoptiui liberi, tit.8,pr.7,ill 2,p 221

Adoptati onera transeunt in adoptantem, tit. 10,pr.1,ill.29,p.515

Digitized by Google

Adoptatus quando transeat in familiam adoptantis, tit. 8, pr. 4, ill. 4, p. 106

Adoptiui filij fiunt sui heredes, tit. 10, pr. 1, ill. 1, p. 472

Adoptiuus pater in ius vocari non potest, tit. 10. pr. 1, ill. 2, p. 477

Adoptiuus filius etiamsi emancipetur non potest vxorem patris adoptiui ducere, tit. 10, pr. 1, ill. 4, p. 478

quomodo Adoptetur filius cuius pater naturalis loqui non potest, tit. 10. pr. 4, ill. 4, p. 524

Adrogationis solennitas, tit. 10, pr. 4, ill. 3, p. 523

in Adrogatione causæ cognitio adhibenda, tit. 10, pr. 1, ill. 10 p. 481

Adrogatio pupilli, tit. 10, pr. 1, ill. 11, p. 483

Adrogati liberi transeunt in familiam adrogatoris, tit. 8, pr. 4, ill. 2, p. 305

Adrogati tantum voluntas in adrogatione requiritur, tit. 10, pr. 1, ill. 10, p. 510

Adrogato quænam legitima portio adhibeatur, tit. 10, pr. 1, ill. 12, p. 489

Adrogari potest & fœmina, tit. 10, ill. 13, p. 502

Adrogati liberi in adrogatoris potestatem veniunt, tit. 10, pr. 1, ill. 8, p. 479

in Adrogatione autoritas principis est necessaria, tit. 10, pr. 1, ill. 9, p. 480

Adrogari non potest absens, tit. 10, pr. 4, ill. 3, p. 523

Adscriptitij an sint serui, tit. 3, pr. 4, ill. 1, p. 115

Adulterium quid & vnde dictum, tit. 9, pr. 3, ill. 25, p. 422

Adulterij rea vxor duci non potest, tit. 9, pr. 5, ill. 19, p. 451

in Adulterio deprehensa vxor ducenda non est, tit. 9, pr. 6, ill. 25, p. 473

Adulterij rea quam maritus accusauerat an post abolitionem vxor duci possit, tit. 9, pr. 6, ill. 19, p. 470

Adultus non habebat olim priuilegium in bonis curatoris, tit. 12, pr. 8. ill. 7, p. 926

Aduocatorum honoraria, tit. 1, pr. 3, ill. 2. p. 17

lex Ælia Scutia, tit. 5, pr. 1, ill. 7. & 8, p. 158

eius ratio, tit. 6, pr. 8, p. 222

de Æquitate, tit. 1, pr. 2, illat. 1, p. 4, & illat. 3, p. 7

Æquitas ante oculos vt habenda sit, tit. 1, pr. 2, ill. 2, pag. 5

ex Æquitate omnes actiones vtiles inductæ sunt, tit. 1, pr. 2, ill. 3, p. 6

ex Æquitate multa inducta sunt contra iuris rigorem, tit. 1, pr. 2, ill. 4, p. 7

Æquitas est iuris regula, tit. pr. 2, ill. 1, p. 4

Æquitas cerebrina quæ, tit. 1, pr. 2, ill. 6

ex Æquitate nouum ius inducitur, tit. 1, pr. 2, ill. 6, p. 11

Æquitas verborum quænam, tit. 1, pr. 2, ill. 4, p. 7, & 8

Æquitas scripta nulla est, tit. 1, pr. 2, conf. 1, p. 13

Ætas hominis ab instanti natiuitatis, non conceptionis computanda est, tit. 42 pr. 3, ill. 7, p. 145

Agnatio per emancipationem amittitur, tit. 4, pr. 10, ill. 2, p. 666

Alienari quomodo possint res pupilli aut minoris, tit. 12, pr. 6, ill. 36, p. 834

Alienatio iuris emphyteutici minoris an valeat, tit. 12, pr. 8, ill. 56, p. 1016

de Alienatione iudicij mutandi causa facta, tit. 16, pr. 2, ill. 2, p. 1063

Ancilla matrimonij causa manumissa, cui nubere possit, tit. 9, pr. 5, ill. 2. 8, p. 457

Argumentum ab enumeratione partium, quãdo valeat, tit. 7, pr. 2, p. 281

Auctoritatem præstare quid sit, tit. 12, pr. 6, ill. 19, p. 823

Auctoritas tutoris quid, tit. 12, pr. 6, ill. 8, p. 814

quando necessaria, tit. 21, pr. 1, p. 1066

Auctoritas à tutore in ipso negotio præstanda est, tit. 12, pr. 6, ill. 23, p. 824

pertinet ad formam & solennitatem actus, tit. 21, pr. 1, ill. 1, p. 1070

necessaria est ad agnoscendam, vel repudiandam bonorum possessionem, tit. 21, pr. 1, ill. 12, p. 1075

Auctionis infamia, tit. 6, pr. 4. p. 232

Autoritas à voluntate & consensu distinguenda, tit. 9, pr. 4, ill. 3, p. 422

Auus potest cõtrahere nuptias inter nepotem ex vno filio, & neptem ex alio, tit. 2, pr. 4, ill. 4, p. 428

Auo mortuo, pater incipit habere liberos in potestate, tit. 8, pr. 3. ill. 2, p. 299

Auus tutorem dare non potest nepoti recasuro in potestatem patris, tit. 12, pr. 1, ill. 27, p. 710

Auia nepotibus curatorem an dare possit, tit. 12, pr. 1, ill. 33, p. 715

B

BEneficium Inuentarij, tit. 6, pr. 5, ill. 1, p. 236

Beneficium abstentionis necessariis heredibus concessum, tit. 6, pr. 4, ill. 3, p. 233

Beneficium diuisionis inter contutores, tit. 12, pr. 7, ill. 34, p. 865

Beneficium diuisionis an fideiussoribus tutoris detur, tit. 12, pr. 8, ill. 40, p. 982

Bonorum venditio facta contra latitantem, tit. 6, pr. 4, ill. 5, p. 234

de Bonis paternis origine, factis iam fraternis, tit. pr. 5, ill. 10, p. 251

Bona defuncti fieri bona heredis per aditionẽ, tit. 6. pr. 5 p. 234

Bulla Pij Quinti aduersus illegitimos, tit. 9, pr. 9, ill. 1, p. 402

C.

CÆcus & adoptare & adoptari poteſt, tit 10,pr.1,ill.19,p.509
Calculatores non habent immunitatem à tutela,tit.24,pr.1,ill.9,p.1143
Captiuus nihil vſucapere poteſt, tit.11, pr.8,ill. 26,p.636 teſtamentum facere non poteſt, tit.11,pr.7,ill.10,p.603
Captiuus qui ſua voluntate manſit apud hoſtes,non habet poſtliminium, tit.11, pr.8, ill. 3,p.613
Captiuitatis tempora ex die quo quis captus eſt,iunguntur morti, tit.11, pr.8, illat.2 8, p, 644
Capto ab hoſtibus nepos in ciuitate naſci poteſt,tit.11,pr.7,ill.16,p 606
Captus ab hoſtibus an ſit ſeruus, tit.3, pr.1, ill. 2,p.88
Caſtrati matrimonium contrahere non poſſunt,tit.9,pr.3,ill.1,p.409
Caſtratus adoptare non poteſt, tit.10, pr.1,ill. 6,p.479 manumittere non poteſt matrimonij cauſa,tit.6,pr.7,ill.12,p.273
Caſtrenſe non eſt peculium,quod pater militi filio à caſtris reuerſo donauit, tit.11, pr.6,ill. 18,p.584
ex Caſtrenſibus filij bonis ,nihil patri deberi, tit.11,pr.6,ill.13,p.577
Ceſſio bonorum,tit.6 pr.4,ill.4,p.234
Ciuitatis nobilitas excuſat à tutela, tit.24,pr. 1,ill.2,p.1109
de Clauſula reſcriptorum motu proprio,tit.1, pr.8,conf.3,p.70
de Codicillis ab inteſtato factis per filiumfam. de caſtrenſi peculio,tit.11,pr.9,ill.5, p.656
Codicilli in captiuitate facti an valeant, tit.11, pr.8,ill.10,p.620
de Codicillis factis à deportato in inſulam & poſtea reſtituto,tit.21,pr.3,ill.10,p.550
Cœlibatus odium,tit.6,pr.3,ill.4,p.411
Cognatio per quam capitis diminutionem pereat,tit.16,pr.3,ill.5,p.1065
Cognatio quid ſignificet,tit.10,pr.2,ill.1,p.518
Cognatio quæ quæratur per adoptionem, ibidem
Cognatio de obſequiis parenti aut patrono præſtandis de plano expediri poteſt,tit.5,pr. 3,ill.2,p.194
Collegæ magiſtratuum immunes à tutela, tit. 24,pr.1,ill.3,p.1124
de Computatione dierum datorum ad proponendam excuſationem , tit.24,pr.1,illat.73 p.1134
deConciliatione contrariarum ſententiarum, tit.6,pr.9,ill.2,p.279
Concubinatus quando præſumatur, tit. 9, pr. 6,ill.17,p.470 iure ciuili permiſſus,tit.9,pr. 2,ill.1,p.364
Concubina patris vxor duci non poteſt, tit.9. pr.6,ill.29,p.474
Concubina quid differat ab vxore, tit. 9, pr.5, ill.3,p.440
Conditio ſi nupſerit quando impleta,tit.9,pr. 5,ill.11,p 443,& ſeq.
Conditio inhoneſtarum nuptiarum, tit.9, pr. 6,ill.16,p.469
Conditio illa odioſa eſt quæ inuitat coniuges ad diuortium,tit.9,pr.3,ill.7,p.412
Conſenſus ſilij in nuptiis nepotis, & neptis, tit.9,pr.4,ill.2,p.425,& ill.3,p.426
Conſenſus parentum in nuptiis neceſſariúſne ſit,tit.9,pr.4,p.423
Conſenſus liberorum nuptias contrahentium neceſſarius,tit.9,pr.4,ill.12,p.437
Conſilium quid,tit.6,pr.7,ill.11,p.272
Conſul quando manumittere non poſſit, ibidem
Conſuetudo iniuſta an ius faciat, ibidem
Conſuetudo quid ſit,ibid.
Conſuetudinis quanta ſit vis,tit.1,conſut.2.p.3
autoritas,tit.2,pr.11,ill.1,p.80
Conſtitutionum Principum poteſtas vnde,tit. 2,pr.7,ill.3,p.63,& pr.8,p.65
Conſtitutio Principis facit legem, tit.3,pr.8, ill.1,p.65
Conſtitutio Principis alia perſonalis, alia generalis,ibid.
Continuatio dominij eſt inter defunctum & ſuum heredem,tit.2,pr.5,p.51
Contubernium inter ſeruos, non matrimonium,tit.3,pr.4,p.111
Contubernium quid,ibid.
in Contractibus mutuis pupillus non obligatur,licet alios ſibi obliget, tit.21,pr.1,ill.2, p.1060
Contraxiſſe vnuſquiſque intelligitur in eo loco,in quo vt ſolueret,ſe obligauit,tit.12,pr. 7,ill 44.p.874
Contutores correi debendi quando ſint,tit.12, pr.8,ill.10,p.933
Legis Corneliæ fictio De captiuis, tit.11,pr.9, p.647
lex Cornelia de poſtliminio reuerſis, tit.11,pr. 7,ill.19,p.608
Crimen & actio ſuſpecti vnde, tit.21, pr.7,ill. 65,p.890
Crimen ſuſpecti etiam cadit in curatorem ventri,datum,tit.25,pr.1,ill.5,p.1158
de Curatoribus,tit.23,pr.1,p.1081
Curator datur rebus, non perſonæ, tit.23,pr.1, p.1082
Curatores à quibus dentur,tit.23,pr.2,p.1083
an dentur teſtamento,ibid.
Curator non datur adoleſcenti inuito, niſi in litem,tit.23,pr.3,p.1085 ad certam cauſam dari poteſt,tit.23,pr.4,p.1086

Curator dari potest ad litem duntaxat, tit. 23, pr.4,ill.1,p.1086
qui Curatores esse non possint, tit. 12,pr.4, ill. 18,p.783
Curator dandus est pupillo qui cum tutore suo litigat,tit.12,pr.1,ill.8,p.691
Datur in litem præsenti ac præsens,tit. 12,pr. 1,ill.6,p.692
Curator datus pupillo in omnes lites, tit.12, pr.1, ill.10,p.694
Curator an dari possit à patre puberi maiori 25,annis,tit.12,pr.3,ill.13,p.771
Curator etiam post impletam legitimam ætatem dementi vel furioso tribui solet, tit.12, pr.3,ill.14,p.775
Curator furiosi possitne restitutionem postulare,tit.12,pr.3 ill.15,p.776
Curator furiosi dementis,prodigi,tit. 12, pr.3, p.753
Curator furiosi interdum eius bona non administrat,tit 12,pr.3,ill.4,p.762
Curator furiosi quomodo huius bona alienare possit,tit.12,pr 3,ill.9,p.764,& p.766
Curator furiosi potest ipsius nomine agnoscere bonorum possessionem,tit.12,pr.3,ill.10, p.777
Curator furiosi datus à patre cõfirmandus est sine Inquisitione, tit.12, pr. 3,ill. 21,p. 778
Curator furioso non datur sine causæ cognitione plenissima;tit.12. pr.3,ill.6,p.759
Curator furiosi satisdare tenetur, tit.12, pr. 3, ill.7,p.760
Curator in testamento à patre dari non potest tit.12,pr.1,ill.31,p.713
Curatorventri dari potest,tit.12,pr.4, ill. 8, p. 781
Curator temporarius dari potest tit. 12, pr. 4, ill.12, p.783
Curator suspectus accusandus & remouẽdus, tit.25,pr.1,ill.4,p.1157
Curator in litem frustra petitur cùm pupillus plures habet tutores, tit.12, pr.1. ill.46,p. 729
Curator inutiliter à patre datus periculum an præstare teneatur,tit.12,pr.7,ill.31,p.862
Curator pro minore non tantum dotem dare debet,sed etiam impendia ad nuptias, tit. 12,pr.7,ill.49,p.879
Curatori an succurrendum qui supra vires patrimonij puellę promisit dotem, tit.12, pr. 7,ill.40,p.869
Curatores non tenentur pro tutoribus antecedentibus, nisi quatenus negligentes fuerunt in exigendo, tit. 12, pr. 7, ill. 61, p. 888
sine Curatoris autoritate adulta nubere potest,tit.9,pr.4,ill.18.p.434
Curator non potest dari pupillo, ob id solùm quod eius tutor absit. tit. 12.pr.4,ill.14, p.786
Curator bonis datus an omnes actiones exercere possit tit.12,pr.3,p.758
Curator non tantum bonis, sed etiam personę furiosi datur tit.12,pr.3,ill.13,p.760
Curatoris furiosi potestas quanta, tit. 12, pr.3. ill.2.p.760
Curatoribus quando mandandæ actiones aduersus tutorem,tit.12,pr.8,ill.1.p.918
Curatorem liberis mater petere debet, tit. 12, pr.5, ill.2,p.796

D.

DAmnato in metallũ nihil relinqui potest extra causam alimentorum tit.11.pr.5.ill. 4,p.557
quod Damnum non præstet pupillo tutor tit. 12.pr.7.ill.26.p.859
Debitori quodammodo seruus erat creditoris.tit.3,pr.2,illat.8,p.96
Debitor pupilli tutor esse potest. tit.12, pr. 6, ill.10,p.816
Debitor pupillaris soluens tutori liberatur,tit. 12.pr.7.ill.43.pag.871
Debitor soluens tutori remoto non liberatur tit.25.pr.3,ill. 2,p.1150
Decuriones an possint tutorem dare,tit.12,pr. 4,ill.17,p.788
Dediti à captiui; quomodo differant, tit. 12, pr.8,ill.1,p.632
Defensores ciuitatum ius habent dandi tutores,tit.12,pr. 4,ill.4,p.780
qui Deficiunt an capite minuantur tit. 16. pr. 1,ill.21,p.1061
Delicta turpia iure gentium publicè vindicanda sunt.tit.2,pr. 4,ill.7,p.44
Dementia quid tit.12,pr.3, p.753
per Deportationem an dissoluantur obligationes,tit.11,pr.3.ill.4,p.540
Deportationem & restitutionem tutoris quid sequatur,tit 11,pr.3,ill.5,p.544
Deportatio filij non obstat nepoti, tit.11,pr. 2, ill.2.p.535
Deportatus ex annotatione Præsidis,tit.11,pr. 3, ill.6,p.545
Deportatum non simpliciter habendum pro mortuo,tit.11, pr.3,ill.1
Deportatione an amittatur libertas,tit. 16,pr. 1.ill.3,p.1054
Deportandi ius cur non fuerit penes Præsides, tit.11.pr 4.p.552
Differentia inter captiuum & Deportatum. tit.17,pr.7.ill.2. p.596
Dignitas non soluit patriam potestatem, t.11. pr.6.p.559
Dignitatis mutatio an sit capitis diminutio, tit.16,pr.1,ill.6,p.1057

Dignitatis gradus seruandi in contrahendis nuptiis, tit. 9. pr. 6. ill. 26. p. 473.

Diligentia per tutores in rebus pupillaribus adhibenda. tit. 12. pr. 7. p. 834.

Diminutionis capitis definitio, tit. 16, pr. 1. p. 1051

Diminutio capitis maxima quibus modis incurritur, tit. 16, pr. 1. ill. 2, p. 1052

Diminutio capitis minima quæ, tit. 16. pr. 1. ill. 4. p. 1055

Per Diminutionem capitis minimam non amittuntur ea quæ sunt iuris publici, tit. 16, pr. 1, ill. 10, p. 1061

omnis Diminutio capitis est Iuris ciuilis, tit. 16. pr. 3. p. 1064

Diminutione capitis quæ obligationes intercidant, tit. 16. pr. 3, ill. 1, p. 1064

Distractio prædiorum minoris, tit. 5, pr. 2, ill. 5, p. 194

de Diuortiis, tit. 9, pr. 3, ill. 16, p. 417

Diuortij solennitas, tit. 9, pr. 5, ill. 20, p. 452

Dolus tutoris plectendus, tit. 25, pr. 1, ill. 2, p. 1162

Domicilij translatio excusat à tutela, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1106

Dominorum sæuitia coercetur, tit. 7. pr. 4, ill. 1, p. 286, & p. 288

Domini eiusdem rei in solidum plures esse nõ possunt, tit. 2, pr. 4, ill. 5, p. 42

Dominium bonitarium, tit. 12, pr. 8, ill. 58, p. 1018

Donatio facta vxori antequam in domum mariti deduceretur, tit. 9, pr. 5. ill. 13. p. 446

Donationes inter coniuges prohibitæ, tit. 9, pr. 3, ill. 24. p. 422.

Dos filiofam. data non est in peculio castrensi, tit. 11. pr. 6, ill. 15, p. 578

Dotis causa perpetua, tit. 9. pr. 3, ill. 8, p. 412

Dotem succedere loco alimentorum, tit. 12, pr. 7, ill. 20, p. 856.

E.

EDicta prætorum anima, tit. 2, pr. 10 p. 74

Edicta prætorum minoris potestatis fuerunt quam senatusconsulta, tit. 2, pr. 10, p. 74

Edicta prætoris omnia æquitate nituntur, tit. 2, pr. 10 ill. 5, p. 77

Edictum de Separationibus, tit. 6, pr. 5, ill. 3. p. 237. & seqq.

Edicti prætorij De capite minutij necessitas & ratio, tit. 16. pr. 1, ill. 7, p. 1058, & p. 1062

Edictum de Capite minutis an hodie locum habeat, tit. 16. pr. 1, ill. 9, p. 1060

de Emancipatione, titulo, 11, pr. 10. pagina, 665

per Emancipationem noua familia acquiritur, titulo, 11, pr. 10, illatio, 1, pagina, 665

per Emancipationem vinculum pietatis dissoluitur, tit. 11, p. 10, ill. 3. p. 666

Emancipatio non tollit ius filij, & cur. tit. 2. pr. 3, ill. 1, pag. 36

Emancipatio tollit Ius sui hæredis, tit. 2, pr. 3, ill. 1, p. 36

Emancipatus reuerti potest in patriam potestatem per adoptionem, tit. 10. ill. 23, pag. 512

Emancipatio non potest impugnari à patre, tit. 10, pr. 4, ill. 9, p. 526

de emptoribus rerum quæ publicè venduntur, tit. 6, pr. 4, ill. 5, p. 234

Επιτροπὸι curatores Græcis dicuntur, tit. 12, pr. 8, ill. 13, p. 936

Error an ius faciat, tit. 1, confut. 1, p. 3

Exceptio doli datur contra pupillum ex dolo tutoris, tit. 12, pr. 6, ill. 4, p. 804

Exceptio ex iureiurando filij patri acquiritur, tit. 8. pr. 7, illat. 13, p. 330

Excusationum varia genera, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1092

Excusatio ob liberos quando competat, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1092

Excusatio ob vtilitatem pupilli, tit. 24, pr. 1, ill. 4, p. 1125

Excusatio ob ætatem, tit. 24, pr. 1, ill. 4, p. 1126, & seq.

Excusatio, ob paupertatem, tit. 24, pr. 1, ill. 4, p. 1128

Excusatio ob valetudinem tit. 24, pr. 1, ill. 4, p. 1128

Excusatio ob litem cum pupillo, tit. 24, pr. 1, ill. 4, p. 1129

Excusatio ob inimicitias, tit. 24, pr. 1, ill. 4, p. 1130

Excusatio ob imperitiam & rusticitatem, tit. 24, pr. 1, ill. 4, p. 1131

Excusatio ob diuersitatem conditionum, tit. 24, ill. 5. p. 1132

Excusatio ob pœnam, tit. 24, pr. 1, ill. 6, p. 1133

Excusatio ob militiam, tit. 24, pr. 1, ill. 3, p. 1114

Excusatio ob dignitatem tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1142

Excusatio ob immunitatem Collegio concessam, tit. 24, pr. 1, ill. 1, p. 1123

Excusatio non competit ei qui conduxit vectigalia, tit. 24, pr. 1, ill. 9, p. 1144

Excusatio ob tutelas, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1098

Excusatur à cura qui tutelam pupilli gessit, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1110

Excusatur à tutelâ qui Reip. nauat operam, tit. 24, pr. 1, ill. 3, p. 1111

excusationis proponendæ intra legitimum tempus necessitas, tit. 24. pr. 1, 2 ill. 7, p. 1134.

Non Excusatur à tutelâ qui ignotus fuit patri pupilli, tit. 24, p. 1146
Excusationis proponendæ forma, tit. 24, pr. 1, ill. 7, p. 1138
Excusantur à tutela, quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit, tit. 24, pr. 1, ill. 3, pag. 1125
ad Excusationem non prodest, si magistratus se fecerit obnoxium periculo tutelæ, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1105
Excusatio non est admittenda nisi sit ex iure, tit. 24, pr. 1, ill. 9, p. 1141
Excusati à tutela non necesse habent petere pupillis tutorem, tit. 12, pr. 5, ill. 9, p. 803
Excusantur à tutelâ qui in castris merent, tit. 24, pr. 1, ill. 3, p. 1118
Expilatio substantiæ pupillaris, tit. 12, pr. 2, ill. 65, p. 891
Excusantur à tutela, qui literas profitentur, tit. 24, pr. 1, ill. 3, p. 1120

F

FAlcidia exercetur in testamento eius qui apud hostes decessit, tit. 11, pr. 9, ill. 6, p. 662
Familia vna est mariti & vxoris, tit. 9, pr. 3, ill. 10, p. 413
Fauor Reip. potior est fauore libertatis, tit. 6, pr. 7, p. 276
in Fauorem constituta, non sunt retorquenda in odium, tit. 4, pr. 5, ill. 2, p. 148
Fauor posthumorum quantus, tit. 4, pr. 3, ill. 3, p. 134
Fictio nulla inducitur nisi ex necessitate, tit. 4, pr. 3, p. 133
Fictio nati partus cur inducta, tit. 4, pr. 3, p. 133
Fictionum legis Corneliæ & postliminij differentia, tit. 11, pr. 9, ill. 11, p. 664
ex Fictione legis Corneliæ quæ pendeant, tit. 11, pr. 9, ill. 12, p. 664
Bona fides quid, & quomodo cum æquitate consentiat, tit. 1, pr. 2, illat. 1, pag. 5
de Fideiussoribus tutorum, & curatorum, tit. 12, pr. 8, ill. 37, 38, p. 980, 981
Fideiussores tutoris quas reputationes habeant, tit. 12, pr. 8, ill. 39, p. 981
Fideiussor liberatur per solutionem tutoris, tit. 12, pr. 8, ill. 43, p. 984
Fiduciarius tutor, tit. 12, pr. 2, ill. 4, p. 747
Filijfam. nomen est ciuile; filij naturale, tit. 10, pr. 1, p. 476
Filiusfam. qui vxorem duxit cogente patre, matrimonium contraxit, tit. 9, pr. 5, ill. 12, p. 450
Filij naturales inuiti non rediguntur in patriam potestatem, tit. 8, pr. 1. ill. 5, p. 293
Filius per emancipationem amittit nomen filij, tit. 8, pr. 1, ill. 6, p. 293
Filiusfam. stipulari potest à patre ex causa peculij castrensis, tit. 11, pr. 6, ill. 19. pag. 585
Filius capti ab hostibus quomodo nuptias cõtrahere possit, tit. 9, pr. 4, ill. 5, p. 428, & seqq.
Filius emancipatus sine consensu patris vxorẽ ducere potest, tit. 9, pr. 4, ill. 7, p. 433
Filius expositus an possit vxorem ducere sine consensu patris, tit. 9, pr. 4, ill. 13. p. 439
Filio etiam exheredato tutor à patre dari potest, tit. 12, pr. 1, ill. 29, p. 711
Filius migratus reuocari potest in patriam potestatem, tit. 8, pr. 5, ill. 2, p. 308
Filius citra ingratitudinem non potest reuocari in patriam potestatem, tit. 8, pr. 5. ill. 3, p. 310
Filiusfam. integram personam habet, tit. 8, pr. 6, p. 311
Filiusfam. non est in dominio patris, tit. 8, pr. 6, ill. 1, p. 311
Filiorum distractio prohibita, tit. 8, pr. 6, ill. 2, p. 312
Filiusfam. in publicis causis non sequitur ius patriæ potestatis, tit. 8, par. 6, ill. 3, p. 313
Filiusfam. munerum capax est, etiam inuito patre, tit. 8, pr. 6, ill. 4, p. 313
Filiusfam. non potest cogi vxorem ducere, tit. 9, pr. 4, ill. 10, p. 271
Filius patri etiam ignoranti acquirit, tit. 8, pr. 7, ill. 3, p. 421
Filio adrogato substitui potest pupillariter, tit. 10, pr. 1, ill. 14, p. 503
Filio priuilegia in honorem patris concedi, tit. 8, pr. 7, ill. 16, p. 332
de Filiofam. milite qui decessit intestatus superstite matre, tit. 11, pr. 6, ill. 5, p. 563
de Filiofam. milite diuidente cum fratribus bona patris defuncti, tit. 11, pr. 6, p. 564
Filiusfam. tanquam paterfam. ex omnibus causis obligatur, tit. 8, pr. 6, ill. 5, p. 314
Filiusfam. procurator constitui potest, tit. 8, pr. 6, ill. 6, p. 215
Filijfam. militis intestati bona quomodo ad patrem pertineant, tit. 11, pr. 6, ill. 1, p. 560
Filiofam. pater an donare possit, tit. 8, pr. 6, ill. 10, p. 328
Filiusfam. exercere potest actiones patri competentes, tit. 8, pr. 7, ill. 11, p. 329
Filiumfam. patri curatorem dari posse, tit. 8, p. 7, ill. 12, p. 329
Filiumfam. patri curatorem dari posse, tit. 8, p. 7, ill. 12, p. 329
Filiusfam est capax acquisitionis, tit, 8, pr. 6, ill. 9, p. 317
de Filiofam. milite instituto à commilitone, tit. 11,

Digitized by Google

tit.11,pr.6,ill.9,p.565
Filiusfam in peculio caſtrenſi patrisfam. iure cenſetur,tit.11,pr.6,ill,11,p.567
de filiofam. milite qui poſt extraneum inſtitutum deceſſit ſuperſtite patre, tit.11,pr.6, ill.12,p.568
Filiusfam.ſi factus ſit ſeruus, deſinit eſſe in patris poteſtate,tit.8,pr.4,ill.1,p.304
Filiumfam.nihil proprium habere poſſe,tit.8, pr.3,ill.4,p.300
Filiusfam.an habeat teſtamenti factionem, tit. 8,pr.3,ill.4,p.302
de filiofam.defuncto apud hoſtes, tit. 11, pr.9, ill.10,p.665
Filiusfam. liberam bonorum adminiſtrationem nanciſcitur, mortuo patre, tit. 11,pr.1, ill.1,p.531
Filiusfam. nunquam poteſt eſſe tutor legitimus,pr.10
Filiumfam.iam olim fuiſſe ſucceſſionis capacem,tit.11,pr.10,p.675
Filiusfam. tutor dari poteſt, tit.12,pr.1,ill.16, p.704
Filiusfam.an ſit liber,tit. 3, pr. 2 ill. 18, p. 101
Filiusfam. per mortem aut deportationem patri capite nō minuitur,ti.16,pr.1.ill.8,p.160
Filiusfam miles in adoptionem dari poteſt,tit. 11.pr.6,ill.14,p.578
de Filiofam.milite ab hoſtibus capto, & apud eos defuncto,tit.11,pr.6,ill.16,p.580
Filiusfam vxorem ducere poteſt,ſi pater captus ſit ab hoſtibus,ſine patris cōſenſu,tit.11, pr. 7,ill.5,p.597
Filiusfam.miles an alienare poſſit ſine patre, tit.11,pr.6,ill.25,p.392
Filiusfam. transfugā non poteſt poſtliminio reuerti,tit.11,pr.7,ill.17,p.606
Filius cui acquirat durante patris captiuitate, tit.11,pr.7,ill.6,p.597
Filius habet rerum caſtrenſium perſecutionem etiam inuito patre,tit.11,pr.6,ill.7,p.564
Filij in bello amiſſi quomodo proſint ad immunitaté pręſtandā,tit.24,pr.1,ill.2,p.1095
de Filio impubere defuncto in ciuitate ante patrem iam tum ab hoſtibus captum, tit.11, pr.9,p.663
Filius ſuſceptus, apud hoſtes, ſi poſtliminio redierit iura filij habet, tit.11, pr. 7,ill.11,p. 604
Filius non poteſt cogere patrem vt ſe emancipet,tit.10,pr.1,ill.26,p.514
de Filio capto & mortuo apud hoſtes, cui pater ſubſtituerat,tit.11,pr.9,ill 8,p.663
Filio non datur bonorum poſſeſſio contra tabulas matris,tit.8,pr.8,ill 5,p.334
Filius captiui nullam hæreditatem acquirere poteſt,tit.11.pr. 7,ill, 9,p 598
Filius defunctus in ciuitate, cùm pater eſſet apud hoſtes,paterfam.deceſſit,tit.11,pr. 7, ill. 3,p.596
Filia vxoris quōdam meæ,vxor à me duci non poteſt,tit.9,pr. 6,ill.8,p.466
Filia adoptiua nequidem poſt emancipationem vxor duci poteſt,tit. 9,pr. 6,il.5,p.462
ad vnum finem inducta, non debent operari contrarium,tit.4,pr.5,p.147
Fœminas non poſſe adoptare,tit. 8, pr.8,ill.6, p.334
Fœminarum familiæ & agnati, tit.8, pr.8,ill.6, p.334
Fœminas non habere ſuos hæredes,tit.8, pr. 8, ill.3,p.333
Fœminæ non poſſunt adoptare:tit.10,pr.1, ill. 31,p.517
Fœminis denegatur ius poteſtatis, tit. 8, pr.8, p.332
Fœminarum liberi in earum familia non ſunt,tit.8,pr.8,p.333
Frater an poſſit excuſari à tutela,tit. 24, pr.1, ill.7,p.1141
Fraus quæ impediat libertatem, ex lege Aelia ſentia,tit.6,pr.2,p.208
Frigidi qui,tit.12,pr.3,ill.2,p.410
Furor quid,tit.9,pr 3,p.753
Furor impedit matrimonium, contractum tamen non diſſoluit tit.9,pr.5,ill.14,p.447
Furioſa non poteſt repudiare maritum, tit. 12, pr.3,ill.16,p.776
Furioſi fratris frater emancipatus curator eſt legitimus,tit.12,pr.3,ill.17,p.776
Furioſus an ſit ſemper in curatione,tit.12, pr. 3,ill.18,p.777
Filiofam. furioſo habenti peculium caſtrenſe an curator,dari poſſit,tit.12,pr.3,ill.19,p.777
Furioſus an purè tutor dari poſſit, tit.12, pr.1, ill.40,p.723
Furioſus tutor dari non poteſt niſi ſub conditione,tit.12,pr.1,ill.20,p.705
Furioſus,aut prodigus an habeat tacitam hypothecam in bonis curatoris, tit.12 ,pr.3,ill. 11,p.767
Furioſi filius an poſſit patri curator dari,tit.12, pr.3,ill.11,p.767
Furioſi filius an poſſit patri curator dari, tit. 12 pr.3,ill.3,p.762
Furtiua res facta eſt quæ à latronibus capta eſt, tit.11,pr.8,ill.24,p.635
Lex Fuſia Caniuia,& eius ratio,tit 6,ill 1

H

HEres ſuus,tit.8,pr.7,ill.4,p.323
Hereditas eſt nomen iuris ciuilis, tit. 2, pr.5,ill.3.p.48
Hereditas quando conuertitur in bona vacantia,tit.2,pr.5,p.54
Hereditas in codicillis dari non poteſt, tit.6, pr.6,ill.3,p.259

Hereditatem omnem videri soluendo quæ habet heredem, tit. 6, pr. 5, ill. 1, p. 236
Hæreditas semel adita repudiari non potest, tit. 6, pr. 5, ill. 8, p. 233. & seq.
Hereditas non potest restitui pupillo ex Trebelliano sine tutoris autoritate, tit. 21, pr. 1, ill. 11, p. 1074
Heres retinere potest ea quæ in remunerationem tutelæ fuerant legata tutori se excusanti: p. 1150
Hereditas per seruum acquiritur domino, tit. 7, pr. 3, ill 3, p. 284
de Hereditate matris delata filio fam. militi, tit. 11, pr. 6, ill. 4 p. 562
Homines aut ciues Rom. sunt aut peregrini, tit. 9, pr. 2, ill. 1, p. 361
Hominum nullam differentiam esse iure naturali, vel ciuili, sed tantùm iure gentium, tit. 3, pr. 1, p. 83
Honestas in matrimoniis contrahendis consideranda, tit. 9, pr. 6, ill. 2, p. 460
Hostibusediti etiam postliminio reuertiposſunt, tit. 11, pr. 8, ill. 1, p. 611

I

Illegitimi an legitimos liberos habere possint, tit. 9 pr. 2, ill. 1, p. 404
illegitimi liberi nullos habent agnatos, tit. 9, pr. 2, ill. 1, p. 389
imperitia non nimia excusat iudicem malè iudicantem, tit. 2, pr. 4, illat. 2, p. 21
incestum quid & quotuplex, tit. 9, pr. 6, ill. 22, p. 471
de incesto ciuili, tit. 9 pr. 1, ill. 5, p. 338
infamia tutoris suspecti & remoti, tit. 25, pr. 1, ill. 6, p. 1160
infans quis, tit. 12, pr. 6, ill. 8, p. 814
ingenui definitio, tit. 4, pr. 1, p 122.
de ingenui hominis manumissione, tit. 4, pr. 5, ill. 1, p. 148, & pr. 6, ill. 1, ibid.
de ingenuo manumisso, tit. 4, pr. 4, pr. 145
ingenuitatem à matre pendere, non à patre, tit. 4, pr. 2. p 127
ingenuus quis nascitur etiam ex serua, tit. 4 pr. 2, p 128.
ingenuus manumissus, tit. 5, pr. 2, ill. 2, p. 161
ingenuus non potest dari tutor pupillo libertino, tit. 12, pr. 4, ill. 21, p. 792
de fauore ingenuitatis, tit. 4, pr. 1, ill. 1, p. 125
ingenuitatem non acquiri ex aduersarij penuria, tit. 4, pr. 2, ill 1, p. 128. & seqq.
ingenuitatem non acquiri per adoptionem. tit. 4 pr. 2, ill. 2, p. 132
iniuriam vxori factam marito quoque factam videri tit. 9, pr. 3, ill. 22, p. 421
inquisitio facienda est etiam in senatorem qui tutor datur, tit. 12, pr. 4, ill. 16, p 282
inquilinatus excusat à tutela, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1107
de institutione nepotis ex filio captiuo, tit. 11, pr. 7, ill. 7, p. 598
institutionis heredum necessariorum antiquitas, tit. 6 pr. 4, ill. 2, p. 233
de interdictione aquæ & ignis, tit. 16, pr. 1, ill. 3, p. 1053
interdictionis factę prodigo effectus, tit. 12, pr. 3, ill. 8, p. 760
interpretum iuris neotericorum autoritas, tit. 2, pr. 9, ill. 3, p. 73, & conf. 1, ibid.
interpretes ij peccant qui respondent contrà quàm à veteribus iuris conditoribus responsum est, tit. 2, pr. 9, conf. 1, p. 73
interpretum iuris audacia in supplendo, ibid.
intentio seu finis dicti scriptiue semper spectari debet, tit. 4, pr. 5, ill. 3, p. 148
interdictio facta prodigo, vnde, tit. 12, pr. 3, p. 753
inuentarij confectio an remitti possit, tit. 12, pr. 7. ill. 7, p. 842
inuentarij confectio quibus incumbat, tit. 12, pr. 7, ill. 7, p. 843
ius vnde & quot modis dicatur, tit. 1, pr. 1, p. 1
iuris quotuplex consideratio ibid. illius quæ sint præcepta illat. 5. ead pag.
iuris definitio, tit. 1, pr. 2
ius naturale quid, tit. 2, pr. 1, p. 31
iuris naturalis essentia, tit. 2, pr. 2, p. 32
ius naturale & ratio naturalis quo differãt, ibid.
ius naturale quomodo differat à iure gentium, tit. 2, pag. 35, & p. 36
ius naturale aliud primæuum, aliud secundarium, tit. 2, conf. 1, p 35
ius naturale quatenus immutabile, tit. 2, pr 3, p. 35
ius gentium quid sit, tit. 2, pr. 4, p. 36
iuris gentium, esse non nulla quæ tamen apud omnes gentes non obseruantur, tit. 2, pr. 4, ill. 1, p. 20
iure gentium furta sunt prohibita, tit. 2, pr. 42 ill. 6, p. 48
iure gentium numerus introductus est, tit. 2, pr. 4, ill. 3, p. 41
ad ius gentium qui contractus referantur, tit. 2, pr. 4, ill. 2, p. 40
iuris gentium quænam dicantur esse origine, quod ad solennitates iuris ciuilis, tit. 2, pr. 5. conf. 1, p 57
ius ciuile quid sit, tit. 2, p. 46
ius ciuile multipliciter dicitur, tit. 2, pr. 6, p. 60
iuris ciuilis diuisio ab Vlpiano allata reprobatur, tit. 2, pr. 6, p. 60
ius ciuile vnde æstimandum sit. tit 1, pr. 5, p 45
ius habendi heredem ab intestato est ciuile, tit. 2, pr. 5, ill. 2, p. 47.
ius prætorium viuam esse vocem iuris ciuilis, tit. 2, pr. 10, ill. 4, p. 77

ius gentium aliud primæuum, aliud ſecundarium tit.1,pr.4,conſ.1,p.45
ius ciuile quotuplex tit.2,pr.6,p.57
ius omne hominum gratia conſtitutum eſt, tit.2,pr.12,p.82
ius ſuccedendi publicum eſt,tit.2,pr.5,p.54
ius publicum in quibus cõſiſtat, tit.2,pr.5,p.28 quot modis dicatur,ibid.
ius duplex, publicum & priuatum,tit.1,pr.3,p.28,& pr.5,p.28
iuris publici quanta ſit vis & poteſtas,tit.1,pr.5,ill.1,p 30
iudæi an poſſint eſſe tutores,tit.24, pr.1, ill.9, p 1143
iudices qui dari non poſſint, tit.1, pr.4, ill.6, p.24
iudicis recti, quanta debeat eſſe conſtantia, tit.1,pr.4,ill.7,p.25
iudici cauendam præcipitationem, tit.1,ill.8, p.26
iudicium in inuitum reddi poteſt, tit.1, pr.4, ill.9,p.26
iudex aliquando poteſt & debet priorem mutare ſententiam,tit.1,pr.4,conſ.1,p.27
iudices peccare qui ſecuti communem opinionem, contra leges iudicant, tit.2, pr.9, conſ.3,p.73
iudex litem ſuam facit,qui per ſordes,aut gratiam, aut etiam imperitiam inexcuſabilem male iudicat.tit.1,pr.4,ill.1,p 21
iudicare in ſua cauſa nemo debet, tit. 1, pr.4, ill.3,p.22
iudicati actio datur contra filiumfam. tit 8,pr.6,ill.11,p.319
iudicium rerum amotarum, tit.9,pr.3, ill.13,p.412
iuris conſtituti ratio eſt ſemper aliqua, quæ à perito Iuriſconſulto reddenda eſt,tit.1,pr.2, ill.5,p.9,& 10
philoſophiæ & bonarum literarum imperitus, bonus Iuriſconſultus eſſe non poteſt, tit.1,pr.3,conſ.11,p.19
iuriſconſultus perfectus quis dicendus, tit.1,p.3,ill.3,p.18
iuriſconſultus hæreticus, bonus iuriſconſultus eſſe non poteſt,tit.1,pr.3,conſ.1,p.18
iuriſconſulti munus eſt vt de iure reſpondeat, non de facto,tit.1,pr.2,ill.7, p 11
iuriſprudentia an ſit ars vel ſcientia, tit. 1,pr.2,ill.5,p.8
iuriſprudentia ſua habet principia,ibid.
iuriſprudentiæ definitio,tit.1,pr.3,p.16
de iuriſprudentia Romanorum ciuili & Pontificia coniungenda, tit.1,pr.3,ill.1,p.16
iuriſprudentiæ ſacra & ſanctitas,ibid.
iuriſprudentia vera philoſophia.ibid.
iuriſdictio contentioſa ſummaria, tit.5,pr.4, conſ.1,p.195
iuriſdictionis voluntariæ quæ ſunt, non contentioſæ de plano expediri poſſunt, tit.5,pr.4,p.193
ius ſuum non ſemper cuique reddendum eſſe, tit.1,pr.4,conſ.2,p.28
ius prætorium,tit.2,pr.10,p.73
iuris ſcripti definitio explicatur, tit.2, pr.11,p.78,& 79
de iuris non ſcripti extenſione ad caſus ſimiles,tit.2,pr.11,ill.2,p.81
ius non ſcriptum,tit.2,pr.11,p.78
ius eſt perpetuum, tit.2, princ.10, pag.74, & 75
ius ſcriptum quodnam dicatur, tit.2,pr.6,p.57,& 58
ius dici non poteſt, quod iniquum eſt, tit.1, ill.2,p.2
iure ipſo fieri quid ſit, tit. 2, princ. 5, illat. 3, p.49
iuris diuiſio ex materia circa quam, tit. 2, pr.6,p.61
ius ex ratione æſtimandum eſſe, tit.1, illat.3, p.2
ius an opinione conſiſtat,tit.1,conſ.3,p.4
Iuſtinianus reprehenſus, tit.6,pr.6,ill.3,pag.259
iuſtitia circa quæ verſetur,tit.1,ill.1,p.1
iuſtitia vbi non eſt, ibi nec ius, tit.1,illat.2, pag.2
iuſtitiæ definitio,tit.1,pr.4,p.19

L.

LAtitantis animus quærendus, tit.4, pr.6. ill.3,p.149
Legata non valent, per quæ ius libertatis infringitur, tit.32 princ.2, illat.13, pag.98, & 99
Legatum quod nondum debetur repudiari non poſſe,tit.4,pr.4,ill.2,p.147
Legatum, cuius conditio defecit, repudiari nõ poſſe,tit.4,pr.4,ill.3,p.147
Legatum an capitis diminutione legatarij intercidat,tit.16.pr.3,ill.4,p.1015
Legatum relictum ſub conditione nuptiarum, tit.9, pr.5, ill.2,p.440
Legatorum nomine nemo tenetur ſupra vires hereditarias,tit.11,pr.6,ill.23,p.589
Lex quid,tit.2,pr.7,p.61
Legis poteſtas in ciues quanta,tit.2,pr.7,illat.1,p.61
Lex generalis eſſe debet, tit.2,prin.7, illat.4, p.64
Lex differt à conſtitutionibus Principum generalitate,ibid.
Leges quomodo iuris publici, tit.1,pr.5,p.28 & ſeq.
Leges & ſuffragio populi, & tacito conſenſu

abrogantur,tit.2,pr.7,ill.5,p.64
Lex iniqua pugnat cum definitione iuris, tit. 1.pr.2,p.14
Legis virtus & imperium, tit.2,pr.7, illat.1,p. 62
Leges aliæ perfectæ,aliæ imperfectæ, tit. 2,pr. 7,ill.2,p.63
Legis actiones quæ,& vnde dictæ, tit. 6, pr.7, ill.14,p.275
Lex regia,tit.2,pr.8,p.65
Legitima tutela ibi quærenda,vbi est legitima hereditas,tit.15,pr.1,ill.2,p.1047
Legitima tutela vnde dicta, tit.15, pr.1, ill.1,p. 1047
Legitimus tutor excluditur, quandiu speratur testamentarius,tit.15,pr.1,ill.3,p.1047
Legitima tutela hodie etiam cognatis defer- tur,tit.15,pr.1,ill.6,p.1049
Legitima tutela olim etiam ad pupillum de- ferebatur tit.15,pr.1,ill.7,p.1050
Legitimus tutor,etiamsi testamentum factum sit,quando detur,tit.15,pr.1,ill.8,p.1050
Legitimæ tutelæ quando locus,tit.18,pr.2,ill. 7,p.750
Legitima tutela amittitur per capitis dimi- nutionem, tit.15,pr. 1,ill.9,p.1051,tit.16,pr. 3,ill.4,p.1065
Liber homo ex pacto seruus fieri non potest, tit. 3, pr.1,ill.3,p.108
Liber homo oppignerari non potest, tit.3, pr. 4,ill.3,p.118
Liberi hominis nullum est commercium,tit.3, pr.4,ill.3.p.118
qui Liber non est, heres institui non potest, tit.6,pr.6,p.255
Libera testamenti factio per rescriptum Prin- cipis concessa qualis,tit.3, pr.2,ill.11,p.100
Libera est cuique rerum suarum alienatio, tit. 3,pr.2,ill.1,p.91
pro Libero interim habetur, qui status con- trouersiam patitur,tit.3,princ 3,illat.4,pag. 109
Libertatis definitio explicatur,tit.3,pr.2,p.89, & 90
Libertas quam dat manumissor, quæ & qualis sit,t.5,pr.2.ill.6 p.162
Libertas fauorabilis apud omnes gentes, tit.3, pr.2,ill.2,p.92,& ill.4,p.93
Libertatis priuilegia.ibid.
de Libertate data seruo legato, ibid. testa- mentaria,ibid.
Libertas res publica est non priuata,tit.3,pr.2, ill.1,p 91 inter pias causas connumeranda, tit.3,pr.2,ill.1,p.94 est indiuidua,tit.3,pr. 2,ill.6,p.94
de Libertate competente ipso iure, tit.3,pr.2, ill.7,p.95
Libertas inuito dari potest, tit.3,princ.2,illat. 8. pag.95
Libertas testandi pactione tolli non potest, tit.3,pr.2,ill.14,p.99
Libertas naturalis rerum omnium, tit.3, pr.2, ill.12,p.98
Libertas in vltimum vitæ momentum con- ferri non potest tit. 3,ill.17,p.101
Libertatis præstatio nunquam fit dominij translatio,tit.3,pr.2,ill.18,p.101
Libertas in fraudem fisci data rescinditur, tit. 6,pr.2,ill.9,p.215,& seqq.
Liberorum nomen,tit.10,pr.1,ill 3,p.478
Liberi in seruitute suscepti quomodo adopta- ri possint,t.10,pr.1,ill.5,p.516
Libertinorum definitio,tit.5 pr.1,p.152
Libertorum & libertinorum discrimen, tit.5, pr.1,ill.3,p.161
Libertina cuilibet ingenuo nubere potest ex- cepto Senatore,tit.9 pr 6,ill.14,p.469
Libertinus cuius sit libertus, tit.5,pr.2, ill.10, p.183
Libertinus non fit, qui prohibitus est manu- mitti,tit.5,pr.1,ill.23,p.188
Libertorum iura, cum cæteris hominibus li- beris communia,tit.5,pr.2,ill.5 p.162
de Libertorum operis, tit.5,princ.2,illat.12,p. 169
Liberorum & libertorum eadem ratio, quod ad obsequia,tit.5,pr. 2, ill.11,p.169
Liberti ingratitudo vindicanda, tit.5,pr.2,ill. 10.p.169
Libertus non fit domini, qui domino inuito liber factus est,tit.5,pr.2,ill.21,p.187
Libertorum assignatio, titul.5,princ.2,ill.24, p.189
Liberta patrono nupta, inuito eo, alij nubere non potest,tit.9. pr.5,ill.26,p.456
Liberta patroni filia nupta alij nubere non po test,tit.9,pr.5,ill.27,p.456
Lis inter patrem & filium consistere non po- test,nisi de peculio castrensi,tit.8,pr.7.ill.1, p.370
Lis cœpta per curatores ab iis peragenda est, tit.12,pr.7,ill.4,p.836
Lis an possit esse inter coniuges, tit.12,pr.3,ill. 3.p.752
Liberi naturales qui,tit.3,pr.4,p.112
Liberi oneri sunt patri,non auo materno,tit.8, pr.8,ill.2,p.333
Liberi extra iustas nuptias suscepti an sint in potestate patria,tit.8,pr.2,ill.1,p.295
Liberos qui immunitatem præstant viuos esse oportere, titul.24, princ.1, illat. 2,pag. 1094
Libertas citrà manumissionem acquiri potest, tit.5, pr.2,ill.9,p.158
Libertas data in fraudem creditorum quando valeat,tit.6,pr.3,p.225,& p.233

Libertas

Libertas ſerui multis in caſibus impeditur, etiam interueniente manumiſſione. tit.4,pr.1,p.123

Libertas inuito & ignoranti dari poteſt, tit.5, pr.2,ill 22,p.187

Libertas data citra fraudandi conſilium,valet, tit.6,pr.2,ill.2,p.209

ſi Libertas relicta ſit ei qui iuſſus eſt heredi dare tantum,quanti eſt, tit.6,pr.2,ill.3,p.211

Libertas data codicillis quando non valeat, tit.6, pr.2,ill.5,p.213

Libertas data à debitore conditionali etiam interdum reuocatur.tit.6,pr.2,ill.5,p.213

Libertatem reſcindi facilius eſt, quàm reuocari tit.6,pr.1,ill.1,p.203

Libertas directa,& fideicommiſſaria, tit. 6,pr.1,p.204

Libertas data in fraudem creditorum impeditur per l.Æliam Sentiam, tit.6, pr.1,ill.1,p.197,& ſeqq.

Libertas ob inopiam teſtatoris impeditur, tit.6,pr.2,ill.1,p.208

Libertas quando videatur reuocari,tit. 6, pr.1, ill.3,p.208

Libertatis fideicommiſſariæ conditio melior eſt nonnunquam quàm directæ, tit.6,pr.1, ill.1,p.206

Libertas an cõpetat filiofam.tit.3,pr.2,il.18,p.101,& 102

Fauor libertatis ex odio ſeruitutis, tit.3, pr.3, p.105

Libertas ipſa facit,vt non liceat facere id quod eſt cõtra bonos mores,tit.3,pr.2,ill.16,p.100

Libertas per poſtliminium reſtituitur,tit.11,pr.8,p.611

Libertas ſemel data reuocari non poteſt, tit.6,pr.1,p.196

Libertas data ab eo qui non fuit ſoluẽdo valet conſentientibus creditoribus,tit. 6, pr. 2,ill.16,p.224

de libertate data vni,eíque incerto ex duobus idem nomẽ habentibus,tit.6,pr.3,ill.1,p.226

Libertas quæ infamiæ pretio comparetur, tit.6,pr.3,ill.2,p.229

Libertas plena,tit.5, pr.3, p.191

Libertas data in fraudem creditorum, tit. 6, pr.2, ill.11,p. 221

Libertas data per filium volente patre qui non eſt ſoluendo,impeditur,tit. 6, pr. 2,ill.13,p.221

Libertas pro arbitrio manumiſſoris oneranda non eſt,tit.3.pr.2,ill.9,p.96

Liberi duorum fratrum an copulari poſſint, tit.9,pr.6,ill.6.p.465

Libertini an habeant liberos in poteſtate,tit.8,pr.1,ill.8,p.294

qui liberi in patria poteſtate ſint conſtituti, tit.8,pr.2,p.294

M

MAgiſtratus excuſantur à tutelâ, tit. 24, pr.1, ill.3,p.1119

Magiſtratus qui conueniuntur ſubſidiaria actione,tit. 11, pr. 8,ill.45.p.988

Magiſtratus quando conueniendi ob damnum pupillo illatum, tit. 12, pr. 8, ill. 11, p. 934

qui Magiſtratus habeant ius dandi curatorem furioſo,tit. 12. pr.4,ill.7.p.781

qui Magiſtratus ius habeant tutores dandi in vrbe, & in prouinciis, tit.12,pr.4,ill.1,pag. 779

Magiſtratus municipales ius habent dandi tutoris,tit.12,pr.4.ill.2,p 779

Magiſtratus poteſt dare tutorem impuberi ad hereditatem adeundam, tit.12. pr.4, ill.13,p. 783

qui Magiſtratus habeant ius remouendi tutoris,tit.25,pr.4,p.1170

Maleficia ex propoſito & voluntate diſtinguẽda eſſe,tit.4,pr.6,ill.2,p.149

Malitiis non eſſe indulgendum,tit.7,pr.4, ill. 3,p.286

Mancipia vnde dicta,tit.3,pr.1,p.83

Manumiſſio quid,tit.6,pr.7,ill.14,p.275

Manumiſſi in fraudem ciuitatum, non fiunt liberi,tit.6,pr.2,ill.8,p.215

Manumiſſio non ſemper confert libertatem, tit.4,pr.1,p.123

Manumitti quis prohibeatur per l. ÆliamSentiam,tit.6,pr.2,ill.4,p.212

Manumiſſionis definitio,tit.5,pr.1,p.151

Manumiſſio plurium ſeruorum in fraudem creditorum non ſimpliciter impeditur, tit.6,pr.2 ill.14,p.222

Manumiſſus poſteriori loco in fraudem creditorum interdum liber eſt, priori manumiſſo retento,tit.6,pr. 2,ill.15,p.222

Manumiſſio ancillæ matrimonij cauſa, tit.6, pr.7,ill.12, p.273

Manumiſſio alia vera, alia imaginaria, tit.11, pr.10,ill.4,p.668

Manumittere non poteſt minor 20.annis, niſi cauſa cognita,tit.6,pr.2,ill.2,p.207

Manumiſſio vnius ex pluribus ſeruis, quorum optio fuit legata alteri nulla eſt, tit.5, pr.1, ill.5,p.156

Manumittendi poteſtas,tit.5,pr.1,ill.1,p.151

Manumiſſi in ſeruitutem non ſunt reuocandi, tit.5.pr.2,ill.4,p.161

Manumiſſionis ſolennitas, tit.6,pr.7,p.263, & ſeq.

Manumiſſio tacita,tit.5,pr.1,ill.10,p.159

Manumiſſio teſtamentaria minori 20. annis prohibita,tit.6,pr.8,p.276,& ſeq.

Manumiſſio facta per minorem 20. annis, tit.6,pr.7,ill.3,4.5.6

Manumiſſio apud quem fieri poſſit,tit.6,pr.7, ill.8,p.270
Manumiſſio prægnantis matrimonij cauſa,tit. 6,pr.7,ill.13,p.273
Manumiſſio facta procuratoris habendi gratia, tit.6,pr.7,ill.14,p.274
Manumiſſionis cauſa probanda eſt,tit.6,pr.7, ill.14,p.274
Manumittere non poteſt minor 20,annis, ſi vnum tantùm ſeruum habeat,tit.6, pr. 7, ill. 25,p.275
Mariti & vxoris eandem videri perſonam, tit. 9,pr.3,ill.5,p.411
Maritus num poſſit eſſe curator vxoris mente captæ,tit.12,pr.3,ill 5,p.759
Maritus contra leges nemo eſſe poteſt, tit.9, pr.5,ill.17,p.457
Maritus qui abſentem vxorem accepit lugendus,tit.9,pr.5,ill.2,p.442
Marito quæ reuerentia debetur, eadem vxori præſtanda,tit.9,pr.3,illat.21,p.421
Maritos dici dominos,tit.9,pr.3,ill.23,p.421
Matrimonium cur à matre dictum,tit. 9,pr.2, ill.5,p.407
Matrimonium quando conualeſcit ob amiſſam mariti dignitate,tit.9,pr.5,ill.15,p.449
Matrimonium non eſt inter ſeruos, tit.9,pr.1, ill.2,p.335
Matrimonium diſſolui per ſeruitutem coniugis tit.9,pr.1,ill.3,p.336
Matrimonium an ſoluatur per captiuitatem, tit 9,pr.3,ill.15,p.416
in Matrimoniis contrahendis naturalis pudor inſpici debet,tit.9,pr.6,p.458
Matrimonij imago contubernium, tit. 9, pr.3, ill.12,p.414
de Matrimonio Senatoris cum libertina, tit.9, pr.1,ill.6,p.338
Matres an habeant poteſtatem in liberos, tit. 8,pr.1,ill.1,p.292
Matri denegatur ſucceſſio cùm deſerta liberorum tutela ad ſecunda vota conuolat,tit.12, pr 5,ill.8,p.700
Matrem eius quæ mihi ſponſa fuit vxorem ducere non poſſum, tit.9, pr.6,ill.11,p. 467
Mater non niſi inſtituto filio tutorem dare poteſt,tit 12,pr 1,ill.3, ,p.701
Media ſententia ſequenda,tit.6,pr.9,p.278
Melius ſemper eſt quod tutius,tit.9,pr 1,ill.11, p.343
Metalli ſupplicium,tit 11,pr.5,ill.5,p. 558
Metus quid ſit,tit.5,pr.2, ill.1,p.97
Milites ignominioſè dimiſſi non excuſantur à tutela,tit.14,pr.1,ill.3, p.1316
Militibus contra ius non eſſe indulgendum, tit.7 pr.6,p 289
Militia non ſoluit patriam poteſtatem, tit.11, pr.6,p.559
Miles non poteſt tutorem dare ſuis liberis recaſuris in alterius poteſtatem,tit.12,pr.1, ill. 28,p.710
de Milite adrogato,tit.11,pr.6,ill.8,p.565
Minoribus competit actio aduerſus eos qui fideiuſſorem accipere debuerunt, tit. 12,pr.8, ill.45,p.987
Minoris cuius prædium alienatum eſt, an ſit opus reſtitutione in integrum, tit. 12,pr.8, ill 63,p.1025
Minor an poſſit ſocium ad diuiſionem prouocare,tit.12,pr.8,ill.61,p.1021
Minor ſine curatore multa facere poteſt,tit.11, pr 3,ill.8,p.547
Minor vindicans prædium venditum cum decreto an teneatur reſtituere pretium,tit. 12, pr.8,ill.2,p.910
Mulier quinquagenaria an nubere poſſit,tit.9, pr.3,ill 3,p.410
Mulieri luxuriosè viuenti bonis interdici poteſt tit.12,pr.3,ill.1,p.771
de Muliere damnata in metallum & reſtituta, tit.11,pr.3, ill.9,p.549
Mulier ſerua pœnæ effecta,deinde à latrunculis capta,& iure commercij vendita an habeat poſtliminium,tit.11,pr.8,ill.6,p.615
Mulier domicilium mariti ſortitur,tit.9, pr. 3, ill.17,p.418
Mulieres maritorum genere nobilitantur, tit. 9,pr.3,ill.18,p.419
Muliere reuerſa ad eundem virum an ſit idem matrimonium,tit.9,pr.5,ill.24,p.454
Mulier liberto viri coniungi non poteſt,tit.9, pr.6,ill.26,p.474
Mulier à me repudiata an nubere poſſit filio meo adoptiuo,tit.9,pr.6,ill.10,p.467
Municipi tutor non municeps dari poteſt,tit. 12,pr.1,ill.19,p.705
Mulier duos maritos ſimul habere non poteſt, tit.9,pr.3,ill.20,p.420

N.

NAtalium ſignificatio, tit.4, pr. 1, ill.3, p. 125
Natalium reſtitutio,tit.4,ill.4,p.125
Naturales,parentes,liberi qui,tit.3,pr.4,p.112, 113,& 114
de Naturalibus liberis,tit.9,pr.2,ill.1,p.360,& ſeqq.
Naturales filios hodie nullos eſſe tit. 9,pr. 2, ill.1 p.405
Naturali filio tutor dari an poſſit, tit. 12, pr.1, ill.32,p.714,& p.717
male Natus quis dicatur, tit.4,pr.1,ill.2,p. 125
bene Natus quis dicatur,tit 4,pr.1,ill.2,p.125
pro Nato habetur is qui eſt in vtero prius,quã fit natus,l,tit.4,pr.1,p.143
Nepos ex filio per emancipationem patris omnia iura perdit,tit.10,pr. 1,ill.25,p.513

Nepos recidit in potestatem patris sui, mortuo auo, tit. 11, pr. 1, ill. 2, p. 531
Nepos conceptus ante filij emancipationem, nascitur in potestate aui, tit. 11, pr. 10, ill. 8, p. 677
Nepotes naturales, tit. 9, pr. 2, ill. 1, p. 377, & seqq.
Noxalis actio, tit. 7, pr. 3, ill. 4, p. 284
Nūmi æstimatio quotuplex, ti. 2, pr. 4, ill. 3, p. 41
Nuptiarum definitio explicata, tit. 9, pr. 3, p. 408
Nuptiæ prohibitæ senatori quę tit. 9, pr. 1, ill. 7, p. 338
Nuptiæ cum adultera prohibitæ tit. 9, pr. 1, ill. 9, p. 332
Nuptiæ inter compriuignos, tit. 9, pr. 1. ill. 10, p. 339
Nuptiæ inter curatorem & adultam prohibitę tit. 9, pr. 1, ill. 11, p. 339, & seqq
Nuptiæ simulatæ non sunt nuptiæ, tit. 9, pr. 5. ill. 21, p. 453
Nuptiæ inter personas honestate Impares olim prohibitæ, tit. 9, pr. 6, ill. 23, p. 472
Nuptiæ contra leges contractæ, tit. 9, pr. 2 ill. 2, p. 407
Nuptiæ prohibitæ inter præsidem & prouincialem, tit. 9, pr. 1, ill. 12. p. 351, & seqq.
Nuptiæ inter Senatorem & damnatam publice, tit. 9, pr. 1, ill. 13. p. 358
Nuptiæ inter patronum & ignominiosam libertatem, tit. 9, pr. 1, ill. 14, p. 359
Nuptię præsumendę potius quam concubinatus, tit. 9, pr. 5, ill. 18, p. 450
Nuptiæ prohibitæ inter ascendentes & descēdentes, tit. 9, pr. 6, ill. 3, p. 461, & p. 462
Nuptiarum fauor, tit 9, pr. 3, ill. 4, p. 411
Nuptiæ aduersus leges contractæ, tit. 9, pr. 5, ill. 10, p. 443
Nuptiæ inter absentes contrahi possunt, tit. 9, pr. 5, ill. 6. p. 441
Nuptię iustæ quæ, tit. 9, pr. 2, p. 394
Nuptiæ iniustę quæ, tit 9, pr 1, ill 1, p. 335
Nuptiæ cum alumna prohibitæ, tit. 9, pr. 6, ill. 31, p. 475
Nuptiæ ex solo consensu æstimandæ, tit. 9, pr. 2 p. 439 ex concubitu non sunt æstimandę tit 9, pr. 5, ill. 1, p. 440
Nuptiæ inter consobrinos an valeant, tit. 9, pr. 1. ill. 42 p. 337
Nuptiæ ex sola nubili ętate non sunt æstimandæ, tit. 9, ill. 12, p. 446
Nuptiæ contractæ contra Principum mandata quomodo validentur, tit. 9, pr. 5, ill. 10, p. 442
Nuptiæ curatoris & adultæ prohibitæ, tit. 9, pr. 6. ill 21. p. 492
Nuptiæ illicitæ putandæ, tit. 9, pr. 6, ill. 28, p. 474
Nuptię inter priuignos permissæ, tit 9, pr. 6, ill. 20, p. 471
Nuptiæ an dissoluantur per deportationem, tit. 9, pr. 3, ill. 14, p. 415
Nuptiæ prohibitæ ob mariti dignitatē, tit. pr. 1, ill. 14, p. 359
Nuptię ex mandato patris contractæ, tit. 9, pr. 1, ill. 14, p. 359
Nuptiæ ex mandato patris contractæ, tit. 9, pr. 5, ill. 25, p. 455
Nuptiæ quæ prohibitæ lege Iulia de maritandis ordinibus, tit. 9, pr. 6, ill. 13, p. 468
Nuptiarum renouatio non nisi ex voluntate parentum fieri debet, tit. 9, pr. 4, ill. 6, p. 432

O.

OBligatio inter patrem & filium consistere non potest, tit. 8, pr. 7, ill. 6, p. 326
Obligatio naturalis inter patrem & filium, tit. 8, pr. 7, ill. 7, p. 327
Obligatio inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos an valeat, tit. 8, pr. 7, ill. 8, p. 327
Obligationes ex delicto proficiscentes durant post capitis diminutionem, tit. 16, pr. 3, ill. 2, p. 1064
Occupatio eorum quæ sunt nullius est modus acquirendi iure gentium introductus, tit. 2, pr. 4, ill. 4, p. 41
Operarum generalis promissio quomodo interpretanda, tit 5, pr. 2, ill. 18, p. 178
Operarum æstimatio præstari potest à liberto, tit. 5, pr. 2, ill. 19, p. 183
Operas quaslibet transire ad liberos patroni, quamuis hæredes non existant, tit. 5, pr. 2, ill. 14, p. 173
Operæ quæ exigi possint à liberto, tit. 5, pr. 2, ill. 15, p. 175
Operæ libertorum officiales aliæ, aliæ fabriles, tit. 5, pr. 2, ill. 1, p. 171
Oppigneratio fundi dotalis prohibita, tit. 6, pr. 1, ill. 2, p. 281

P.

PActa nō valent, per quæ ius libertatis infringitur, tit. 3, pr. 2, ill. 13, p. 98
Parentū cōmune vōtū, tit. 9, pr. 1, ill. 11, p. 343
Parens quos vult ex liberis manumittere potest, tit. 11, pr. 10, p. 676
Parentes naturales qui, tit. 3, pr. 4, p. 112
Partus prodigiosus liber dici non potest, tit. 3, pr. 1, ill. 3, p. 89
de Partu ancillæ vēditæ, tit. 4, pr. 3. ill. 6, p. 744
de Partu redēpto cū matre, tit. 11, pr. 8, ill. 2, p. 629
Pater est quem nuptiæ demonstrant, tit. 9, pr. 2, p. 359
Pater potest occidere filiam adulterā: non maritus vxorem; & ratio, tit. 6, pr. 1, ill. 1, p. 281
Pater an necessariò debeat subscribere instrumento nuptiali filij, tit. 9 pr. 5, ill. 3, p. 441

Digitized by Google

Patris furiosi aut dementis consensus an sit necessarius, tit. 9, pr. 4, ill. 14, p. 439
Pater æs alienum filij quando soluere cogatur, tit. 11, pr. 6, ill. 22, p. 588
Pater filiam à marito adducere non potest, tit. 2, pr. 3, ill. 11, p. 413
Pater stipulans filio sibi acquirit, tit. 8, pr. 7, ill. 5, p. 324
Pater in peculio castrensi deteriori est conditionis, quàm hæres legitimus, tit. 11, pr. 6, ill. 23, p. 589
Patris consensus quomodo faciat nuptias iustas, tit. 9, pr. 4, ill. 23, p. 435
Patris consensus necessarius in nuptiis filiifam. militis, tit. 9 pr. 4, ll. 11, p. 436
Pater filio exheredato quatenus tutorem dare possit, p. 1033
Patris & filij non est eadé persona in iis quæ sunt meri facti, tit. 8, pr. 7, ill. 14, p. 330
Patriæ potestatis onera, tit. 8, pr. 7, ill. 15, p. 331
Pater non potest cogi vt liberos suos emancipet, tit. 11, pr. 10, ill. 9, p. 678
Pater quando cogatur filium emancipare, tit. 11, pr. 10, ill. 9, p. 678
Pater qua actione possit vindicare, filium, tit. 8, pr. 6, ill. 10, p. 317
Patrem qui non habet, agnatos etiam non habere, tit. 9 pr. 1, ill. 4 p. 407
Paterfam. potest heri filiusfam, per adoptionē, tit. 10, pr. 1, ill. 7, p. 479
Pater qui filium emancipauit quando repellatur, à beneficio bonorum possessionis contra tab. tit. 11, pr. 10, p. 672
Pater emancipando filiū consequitur iura patroni in bonis filij, tit. 11, pr. 10, ill. 4, p. 667
Pater non potest cogi vt liberos suos emancipet, tit. 8, pr. 5, ill. 1, p. 307
Patresfam. habent suos heredes, tit. 8, pr. 1, ill. 3, p. 293
Patria potestas dissoluitur per adoptionem, tit. 11, pr. 2, p. 534
Patria potestas recuperatur, ex restitutione Principis tit. 11, pr. 3, p. 536
Patriæ potestatis dignitas, tit. 8, pr. 5, p. 307
Patria potestas vnde orta, tit. 8, pr. 1, p. 290
Patriam potestatem ciuium Romanorum esse propriam, tit. 8, pr. 1, ill. 1, p. 292
Patriam potestatem esse inæstimabilem, tit. 8, pr. 1, ill. 4, p. 293
Patriam potestatem amittit qui ciuitatem amittit, tit. 8, pr. 1, ill. 7, p. 294
Patriæ potestatis ius amittit qui filium suum alij dat in adoptionem, tit. 11, pr. 10, ill. 7, p. 677
Patriam potestatem non habet, qui in patria potestate est, tit. 8, pr. 4, p. 296
Patria potestas soluitur morte, ti. 11, pr. 1, p. 529
Patronatus ius, tit. 5, pr. 2, ill. 8, p. 166
Patronorum priuilegia, tit. 5, pr. 2, ill. 2, p. 167
Patrona quando nubere possit liberto, tit. 2, pr. 6, ill. 9, p. 466
Patronus deportatus & restitutus an admittatur ad successionem, liberti, tit. 21, pr. 3, ill. 32 p. 538
Patronus impuberi liberto tutorem dare non potest, tit. 12, pr. 1, ill. 53, p. 733
Patronus tutor liberti fidem exhibere debet, tit. 12, pr. 1, ill. 17, p. 705
Patroni filius habendus est pro nato, vt libertum habeat, tit. 4, pr. 3, p. 138
Patronus qui operas indebitas exegit à liberto, plectitur, tit. 5, pr. 2, ill. 17, p. 177
Patronus inuitam libertam vxorem ducere nō potest, tit. 9, pr 5, ill. 22, p. 454
Patrono datur bonorum possessio contra tabulas liberti apud hostes defuncti, tit. 11, pr. 9, ill. 3, p. 650
In Patroni fraudem alienata reuocantur, tit. 5, pr. 2, ill. 25, p. 191
Pecunia pupilli otiosa esse non debet, tit. 12, pr. 7, ill. 2, p. 835
Peculium profectitium, tit. 8, pr. 3, ill. 5, p. 303
de Pecunia donata filiofam. militi, tit. 11, pr. 6, ill. 3, p. 562
Periculum nominum ad eum pertinet, cuius culpâ deteriora facta sunt, tit. 12, pr. 7, ill. 56, p. 884
Periculum nominum quomodo pertineat ad tutorem, tit. 12, pr. 7, ill. 31, p. 861
Periculum præstare & præstare diligentiam, tit. 12, pr. 7, ill. 31, p. 861
Periculum rei quando pertineat ad omnes tutores, siue gesserint, siue non, tit. 12, pr. 7, ill. 33, p. 864
Periculum nominum quando pertineat ad tutorem, tit. 12, pr. 6, ill. 15, & 16, p. 821
Periculum nominis post mortem pupilli, desinit ad tutorē pertinere, t. 12, pr. 7, il. 39, p. 868
de Personis tractatus nobilior est, quàm de rebus, & actionibus, tit. 2, pr. 12, ill. 2, p. 82
ex Personarum conditione mutatur conditio bonorum, tit. 2, pr. 12, ill. 3, p. 83
Personarū summa diuisio. tit. 3, pr. 1, p. 83
Personarum aliæ sui iuris aliæ alieni, tit. 7, pr. 1, p. 282
Personarū diuisio in liberas & seruas est iuris gentium, tit. 3, pr. 1, p. 83
Persona patris & filij vna & eadem est, tit. 8, pr. 7, p. 319
Personæ ad iudicij constitutionem quæ requirantur, tit. 1, pr. 4, ill. 4, p. 23
Philosophi an excusentur à tutela, tit. 24, pr. 1, ill. 3, p. 1121
Pignus prædij eniti hac lege à minore, vt quod ad pretium solueret, esset pignori, an valeat, tit. 12, pr. 8, ill. 55, p. 1014
Plebiscita potestas, tit. 2, pr. 7, ill. 3, p. 63

Pœna

Digitized by

Pœna illius qui etiam iustè à tutela se excusauit, tit.24, pr.1, ill.10, p.1148, & seqq.

Pœnæ constitutæ aduersus abutentes rebus suis, tit.7, pr.4, ill.2, p.286

Pollicitatio quando obliget, tit. 12, pr.8, ill.13, p.936

Possessio quid, tit.2, pr.5, p.53

Possessio defuncti non transit in heredem priusquam hic possidere cæperit, tit.2, pr.5, p.52

Possessio defuncti transit ad heredem, tit.6, pr.5, ill.9, p.251

de Posthumo partem faciente, tit.4, pr.3, conf.4, p.142

cur Posthumus sit instituendus, vel exheredandus, tit.4, pr.3, conf.3, p.140

quæ fauore Posthumorum quasi nascniturorum constituta sint tit.4, pr.3, conf.1, p.139

cur Posthumus faciat deficere conditionem. Si sine liberos, tit.4, pr.3, conf.2, p.140

Postliminij constitutio est iuris ciuilis non scripti, tit.11, pr.7, ill.19 p.609

Postliminij fictio quid efficiat, t.11, pr.8, p.169

Postliminium inter quos populos sit, tit.11, pr.8, ill.7, p.616

Postliminij fictio duplex, tit.11, pr.7, ill.13, p.604

Postliminium non tantùm personis, sed etiam rebus conuenit, tit.11, pr.8, ill.4, p.613

Postliminio reuersus est qui intra fines imperij nostri receptus est, tit.11, pr.8, ill.27, p.643

Postliminij fictio vnde inducta, tit.11, pr.7, ill.19, p.608

Postliminij fictio, tit.11, pr.7, p.593

Postliminium aliud datur in bello, aliud in pace, tit.11, pr.8, ill.5, p.614

Postliminium ad ea quæ sunt facti non extenditur, tit.11, pr.8, ill.9, p.618

Postliminium non habet transfuga, tit. 11, pr.8, ill.3, p 613

Postliminium hominibus cuiuscunque sexus & conditionis conuenit, tit.11, pr.8, ill.2, p. 613

Postliminio carent qui armis victi hostibus se dediderunt, tit.11, pr.8, ill 21.p.633

Postliminium non habent qui capiuntur in ciuilibus dissensionibus, tit.11, pr.8, ill.23, p.614

Potestas dominorum in seruos vnde, tit.3, pr.3, ill.5, p.110

Potestas dominorum ex quo iure fluxerit, tit.7, pr.3, 283

vitæ & necis in seruos, tit.7, pr.3, ill.1, p.283

in Potestate duorum nemo esse potest, tit 8, pr.4, p.304

Potestatis ius fœminis & auo materno denegatur, tit.8, pr.8, p.332

Potestas principis quotuplex, tit.1, pr.2, conf.3, p.15

Potestas legis Æliæ Sentiæ in quo consistat, tit.6, pr.2, ill.11, p.219

Potestas aui in nepotes, tit.8, princ.3, ill.1, pag.298

Prædia minorum rustica, vel suburbana quomodo distrahi possint, tit.12, pr.8, ill.54, p.1013

quid sit quod dicitur Præstare contutores debere Desisse soluendo esse vel non esse, tit.12, pr.7, ill.54, p.882

Præteritio matris habetur pro exheredatione, tit.9, pr.8, ill.4, p.334

Prætor non potest, seipsum tutorem dare, tit.12, pr.4, ill.6, p.781

Prætoris legem facere non potuerunt, tit.2, pr.10, p.75

Prætores neque legem neque ius ciuile tollere potuisse, tit.2, pr.10, ill.2, p.76

Principis potestas absoluta nulla est, tit.2, pr.8, conf.2, p.70

Princeps est solutus legibus non tantùm pœnariis sed aliis quibuscunque, tit.2, pr.8, ill.2, p.66

Princeps non est solutus legibus iuris naturalis aut gentium, sed ciuilis tantùm, tit.2, pr.8, ill.2, p.67

Princeps non potest rem quæ tua est iure gentium tibi inuito, auferre pro arbitrio, ibidem.

Princeps solus hodie legis condendæ potestatem habet, tit.2, pr.8, ill.3, p.68

Priuignæ meæ filia mihi coniungi non potest, tit.9, pr.6, ill.24, p.472

Prodigus nihil potest alienare, tit.12, pr.3, il.8, p.760. & seq.

Prodigis cur interdicatur rerum suarum administratione, tit 7, pr.4, ill.4, p.287

Prodigo bonis interdictum ex lege, 12, tab. tit.12, pr.3, p.753

Prodigus an possit adire hereditatem, tit. 12, pr.3, p.755

Prodigus an possit sine curatore repudiare hereditatem delatam, tit.12, pr.3, p.756

Professores liberalium artium immunes à tutela, tit.24, pr.1, ill.3, p.1120, & seqq.

Prouinciarum diuersitas excusat a tutela, tit.24, pr.1, ill.2, p 107

ex Prudentum interpretatione multa iure ciuili recepta sunt, tit.2 pr.9, ill.1, p.72

Prudentes interpretari tantùm posse, non supplere, tit.2, pr.9, ill.2, p.72

Prudentum veterum autoritas quanta, 2, tit. pr.9, ill.3, p.72

Pubertas vnde æstimanda, tit.22, pr.2, pag. 1078

Publicum iudicium quid, tit.12, pr.8, ill.58, p. 1019

Pupillus an possit dare fundum in solutum

ſine prætoris autoritate, tit. 12, pr.8, ill. 60, p. 1010
Pupillorũ liberti ad accuſationem ſuſpecti admittuntur, tit. 25, pr.1, ill. 3, p.1157
Pupillo non nocet, ſi vſumfructum non vtendo tutor amiſerit, tit.12, pr.7, ill. 85, p. 919
Pupillus cum ſtipulatur ſibi dari, non eſt neceſſaria tutoris autoritas, tit. 21, pr.1, ill.1, p.1062
Pupillus habet ius vindicandi rem venditam ab eo qui pro tutore negotia geſſit, tit. 12, pr.6, ill.35, p. 835
Pupillo non ſubuenitur qui indemnitatem conſecutus eſt. tit.12, pr.8, ill.65. p 1026
Pupillus non debet lucrum captare ex damno alieno, tit.12, pr.8, ill.66, p.1028
Pupillus non poteſt ſoluere ſine tutoris autoritate, tit.21, pr.1, ill.8, p.1072
Pupillo ſolui non poteſt ſine tutoris autoritate, tit.21, pr.1, ill. 9, p.1073
Pupillus non poteſt hereditatem adire ſine tutoris autoritate, tit.21, pr.1, ill.10, p 1073
Pupillus creditoribus chirographarijs & tutoris prefertur, tit.12, pr.8, ill.7, p. 924
Pupillus habet electionem conueniendi tutorem aut eius fideiuſſorem, tit.12, pr.8, ill.42, p.984
Pupillis & minoribus quando fauendum ſit & ſuccurrendum, tit.12, pr.8, p.918
Pupillus vbi morari vel educari debeat, tit. 12, pr.8, ill.16, p.949
Pupilli conditio melior, quàm furioſi, tit.12, pr.1, ill.1, p.681
Pupillus quando poſſit res vindicare ab emptoribus diſtractas à tutore, tit.12, pr. 6, ill. 18, p.822
Pupillus nihil facere poteſt ſine tutoris auctoritate, tit.12, pr.6, ill.19, p.823
Pupillo & in pupillum actio iudicati danda eſt non tutori & in tutore, tit 12, pr.6, ill.9, p.814
Pupillus quo caſu iuuetur auxilio reſtitutionis in integrum, tit.12, pr 8, ill.32, p.973
Pupillus an conueniatur ex dolo tutoris, tit. 12, pr.8, ill.14, p.942
Pupillus qui alterum ex tutoribus poſt pubertatem liberauit, improbe alterum illius nomine interpellat, tit.12, pr.8, ill.10, p.929
de Pupillo manumittente, tit.6, pr. 7, ill. 2, p.270
Pupillus quando manumittere poſſit apud tutorem, tit.6, pr.7, ill.9, p.270
Pupillus quando dicatur defendi, tit.12, pr.7, p. 835

Q

QVæſtio adulterij an differri poſſit, tit. 2, pr.2, ill.3, p.406

R

RAtihabitio tutoris non ſufficit, vt contractus pupilli ſit validus, tit.12, pr.6, ill.23. p. 825
Ratio eſt fons iuris, tit.1, illat.3, pag.2
Regula Catoniana locum habet in tutela, p. 1046
Reip. cauſæ qui abſunt, excuſantur à tutelâ & curâ, tit 24, pr.1, ill.3, p.1111
qui Reip. cauſâ abfuerunt vacationem vnius anni habent, tit.24, pr 1, ill.3, p.1112
Relegatus an habeat teſtamenti factionem, tit.11, pr.4, ill.1, p.555
Relegatus ſtatuis & imaginibus honorari non prohibetur, tit.11, pr.4, ill.2, p.555
Relegati qui, & quomodo differant à deportatis, tit.11, pr.4, p.551, & ſeqq. & p.884
Renuntiatio bonorum paternorum, tit. 6, pr. 5, illat.11, p.251
Repudij ſolennitas, tit. 9, pr.5, ill.20, p.452
Reſcripta iniqua pugnant cum definitione iuris, tit.1, pr.2, conſ.3, p.15
Reſtitutio actionis tit.8, pr.6, ill.8, p.516
Reſtitutio in integrum Prætoria, tit. 11, pr. & ill.2, p.545
Reſtitutio patriæ poteſtatis amiſſæ per deportationem, tit.11, pr.3, ill.8, p.546
Reſcripta principis contra ius elicita, vel contra publicam autoritatem à iudicibus negligenda, tit.2, pr.8, ill.4, p.79
Reſponſa prudentum, tit. 2, pr.9, p.71
Reſtitutio non datur minori aduerſus libertatem datam, tit. 6, pr.1, ill. 3, p.707
Reus criminis an manumittere poſſit, tit.5, pr. 1, ill.6, p.157
Ruſticorum iudicium, tit.6, pr. 9, conſ.1, p. 280

S

SAtiſdatio tutorum, tit.12, pr.8, ill. 25, p.978
Scortum an vxor duci poſſit, tit.9, pr.6, ill. 30, p.475
Senator quando libertinam vxorem ducere poſſit, tit. 9, pr.5, ill.23. p.454
Senatoria dignitas mariti an diſſoluat matrimonium cum libertina, tit. 9, pr. 6, ill.15, p.269
Senatuſconſultorum poteſtas quanta, & vnde tit.2, pr.7, ill.3, p.63
Sententia lata à iudice non competente nulla eſt, tit.1, pr.4, ill.1, p.24
Separatio bonorum inducta per beneficium abſtentionis, tit.6, pr.5, ill.7, p.232
Seruitus quid, tit. 3, pr.1, p.86, & 87
Seruitutis definitio explicata, tit.3, pr.3, p.103
Seruitutis odium ex fauore libertatis, tit. 3, pr. 3. p.105
Serui vnde dicti, tit. 3, pr.1, p.83
Seruus quo caſu non acquirat domino, tit.12, pr.6, ill.13, p.820
in Seruorum conditione nulla eſt differentia, tit 3, pr.1, p.87
Seruire & ſeruum eſſe, differre tit.4, pr.7, p. 151
Seruus non habet liberos in poteſtate, tit. 8, pr. 3, ill.3, p.299

Seruus castrensis stipulans cui acquirat, tit. 12, pr. 6. ill. 17, p. 581, & ill. 20, p. 586
de Seruo sine libertate substituto, qui alij fuerat legatus, tit. 6, pr. 6, ill 5, p. 259, & seqq.
de Seruo Scripto libero sub conditione, tit. 6, pr. 6, ill. 5, p. 263
de Seruo alieno libero, & herede scripto, tit. 6, pr. 6. ill. 6, p. 263
Seruus heres institutus liber fit ex Iustiniani constitutione, tit. 6, pr. 6, ill. 2, p. 256. & 257
Seruus peculij castrensis institutus heres ab aliquo iussu militis debet adire hereditatem, tit. 21, pr. 6, ill. 24, p. 592
Seruus heres scriptus, à Domino qui apud hostes decessit non est proprie necessarius heres, tit. 21, p. 7, ill. 18, p. 607
Seruus pœnæ, tit. 12, pr. 5, p. 556
Serui pœnæ nulli hodie, tit. 12, pr. 5, ill. 5, p. 558
Seruus manumissus capite an sit minutus, tit. 16, pr. 1, ill. 5, p. 1057
Seruo ignoscitur qui obtemperauit tutori, tit. 12, pr. 6, ill. 3, p. 804
de Seruo communi manumisso per minorem 20. annis, tit. 6, pr. 7, ill 2, p. 265
Seruum, cum manumittitur, non minui capite, tit. 4, pr. 4, ill. 1, p. 147
Serui pro nullis habentur iure ciuili, tit. 3, pr. 2, p. 84, & 85
Seruus communis quando manumitti possit, tit. 5, pr. 1. ill. 2, p. 152
Seruus specialiter obligatus an manumitti, possit, tit. 5, pr. 1, ill. 3, p. 153
Seruus sub conditione legatus an manumitti possit ab herede, tit. 5, pr. 1, ill. 4, p. 156
Seruus non rectè tutor datur, qui non nisi verbis fidei commissi manumissus est, tit. 12, pr. 1, ill. 12, p. 732
Seruus fugitiuus sui furtum facit, tit. 3, pr. 3, illat. 1, p. 105
Seruum neque bona, neque successores habere posse, tit. 3, pr. 3, ill. 2, p. 106
Seruus proprius quomodo tutor dari queat, tit. 11, pr. 1, ill. 42, p. 724
Serui ne sint qui se venundari patiuntur, tit. 3, pr. 4, ill. 3, p. 117, & seqq.
Serui fiunt iure gentium, & ciuili, tit. 32 pr. 4. p. 115.
Seruorum distinctio, tit. 3, pr. 4, p. 110, & 111
Serui non sunt qui à piratis aut latronibus capti sunt, tit. 3, pr. 4, ill. 2, p. 116
Seruo pupilli instituto, quis debeat iubere vt adeat, tit. 11, pr. 6, ill. 37, p. 834
leges de Seruitutibus ad quid vtiles, tit. 3, pr. 3, p. 110.
Seruitus alia simplex, alia perpetua, tit. 3, prin. p. 87
Seruus potest multis modis fieri liber sine manumissione, tit. 34, pr. 1, p. 122
Seruus institutus à domino defuncto apud hostes an sit eius heres necessarius, tit. 21, pr. 9, p. 649
Seruus pupillaris admittendus est ad detegendas fraudes tutoris, tit. 25, pr. 2, ill. 42 p. 1166
Seruus adoptari potest à domino, tit. 10, pr. 1, ill. 32, p. 517
Seruos acquirere dominis, tit. 7, pr. 3, ill. 2, p. 284
Seruum excusari in delictis iubente domino admissis, tit. 7, pr. 3, ill. 5, p. 285
Serui acquisitionis sunt incapaces, tit, 7, pr. 3, conf. 1, p. 285
Seruus quando postliminio redire queat, tit. 11, pr. 8, ill. 21, p. 622
de Seruo pignerato, capto, & redempto, tit. 11, pr. 8, ill. 13, p. 626
de Seruo plurium capto ab hostib. & redempto, tit. 11, pr. 8, ill. 14, p. 627
Serui quocunque loco & tempore possunt manumitti, tit. 5, pr. 3, ill. 1, p. 193
de Seruo capto, & ab hostibus manumisso, postea in domini potestatem reuerso, tit. 11, pr. 8, ill. 19, p. 631
Seruus sine libertate inutiliter olim instituebatur, tit. 6, pr. 6, ill. 1, p. 256
de Seruo necessario herede instituto, tit. 6, pr. 3, ill. 3, p. 229
Seruus heres necessarius interdum est alio herede existente, tit. 6, pr. 3, ill. 4, p. 231
Seruus alienus quomodo tutor dari possit, tit. 12, pr. 1, ill. 41. p. 723
Seruus datus tutor ab eo qui eum liberum esse putabat, neque liber est, neque tutor, p. 1032
Seruiles cognationes matrimonium impediunt, tit. 9. pr. 6, ill. 1, p. 458
Societas tacita cum pupillo nulla, tit. 12, pr. 7, ill. 47. p. 878
Soror vxor duci nõ potest, tit. 9, pr. 6, il. 6, p. 465
Sororis filia non ducenda, tit. 9, pr. 6, ill. 6, p. 465
Spadones qui, tit. 9, pr. 3, ill. 1, p. 409
Spado potest adoptare, tit. 10, pr. 1, ill. 6, p. 472
Spadonem posse tutorem creari, tit. 14, pr. 1, ill. 9, p. 1142
Sponsa patris duci non potest, tit. 9, pr. 6, ill. 7, p. 466
Sponsalia contracta per verba de præsenti, tit. 9. pr. 5, ill. 9, p. 442
Sponsalia filiæ pater dissoluere potest. tit. 9, pr. 4, ill. 9, p. 435
Sponsi nullus est luctus, tit. 9, pr. 5, ill. 7, p. 442
Statuliber ab hostibus captus, tit. 11, pr. 8, ill. 12, p. 624
Statuliber quis sit, tit. 6, pr. 2, ill. 10, & 11, p. 218
Statuliber quis, tit. 3, pr. 1, ill. 1, p. 88
Statutorum potestas, titulo, 3, pr. 1, ill. 2, p. 84

Stipulatio est iuris ciuilis tit.2,pr.5,ill.4,p.55
Stipulatio Rem pupilli saluam fore,tit.12,pr. 8,ill.47,p.1006
Subsidiaria actio quando non competat in magistratum,tit.12,pr.8,ill.48,p.1006
Subsidiaria actio in detur in solidũ in quẽlibet e magistratibus, ti. 12, p. 8, ill. 42, p. 1005
Subsidiaria actio in magistratum competit etiam ad vsuras,tit.12 pr.8.ill 51,p.1010.
Subsidiaria actio in eos etiam datur, qui magistratui indemnitatem promiserunt,tit.12, pr. 8, ill.52, p.1011
Subsidiaria actio datur etiam in scribam, tit. 12,pr. 8,ill 53,p.1012
Subsidiaria actio aduersus quos non competat,tit.12,pr.8.ill.45,p.1004
Subsidiaria actio in eum etiam qui electus est ad æstimandas tutorum satisdationes, tit. 12,pr.8.ill.46,p. 1005
Substitutio pupillaris fauorabilis, tit. 10, pr. 1.ill.11,p.483
Successio agnatorum in legitima tutela, tit. 15,pr.1,ill.4,p.1048
Successio agnatorum,quod ad hereditates,tit. 15,pr.1,ill.5,p.1049
Sumtibus voluptatis causa factis ab emtore non debet onerari adolescens, tit.12, pr. 8, ill.3,p 921
Sumptuum qui bona fide in tutelam fiunt, ratio haberi debet,tit.12,pr.7,ill.30,p.861
de suppressione tabularum Testamenti, tit.4, pr.6,ill.4,p.150
Suspecto tutori remouendo nihil, quod satisfecerit,tit.25,pr.2,ill.1,p.1164
Suspectus tutor corporaliter nonnunquam punitur,tit 25,pr.2,ill.2,p.1165
Suspecti accusatio impuberibus non permittenda,tit.25,pr.2,ill.3,p.1165
Suspecto auferenda bonorum administratio, tit.25,pr.2,ill.6,p,1167
Suspecti accusatio nõ facile permittenda, tit. 25,pr.1,illat.7,p.1160
Suspectus ex moribus æstimandus,tit.25,pr.2, p.1163
Suspecti tutoris accusatio publica est, tit. 25, pr.1,p.1155

T..

TAbulas non facere matrimonium, tit. 2, pr.5,ill.4,p.441
Talliabiles nostri temporis non sunt serui,tit. 3,pr.4,ill.1,p.215
Talliabiles non sunt comparandi libertinis, tit.5,pr.2,ill.7,p.163
Talliabilium origo,tit.5,pr.2 ill.7,p.163
Tẽpus intra quod proponẽda est excusatio,an sit continuum vel vtile, tit.24,pr.1,ill.7,p. 1137
de Tẽpore dato ad peragendũ negotiũ propositæ excusationis, tit.24,pr.1,ill.7,p.1139
Testamentum captiui in ciuitate factum an valeat,tit.11,pr.9,ill.1,p.648
Testamentum eius qui captus fuit ab hostib. quomodo rũpatur,tit 11,pr.7,ill.15,p.605
Testamenti factio,tit 8.pr.4,ill.3,p.305
Testamenti factio an sit iuris naturalis, an vero ciuilis:tit.2,p 1 p.54
Testamẽta sunt iuris ciuilis,licet apud omnes gentes recepta,tit.2,pr.4,ill.2,p.39. & p.46
Testamentum eius qui vxore prægnante relicta decessit apud hostes an valeat,tit.11,pr. 8,ill.4 p.651
Testamentum nullum esse potest, nisi quod per legẽ confirmatur.tit.11,pr.9,ill.4,p.652
Testatoris persona repræsentatur per hereditatem,tit.2,p.50
Testamento etiam prætor, Consulve tutor dari potest,p.1030
Testatoris verba in tutore dando quomodo ponderanda,tit.12,pr.1,ill 56,p.734
Testator tutores dare potest etiam eos qui non sunt eiusdem ciuitatis p.1037
Transactio tutoris an prosit contutori, tit.12, pr.7,ill.77,p.903
contra Transactionem nunquam maioribus subuenitur,tit.12,pr.7.ill.35,p.866
Tutelæ definitio,tit.12,pr.1,p.679
Tutelæ inducendæ ratio,tit.12,pr.1.p.680
qui Tutelam malo more occupasse probatur, puniendus est extra ordinẽ,tit.12,pr.1,ill.18, p.704
Tutela cur finiatur pubertate,tit.11,pr.1,p.530
Tutela parẽtum legitima vnde orta,tit.11, pr. 10,ill.5,p.675
Tutela liberorũ naturaliũ,ti.9,pr.2,ill.1,p.374
Tutela finitur per impuberis adrogationẽ, & deportationem,tit.12,pr.1,ill.21,p.705
Tutela legitima vnde,tit. 15,pr 1.p.1047
Tutelæ testamentariæ fauor,p.1028
Tutela testamentaria latius patet,quam legitima,p.1028
Tutelæ officium quando finiatur,tit.12, pr. 7, ill.30,p.879
Tutelæ iudicium contrarium ad id non competit,vt quis à pupillo exigat liberationem, tit.12,pr.8,ill.23,p.959
in Tutelæ contrarium iudicium quid veniat, tit.12,pr.8,ill.25, p.965
Tutelæ contraria actio an detur tutori remoto tit.12,pr.8,ill.27 p.966
tres Tutelæ quando excusent,tit.24,pr.1.ill.9, p.1146
Tutelæ cõtrariũ iudiciũ,tit.12,p.8.ill 12,p.954
Tutela legitima quæ,tit.12.pr.1.ill 58.p.737
Tutelæ testamentariæ adiuuandæ sunt interpretatione,p.1029.

Tutela codicillis data an valeat, p. 1031
Tutela finitur adrogatione pupilli, tit. 22, pr. 3, p. 1080 capitis diminutione maxima vel media, tit. 22, pr. 4, p. 1080 aduentu temporis, vel conditionis, tit. 22, pr. 42, ill. 6, p. 1081
Tutelæ legitimæ quando locus, tit. 12, pr. 2, ill. 7, p. 750
Tutela legitima pluribus eiusdem gradus agnatis defertur, tit. 12, pr. 2, ill. 8, p. 751
Tutela quibus modis finiatur, tit. 22. pr. 1, p. 1077
Tutela finitur pubertate, tit. 22, pr. 2, p. 1078
Tutela patronorum cur legitima dicta, tit. 12, pr. 2, ill. 2, p. 741
Tutela legitima capitis diminutione finitur, tit. 12, pr. 2, ill. 2, p. 743
Tutela quasi legitima parentis quæ, tit. 12. pr. 2, ill. 4, p. 745
Tutela fiduciaria, tit. 12, pr. 2, ill. 4, p. 747
de Tutelæ administratione quis olim cognosceret, tit. 12, pr. 7, ill. 11, p. 849
Tutela ab administratione tutelæ interdum separatur, tit. 12, pr. 2, ill. 6, p. 749
Tutela a testatore proficiscitur, non ab herede, tit. 12, pr. ill. 37, p. 710
Tutelæ sunt plures vbi sunt plura pupillorum capita, tit. 12, pr. 1, ill. 47. p. 729
Tutela an mandari possit matri, tit. 122 pr. 1, ill. 48, p. 730
Tutela fauorabilior est, quam cætera munera, tit. 24, p. 1145
Tutelæ munus esse publicum & ciuile, non Reipublicæ, tit. 24, pr. 1, p. 1090
Tutelæ onus detrectari non potest, nisi afferatur excusatio, tit. 24, pr. 1, ill. 1, p. 1091
quatuor Tutelis interdum quis oneratur, tit. 24, pr. 1, ill. 2, p. 1104
tres Tutelæ non præbent excusationem quantum ad cætera onera, tit. 24. pr. 1, ill. 2, p. 1106
Tutela exemplo hereditatis defertur, tit. 12, pr. 2, ill. 2, p. 738
Tutor an possit rem pupilli obligare sine decreto, tit. 12, pr. 8, ill. 62, p. 1024
Tutelam esse officium virile, tit. 12, pr. 1, ill. 23, p. 707
Tutela iure hereditatio ad alium non transfertur, tit. 12, pr. 1, ill. 24. p. 708
Tutela testamentaria, tit. 12, pr. 1, ill. 25, p. 708
Tutor non potest dari a patre nisi in testamento, tit. 12. pr. 1, ill. 26, p. 709
Tutelæ actio cõpetit aduersus tutores, si malè contraxerint, tit. 12, pr. 7, ill. 9. p. 844
Tutelæ actio, tit. 12, pr. 7, ill. 68, p. 894
in Tutelæ contrarium iudicium quid non deducatur, tit. 12, pr. 8, ill. 21, p. 957
Tutelæ actio, & hered. pupilli, & cõtra heredẽ tutoris competit, tit. 12, pr. 7, ill. 72, p. 898
Tutore opus est pupillo, ad ea quæ solennitatẽ iuris desiderant, tit. 12, pr. 6, ill. 30, p. 827
si Tutoris autoritas interueniat, contractus a pupillo initi valent, tit. 12, pr. 6, ill. 31, p. 828
Tutoris autoritas in adeunda hereditate, tit. 12, pr. 6, ill. 32, p. 828
per Tutorem actio vtilis pupillo regulariter non acquiritur, tit. 12, pr. 6, ill. 33, p. 830
Tutor qui tutelam gerit pro domino habetur, tit. 12, pr. 6, ill. 20, p. 823
a Tutore qui tutelam non gerit inutiliter emitur, tit. 12, pr. 6, ill. 20. p. 823
Tutor non potest emere a pupillo, tit. 12, pr. 6, ill. 21 p. 823
Tutor in rem suam auctor fieri non potest, tit. 12, pr. 6, ill. 22, p. 824
Tutori, aut in tutorem non datur actio iudicati, tit. 12, pr. 6, ill. 9. p. 814
Tutor cogi potest vt tutelam gerat, tit. 12, pr. 6. ill. 5, p. 805
Tutores qui gesserunt priori loco sunt conueniendi, tit. 12, pr. 6, ill. 5, p. 806
Tutelam solus ille gerere debet, quem pater destinauit, tit. 12, pr. 6, ill. 7, p. 808
Tutor an cogatur satis dare, si paratus sit defendere pupillum, tit. 12, pr. 6, ill. 8, p. 811
contra Tutorem an plures actiones competant, tit. 12, pr. 6, ill. 83, p 898
Tutor qui rem sibi a patre pupilli commodatam non reddit, quâ actione teneatur, tit. 12, pr. 7, ill. 74, p. 900
Tutoris morte quæ actiones intereant, tit. 12, pr. 7, ill. 75, p. 900
Tutor qui post pubertatem pupilli negotia administrauit an teneatur actione tutelæ, tit. 12, pr. 7, ill. 76, p. 901
Tutoris reputationes admittendæ per iudicem tutelæ, tit. 12, pr. 7, ill. 66, p 891, & seq.
Tutoris absentia cui damnosa tutori an pupillo, tit. 12. pr. 7, ill. 67, p. 893
Tutor potest suspectus fieri a contutore, tit. 25, pr. 1, ill. 2 p. 1156
Tutor incertus an dari possit, tit. 12, pr. 1, ill. 43, p. 727
Tutor dari potest prætor, siue consul, tit. 12, pr. 1, ill. 44, p. 728
Tutor dari non potest, cum quo testamenti non est factio, tit. 12, pr. 1. ill. 45. p. 729
Tutor ventri dari nõ põt, tit. 12, pr. 9, il. 8, p. 781
Tutor temporarius, tit. 12, pr. 4, ill. 9, p. 782
Tutor etiam extra ordinẽ coercetur qui fœnus pecuniæ pupillaris exercuit, tit. 12, pr. 7, ill. 48, p. 878
Tutor non potest se excusare per libellum, tit. 5, pr. 3, ill. 3, p. 194
Tutor non potest dari filio habenti patrem, tit. 6, pr. 7, ill. 10, p. 272
Tutor iure datus non indiget confirmatione,

tit.9,pr.2,ill.1,p.374
Tutor ventri non datur, sed curatori, tit. 4 pr. 3,ill.5,p.144
Tutor potest pecuniam pupillarem suo nomine fœnerare, tit.12,pr.7,ill.41,p.870
Tutor eius pecuniæ quæ vsus est potest finitam tutelam vsuras præstare tenetur, tit. 12, ill. 42,p. 870
Tutor seruorum modum qui circa pupillum futuri sunt æstimare debet, tit.12,pr.7,ill. 21,p.857
Tutor quando possit suum collegam facere suspectum,tit.12,pr.7,ill.22,p.857
Tutor perperam excusatus officium tutelæ frustra detrectat, tit.12,pr.7,ill.23,p.858
Tutoris præcipuum officium, tit. 12,pr.7,ill. 25,p.858
Tutor testamentarius olim non dabatur, nisi verbis imperatiuis & Latinis,p.1040
Tutor qui satisdare recusat,non potest administrare,tit.12,pr.8,ill.36,p.979
Tutori quod debetur contrario iudicio admittit vsurarum accessionem, tit.12,pr.8, ill.24,p.962
Tutor vtiliter datur à magistratu is qui à patre inutiliter datus fuerat,tit.12,pr.1, ill.34, p.717
Tutor datus filiis etiam postumis datus videtur,tit.12,pr.1,ill.36,p.718
Tutor datus filiis non censetur datus nepotibus,tit.12.pr.1,ill.36,p.719
Tutor remouetur interdum antequam tutelam attigerit,25,pr. 2,ill.7,p.1168
Tutor qui tanquam suspectus remotus est, desinit esse tutor,tit.25,pr.3,p.1167
Tutor remotus periculum futuri temporis nõ timet,tit.25,pr.3,ill.1,p.1169
Tutor an debeat cogi præstare autoritatem pupillo,tit.22,pr.1,ill.14,p.1076
Tutorem dari impuberibus mutuis & surdis, tit.12,pr.1.ill.12,p.695
Tutor non datur à magistratu sub conditione, tit.12,pr.1,ill.13,p.696
Tutoris datio,neque est Imperij, neque Iurisdictionis, tit.12,pr.1,ill.14,p.698
Tutores qui furati sunt rem pupilli quâ pœnâ plectantur,tit.12,pr.7,ill.53,p.884
Tutor an possit pecuniam pupillarem suo nomine fœnerare,tit.12,pr.6,ill.17,p.822
Tutor an possit præstare pupillo autoritatem ad donandum,tit.12,pr.7,ill.69,p.895
à Tutore quæ bona fide gesta sunt,rata haberi debent tit.12,pr.6,ill.14,p.820
Tutor potest fundos pupillares alienare, vt æs alienum exsoluat tit.12,pr.7, ill. 87,p.911
Tutor an possit sibi emere rem pupilli ex decreto,tit.12,pr.7,ill.88,p.915
Tutores vendere possunt prædium pupillare ex volũtate defuncti. tit.12,pr.7,ill.90,p.917
Tutor qui creditor fuit patris pupilli sibi soluere potest,tit.12,pr.6,ill.11,p.819
an Tutori nomine pupilli detur actio in contutorem,tit.12,pr.6,ill.12,p.819
Tutor qui in pupillum plus impendit, quàm in pupilli facultatibus sit. an illud possit cõsequi,tit.12.pr.7,ill.80,p.905
Tutori sufficit bene & diligenter negotia gessisse,etsi euentum aduersum habuit, tit. 12, pr.7,ill.81,p.905
qui pro Tutore gerit, fidem & diligentiam præstare debet,tit.12,pr.7,ill.82,p. 906
Tutor quando possit alienare prædia pupilli, tit.12,pr.7,ill.83,p. 906
Tutoribus olim iniuncta venditio bonorum mobilium pupilli,tit.12,pr.7,ill.84,p.907
Tutor non potest cogi vt autoritatem pupillo præstet, tit.12,pr.6,ill.28,p.826
Tutor an delegari possit,tit.12,pr.6,ill.29, p. 827
Tutor quibus verbis dari possit,tit.12,pr.1, ill. 57,p.736
quod per vnum ex Tutoribus aut curatoribus gestũ est,validũ est,tit.12,pr.6,ill. 6, p. 807
Tutor ex eius autoritatem præstare potest, tit. pr.6, ill.25,p.825
Tutor etiam facenti Impuberi autoritatẽ præstare potest,tit.12,pr.6,ill.25 p.825
Tutorem filio mater perfunctorie petere non debet,tit.12,pr.5,ill.3,p.796,& ill.4, p.797
Tutor qui plus in pupillum impendit, quàm sit in eius facultatibus an illud consequi possit.tit.12,pr.8,ill.22,p.958
Tutor testamentarius esse non potest, qui se in alterius testamento tutorem pupillo scripsit,tit.12,pr.1,ill.54,p.733
Tutor vnde æstimãdus,tit.12,pr. 1.ill.55, p.734
Tutor pupillo non præstat damnum quodlibet,tit.12,pr.7,ill.26,p.859
Tutor eorum reddituum nomine tenetur pupillo, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt,tit.16,pr.7,ill.28,p.860
Tutor testamento dari potest ex tempore, ad tempus,& sub conditione,p.1031
Tutor dari potest qui peregre agit, tit. 12, pr. 4,ill.2,p.793
Tutores qui petere debeãt,tit.12,pr.5,p.795
an Tutorem petere possit, qui acturus est cum pupillo,tit.12,pr.5,ill.1 p.795
Tutorem habenti quando detur curator, tit. 23,pr.4,ill.2,p.1087
Tutoris mendacium nõ debet nocere pupillo, tit.12,pr.8.ill.33,p.978
Tutor suspectus fieri potest,etiamsi satisdederit,tit.12,pr.8,ill.15,p.949
Tutoris defensore condemnato, non auferetur priuilegium pupilli,tit.12,pr.8,ill.8, p.927

Tutor non liberatur ex eo quod cum altero actum est, tit. 12, pr. 8, ill. 4, p. 923
Tutor post finitum officium vsuras nihilominus debet in eum vsque diem, quo tutelam restituit, tit. 21, pr. 8, ill. 5, p. 923
Tutor testamentarius quando indigeat confirmatione, p. 1033, & 1034
Tutoris sit qui se testamento patris tutorem adscribit pupillo, p. 1035
Tutor quomodo stipuletur pro pupillo, tit. 12, pr. 7, ill. 17, p. 853
ad Tutorem pertinet periculum rerum pupillarium, tit. 12, pr. 7, ill. 18, p. 854
Tutor si cessauerit in distractione rerum quæ tempore pereunt, suum periculum facit, tit. 12, pr. 7, ill. 8 p. 844
Tutores αὐτοκράτορες, tit. 12, pr. 7, ill. 5. p. 837
Tutor ea facere debet, quæ diligentissimus quisque in re sua facturus esset, tit. 12, pr. 7, ill. 6, p. 838
Tutor qui inuentarium non fecit, dolo fecisse videtur, tit. 12, pr. 7, ill. 7, p. 839
Tutor quomodo erogare possit ex bonis pupilli, tit. 12, pr 7, ill. 19, p. 854
Tutor quid facere possit in re pupillari ex honesta liberalitate, tit. 12, pr. 7, ill. 20, p. 855
Tutor iudicio tutelæ conuentus potest reputare id quod in rem pupilli impendit, tit. 12, pr. 8, ill. 20 p. 957
Tutor dari non potest agnatus remotior, cùm proximior est apud hostes, t. 12, pr. 2, l. 1, p. 740
Tutor pupilli suũ factũ puberẽ admonere debet, vt sibi petat curatorẽ, t. 12, pr 7, ill. 3, p. 835
Tutor qui est in mora, est in culpa, tit. 12, pr. 7 ill. 10, p. 844
Tutor pecuniæ quã in vsus suos vertit, legitimas vsuras præstare debet, t. 12, pr. 7, l. 11, p. 845
Tutoris datio liberis exheredatis, an valeat, p. 1038
Tutor quomodo condemnetur pro contutore, tit. 12, pr. 7, ill. 14, p. 851
Tutorem dandi ius descendit ex iure patriæ potestatis, tit. 12, pr. 1, p. 681
Tutor testamentarius datur sub conditione, tit. 12, pr. 1, ill. 8, p. 721
Tutoris præsentia requiritur ad autoritatem præstandam, tit. 21, pr. 1, ill. 4, p. 1071
Tutor qui nõ habet administrationẽ, nõ potest autoritatem præstare, tit. 21, pr. 1, ill. 6, p. 1072
Tutoris vnius autoritas sufficit ad actus solennitatem, tit. 21, pr. 1, ill. 7 p. 1072
an Tutoris dationem habeat magistratus furiosus, t. 12 pr. 4, ill. 5, p. 780
Tutor minori dari nõ potest, t. 12, pr. 4, ill. 20, p. 792
Tutor dandus est eiusdem prouinciæ, tit. 12 pr. 4, ill. 10, p. 782
qui Tutores esse non possint, tit. 12, pr. 4, ill. 18, p. 788
Tutores & curatores dantur, tit. 12, pr. 4 p. 779
Tutoris datio non potest mandari à prætore vel præside, tit. 12, pr. 4, ill. 5 p. 780
Tutor qui post pupilli sui pubertatẽ administrauit, eo nomine tenetur, t. 22, pr. 2. ill. 1, p. 1079
Tutores legitimi satisdare compelluntur, tit. 12, pr. 2, ill. 5, p. 748
Tutor etiam ei dari potest, qui de statu suo litigat. tit. 12, pr. 1, ill. 59 p. 737, & p. 787
Tutor inutiliter dari puberi, tit. 12, pr. 1. ill. 60, p. 737
Tutores desinunt esse, qui remouentur vel excusantur, tit. 22, pr. 7, p. 1081
Tutorem personæ dari principaliter, bonis per consequentiam, tit. 12 pr. 1, ill. 2, p. 682
Tutorem certarum causarum vel rerum dari non posse, tit. 12, pr. 1, ill. 3, p. 683
Tutor dari non potest, 1. mutus, 2. surdus, 3. cæcus, 4. furiosus, tit. 12, pr. 1, ill. 4, p. 683
Tutor datur non tantùm ignoranti, sed etiam inuito, tit. 12, pr. 1, ill. 6. p. 685
Tutorem dari non posse ei qui habet tutorem, tit. 12, pr. 1, ill. 7, p. 688, & pr. 4, ill. 11, p. 781
Tutor desinit esse, qui tanquam suspectus remotus est, tit. 12, pr. 1, ill. 22, p. 707
Tutor qui à contutore suis mutuam pecuniam pupilli accepit, non est maximis vsuris subiiciendus, tit. 12, pr. 7, ill. 51, p. 880
Tutorum omnium periculum commune est in administratione tutelæ, t. 12, pr. 7, il. 52, p. 880
Tutor pupilli creditor quod facit cum ceteris pupilli creditoribus, etiam in seipso seruare tenetur, tit. 12, pr 7, ill. 62, p. 889
Tutor an præstare possit pupillo autoritatem in rem suam, tit. 12, pr. 7, ill. 63, p. 890
Tutor honorarius, tit. 12, pr. 1, ill. 49, p. 730
Tutor datus in testamento inofficioso confirmandus est, tit. 12, pr. 1, ill. 50, p. 731
Tutelæ honos, tit. 12, pr. 1, ill. 51, p. 732
Tutoris potestas in rerum pupillarium administratione, tit 12, pr. 6, p. 803
tutor domini loco habetur, t. 12, pr. 6, il. 1, p. 803
Tutor pupilli sui nomine potest rem furtiuam conducere, tit. 12. pr. 6, ill. 2, p. 803
Tutor dandus est in locum suspecti & remoti, tit 25, pr. 3, ill. 3, p 1170
Tutorum culpa quando remittatur, tit. 12, pr. 7, ill. 35, p. 865
Tutor non datur ei, cuius pater in hostium potestate est, tit. 12, pr. 1, ill. 15, p. 701
Tutor nepoti quando vtiliter detur, tit. 12, pr. 1, ill. 19, p. 722
Tutor & fideiussor eodem iure censentur, tit. 12, pr. 8, ill. 44. p. 986
Tutores testamentarij non ab herede, sed à testatore proficiscuntur, p. 1040
Tutoris hæres quo casu habeat actionem aduersus pupillos, tit. 12, pr. 8, ill. 28, p. 966,

Tutor qui se pro pupillo obligauit, habet actionem contrariam, tit.12, pr.8, ill.29, p. 967

V

VEnditio lapidicinarum pupillarium an valeat, tit.12, pr.8, ill.57, p.1017
qui in Ventre est in ciuilibus muneribus non prodest patri, tit.4, pr.3, p.743
Verba legitima quæ, tit.12, pr.1, ill.57, p.737
Veterani excusantur à tutela, tit.24, pr.1, ill.3, p.1114
Vidua mariti defuncti domicilium retinet, tit. 9, pr.3, ill.19, p.420
Violentiæ nomen odiosum est legibus, tit. 3, pr.2, ill.10, p.96, & 97
quod per Vim gestum est ratum nullo tempore habetur, tit.3, pr.2, ill.11, p 97
Vis quid sit, ibid.
Virgo nondum viripotens non censetur nupta, tit.9, pr.3, ill 2, p.410
Virgo quando habeat de dote actionem, tit. 9, pr.5. ill.8, p.442
Vitricus priuignum adoptare potest, tit.10, pr, 1, ill.27, p.514
Voluntas coacta, tit.3, pr.2, ill.11, p.97
Voluntas in omnibus spectanda, tit.4 prin.6, ill.6, pag.150
Vsuræ pupillares quæ sint, t.12, princ.7, illat.12, p.849
Vsuræ à tutoribus quando exigantur, ibidem
Vsuras vsurarum quando præstet tutor, tit.12, pr.7, ill.13, p.850
Vsuræ vnciariæ, tit.12, pr.7, ill.45, p.875
Vsuræ vsurarum quando debeantur, tit.12, pr. 7, ill.59, p.887
Vsurarum perceptione priuilegium tutelæ nõ amittitur, tit 12, pr.8, ill.9, p.928
Vsuras in quem vsque diem præstare debeat tutor, tit.12, pr.7, ill.15, p.852
Vsusfructus cum proprietate coniunctus nullus est, tit.11, p.6, ill.21, p.587
qui in Vtero est, an habendus sit pro nato, tit. 4, pr.3, p.132
Vtilitas pro ratione est, tit.1, princ.2, illat.4, pag.7
Vxores dici dominas, titul.9, princ.3, illat.23, p.421
Vxores duas simul habere non licere, tit.9, pr. 3, ill.20, p.470
Vxor quondam priuigni, vitrico coniungi non potest, tit.9, pr.6, ill.12, p.468
Vxor à marito iure postliminij, an recipi possit, tit.11, pr.8, ill.8, p.617

FINIS.

INST 13,1530

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

A 58.

Digitized by Google

Digitized by Google